

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL**

**Trabajo Especial de Grado, presentado como
requisito parcial para optar al Grado de
Especialista en Derecho Procesal**

**Autora: Maria Fabiana Jelambi Sarria.
Asesor: Santos A. Michelena De La Cova**

Caracas, Junio 2006

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

ACEPTACION DEL ASESOR

Por medio de la presente hago constar que el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogado María Fabiana Jelambi Sarria**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **Validez del Acuerdo Arbitral en la Jurisprudencia Nacional**, reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 9 días del mes de Junio de 2006.

Santos A. Michelena De La Cova

C.I. Nro. 6.557.466

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Por: Maria Fabiana Jelambi Sarria

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado (a) en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello, por el Jurado
abajo firmantes, en la ciudad de Caracas, a los días del mes de del
año 2006.

A mi esposo por su ayuda. A mi hija y a mi madre por su paciencia y apoyo. A mis profesores y asesores en la materia, Dres. Santos A. Michelena, José Pedro Barnola y Freddy Vallenilla.

INDICE GENERAL

	Pág.
CARTA DE ACEPTACIÓN DEL ASESOR	ii
APROBACIÓN DEL JURADO	iii
DEDICATORIA	iv
ÍNDICE	v
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE	5
1. Antecedentes históricos del arbitraje	5
2. Definición del arbitraje	10
3. Naturaleza Jurídica del arbitraje	12
4. Diferencias entre arbitraje independiente e institucional	16
CAPITULO II. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL	20
1. Tratamiento doctrinario de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral	20
2. Tratamiento en la legislación de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral	34

3. Tratamiento en la jurisprudencia de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral	41
CAPITULO III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL	51
1. Tratamiento doctrinario del principio de la autonomía del acuerdo arbitral	51
2. Tratamiento en la legislación del principio de la autonomía del acuerdo arbitral	59
3. Tratamiento en la jurisprudencia del principio de la autonomía del acuerdo arbitral	59
CAPITULO IV. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA	61
1. Tratamiento doctrinario del principio de la competencia de la competencia	61
2. Tratamiento en la legislación del principio de la competencia de la competencia	68
3. Tratamiento en la jurisprudencia del principio de la competencia de la competencia	73
CONCLUSIONES	82
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL**

**Autora: Maria Fabiana Jelambi Sarria.
Asesor: Santos A. Michelena
Fecha: Junio 2006.**

RESUMEN

Este trabajo intentará analizar los supuestos que contempla la legislación venezolana y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a la validez del establecimiento en un contrato comercial de un acuerdo arbitral. Tal y como se desprende de la jurisprudencia imperante en la actualidad, especialmente la emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, esta peligrando la validez del acuerdo arbitral, al dejar abiertas algunas posibilidades para que la parte que suscribió el acuerdo pueda sustraerse del compromiso y así acudir a la jurisdicción ordinaria, dejando de este modo sin validez el acuerdo arbitral, acentuando de esta forma la congestión judicial y desfavoreciendo la institución del arbitraje en Venezuela. Inicialmente se partió de una investigación documental de corte monográfico a un nivel descriptivo con apoyo de una amplia revisión bibliográfica y jurisprudencial, así como del uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo, inducción y síntesis. Los instrumentos a utilizar serán un modelo de matriz de análisis de contenido, y como instrumento de refuerzo fichas de trabajo para una óptima organización de la información extraída de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales consultadas. Los resultados obtenidos, permitirán a los usuarios del arbitraje precisar un mejor alcance y contenido de la eficacia al incluir en sus contratos un acuerdo arbitral que pueda resultar eficaz a la hora de tener que invocarla, para de esta forma tratar de proporcionar a las partes intervinientes en el arbitraje mas seguridad jurídica al momento de utilizarlo, así como también tratar de establecer un criterio mas uniforme con el fin de garantizar el Estado de Derecho establecido en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela.

Descriptor: Arbitraje, acuerdo arbitral, validez, legislación, doctrina y jurisprudencia.

INTRODUCCION

La presente investigación se originó por el hecho de que, en la actualidad no existe un criterio uniforme de las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, con respecto a los requisitos exigidos para que un acuerdo arbitral sea considerado válido, y surta todos sus efectos frente a la jurisdicción ordinaria; amenazando de esta forma la validez del acuerdo arbitral, contenido en un contrato comercial y al estado de derecho contenido en la CRBV.

El alcance que tuvo la investigación se corresponde con los objetivos específicos, al analizar los diversos criterios doctrinarios con referencia a los requisitos para la validez del acuerdo arbitral, así como también al principio de la autonomía del acuerdo arbitral y al principio de la competencia de la competencia. Del mismo modo se analizaron las diversas legislaciones que los contienen para pasar luego a analizar lo referente, a los diferentes criterios jurisprudenciales de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, con respecto a cada uno de los temas planteados, para de este modo poder determinar si resulta eficaz en la actualidad incluir una cláusula arbitral en un contrato comercial.

La importancia de esta investigación radicó en que los resultados que se obtuvieron, permitirán a los usuarios del arbitraje precisar un mejor alcance y contenido, al momento de incluir en sus contratos un acuerdo arbitral que pueda resultar eficaz a la hora de tener que invocarlo, para de esta forma tratar de proporcionar a las partes intervinientes en el arbitraje más seguridad jurídica, y que puedan precisar el alcance y consecuencias que tendrá el acuerdo arbitral. También se quiso con esta investigación, resaltar la problemática que existe en la disparidad de criterios de las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia y como influye esto en la utilización del arbitraje comercial.

En cuanto a la metodología utilizada para realizar la investigación, se utilizó el análisis de contenido de naturaleza cualitativa, análisis comparativo y la construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis. Ello permitió hacer un análisis deductivo-inductivo para así cumplir con los objetivos planteados. Metodológicamente el presente trabajo se ubicó en una investigación teórica que ofreció la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de una investigación en los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, analizados con sentido crítico y temático, esto fue, a través de los variados aspectos que las decisiones de los Tribunales puedan tratar y a las consideraciones que haga la doctrina y las diferentes leyes involucradas. Lo

anterior configuró una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica.

La siguiente investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos los cuales contienen lo siguiente: En el **Capítulo Uno**, se trató de abarcar algunos aspectos generales sobre el arbitraje a manera de que el lector tenga una idea amplia sobre la investigación realizada. En tal sentido se analizaron: los antecedentes del acuerdo arbitral, las diferentes definiciones dadas por varios autores, las diversas teorías sobre su naturaleza jurídica, para finalmente cerrar el capítulo, con las diferencias más relevantes entre el arbitraje independiente y el arbitraje institucional.

En el **Capítulo Dos**, se analizaron los diferentes requisitos en cuanto a la validez del acuerdo arbitral vistos desde tres perspectivas diferentes, como lo son: la opinión de diversos autores en el mundo y más específicamente en Venezuela; luego se continuó con el tratamiento que le dio la legislación venezolana a este punto, y se terminó analizando como la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en sus diversas Salas, ha tratado el tema de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral.

En el **Capítulo Tres**, se analizó el aspecto relacionado con el principio de la autonomía del acuerdo arbitral, el cual se refiere a que la validez y vigencia del acuerdo de arbitraje no dependen de la validez o suerte del contrato que lo contiene; luego se analizó su tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano; para finalizar con los criterios que sobre este tema mantiene el Tribunal Supremo de Justicia, muy especialmente en su Sala Político Administrativa.

La investigación concluyó así con el **Capítulo Cuarto**, donde se trató lo relativo al principio de la competencia de la competencia, que no es otra que la facultad que tienen los tribunales arbitrales de determinar su propia jurisdicción o competencia; luego se analizó el tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano y extranjero; para luego terminar con los criterios que sobre este tema han mantenido las diversas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE

Este capítulo analiza primeramente, los antecedentes históricos del arbitraje en la civilización; luego analiza las diversas definiciones que le han dado algunos autores, su naturaleza jurídica con sus tres teorías predominantes; para luego finalizar con las diferencias más resaltantes entre el arbitraje independiente e institucional.

Antecedentes históricos del arbitraje

El arbitraje considerado como una institución de derecho natural, fué la primera forma de procedimientos judiciales en los comienzos de las primeras sociedades. Así pues, el arbitraje fué mencionado en los Libros de Moisés, utilizado en las antiguas India y Grecia y considerado por Cicerón, como medio para enfrentar la "*dura lex*", en Roma aparece como una de las más antiguas instituciones; siendo el arbitraje mantenido en las legislaciones procesales y en

diversas leyes a través de la historia y hasta la actualidad. Algunos antecedentes muy importantes del arbitraje lo son *Los Tribunales de Aguas*, de Valencia, España, que desde el siglo XIII son elegidos por los campesinos para resolver problemas referentes a la repartición equitativa del agua en la comunidad. Así durante siglos, los campesinos de Valencia han podido regular sus conflictos recurriendo a un tribunal arbitral formado por personas respetadas de su propia clase y contexto socio-cultural.

Fairen (1978) señala, que dicho tribunal no es sólo un cuerpo con jurisdicción, sino que también le compete el buen gobierno y policía de las aguas de la Vega de Valencia, actuando cual si fuera justicia administrativa o de menor cuantía. Las ocho comunidades de las ocho acequias que constituyen el territorio para su competencia, son los propietarios de las acequias madres o mayores, medianas y pequeñas que conducen el agua pública para su uso, y de las franjas de terreno ocupadas por las acequias, cajeros, pasos y puentes. No es un tribunal de escabinos, ni un jurado popular; se trata de un conjunto de jueces elegidos por los comuneros que pueden o no ser juristas, y conforme a ello establecer la duración y permanencia en sus cargos.

En las fuentes romanas, que son las más próximas a la legislación venezolana, y en particular, en el Digesto y en el Código de Justiniano, el arbitraje

constituyó objeto de reglamentación especial. El laudo fué equiparado a la sentencia, pero de él no se admitía que naciera ningún tipo de acción o excepción, sino únicamente el derecho de hacer cumplir a la parte que se negara a ejecutarlo, la pena establecida para tal supuesto en el compromiso.

En efecto, el arbitraje como mecanismo de decisión de las controversias civiles no se conoció solamente en el Derecho Romano a través de las figuras del *iudicium* y del *compromissum*, sino a través del Derecho Medieval y en el Derecho Moderno. Durante los siglos XVI, XVII y XVIII, la legislación en general no fué favorable al arbitraje, siendo sólo después de la Revolución Francesa que se inició una nueva época para el arbitraje.

En América, los medios alternativos utilizados por los indígenas han tenido una orientación más conciliadora que represiva. Así pues, ciertas formas de solución de conflictos de origen ancestral, sobreviven en muchas comunidades indígenas latinoamericanas. Entre ellas encontramos, “*El círculo del rumor*”, entre los indios Yekuana y “*El palabreo*” de la etnia wayú en Venezuela, “*El círculo de ancianos*” o “*Viejos de la Aldea*” común a varios países y las aldeas “Ronda campesinas” en Perú, la “Asamblea dominical”, por medio de la cual el pueblo

conoce los conflictos no graves, son algunas de las manifestaciones indígenas en relación con los medios alternos para la solución de conflictos.

Por su parte destaca Anzola (2004), que en Venezuela en el año 1832 un tribunal arbitral compuesto por cuatro destacados miembros de la sociedad, 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. Esta consistió, en que debían pagársele con el producto de la venta de las Minas de Aroa. María Antonia (su otra hermana), cuestionaba la autenticidad del documento y la cuantía de la liberalidad.

Los árbitros designados se inclinaron por validar la donación, pero limitaron su monto apegándose a una restricción establecida en las *Siete Partidas de Alonso X El Sabio*, dictadas en el siglo XIII. Estas antiguas normas no permitían al donante excederse de 500 maravedíes de oro en liberalidades que no fuesen otorgadas mediante documento auténtico. Se realizó una experticia para resolver el problema de la conversión, al usar ese antiguo valor monetario. El resultado de ésta, fue reducir de forma sustancial el monto de la donación a 1.666 pesos. Juana, beneficiaria de la donación, no quedó conforme y cuestionó el veredicto,

acudiendo a tribunales ordinarios para impugnarlo, concluyendo el proceso con un fallo judicial declarando que el laudo arbitral tenía efecto de cosa juzgada.

En Venezuela, la ley IX del Título VII del Código de Procedimiento Judicial (Código de Aranda), promulgada el 12 de Mayo de 1836 y cuya regulación fuera influida por las Partidas, la Novísima Recopilación y las Leyes de Indias, pautó el procedimiento que debía seguirse en los arbitramentos, distinguiéndose: de derecho, cuyas decisiones eran apelables en la misma forma que las sentencias ordinarias, y el de los arbitradores, contra cuyos laudos no se conocía recurso alguno.

Posteriormente, el Código de Procedimiento Civil del 2 de Marzo de 1863 incluyó el arbitramento. Por su parte los Códigos de Procedimiento Civil de 1873 y 1880 regularon también la materia. Finalmente, los Códigos de Procedimiento Civil de 1897, 1904, 1916, así como también el vigente del 16 de Marzo de 1987, tratan el arbitramento en la sección relativa a los procedimientos especiales contenciosos.

De todo lo anteriores se observa, lo antiguo de la institución del arbitraje como medio de resolución de conflictos, así como también lo ampliamente

utilizado en distintas partes del mundo, incluyendo Venezuela y desde los pueblos de la antigüedad,

Definición del arbitraje

A modo de información se encontró que la palabra “*arbitraje*”, etimológicamente deriva del latín *arbitrium*, que significa arbitramento, arbitraje, sentencia arbitral. A su vez *arbitrium*, se encuentra en relación con *arbiter* y *arbitri*, términos latinos que significan árbitro, juez, perito; y también con *arbitror*, que significa creer, juzgar, estimar, pensar” Bianquez (1984, citado por De Troconis 1999).

Del mismo modo Chillón y Merino (1991) establecen, en un primer intento por definir el arbitraje, que es:

“aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada, existente entre ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea ésta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad”(pág. 102).

En Venezuela establece Mogollón (2004), entre otros, que al arbitraje comercial se le puede llegar a entender como:

“un sistema de garantías procesales con proyección constitucional, que versa sobre cuestiones litigiosas determinadas, celebrado entre personas capaces de disponer derechos, que has establecido un acuerdo que le dará potestad a unos árbitros para que procedan a la solución de una disputa de índole comercial o mercantil presente o futura”(pág. 22).

En este mismo orden De Troconis (1999) define el arbitraje como:

“una manifestación de la autonomía privada, en virtud de la cual, los sujetos de relaciones sustanciales, de ser estas disponibles, pueden preferir que las controversias que se susciten entre ellos, a propósito de tales relaciones, sean resueltas por un juez privado o, más propiamente, por un árbitro, ya que la calificación de juez debe reservarse para los órganos jurisdiccionales del Estado”(pág. 66).

Por otra parte Hung (2001), conceptualiza el arbitraje como:

“aquella institución conforme a la cual dos o más personas, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerdan someter, a uno o varios árbitros, la solución de un conflicto jurídico determinado sobre materia de la cual tengan libre disposición; conflicto que, de acuerdo a lo que dispongan las partes, puede ser resuelto conforme a derecho o conforme a la equidad; obligándose las partes a cumplir con la solución del conflicto acordada por los árbitros, la cual tendrá fuerza ejecutiva una vez cumplidos los trámites que al efecto dispone la ley”(pág. 49).

De las cuatro definiciones de arbitraje dadas anteriormente, se puede determinar sus principales características, siendo estas a su vez aceptadas por la mayoría de la doctrina nacional y extranjera, y de las cuales se desprenden:

- La existencia de una cuestión litigiosa, controversia.

- La voluntad de los interesados de someterse a la decisión de los árbitros contenida previamente a través de las convenciones compromisorias.
- Que la materia objeto del arbitraje se encuentre dentro del campo de la libre disponibilidad de las partes.
- Las partes someten el conocimiento y la resolución jurídica a uno o más árbitros, excluyendo a la jurisdicción ordinaria del Estado, que son originalmente competentes para ello.
- El conflicto será resuelto por los árbitros mediante la aplicación de normas jurídicas (arbitraje de derecho) o mediante equidad (arbitraje de equidad).
- La obligatoriedad de las partes a acatar la solución de la controversia resuelta por los árbitros.
- El carácter de fuerza ejecutiva que adquiere la decisión de los árbitros una vez cumpla los trámites de ley.

Naturaleza jurídica del arbitraje

En relación a la naturaleza jurídica del arbitraje existe una amplia polémica, lo que se discute en esencia es, si pertenece a las concepciones normativas publicistas o, por el contrario, a las privadas. Existen los que mantienen una

postura jurisdiccional ante el arbitraje privado, afirmando que el arbitraje es una institución pública al servicio de intereses privados, cuyos árbitros ejercen temporalmente funciones soberanas; y los que sustentan concepciones privadas, afirmando que están ante un contrato, tal como lo expresan Chillón y Merino (1991).

Del mismo modo, se pueden clasificar las diversas posiciones doctrinales en tres principales vertientes:

- Teoría Jurisdiccional, quienes atribuyen al árbitro función jurisdiccional, equiparando al árbitro con el Juez en su función, y al laudo con la sentencia declarativa que produzca ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada. Entre los que sostienen esta posición se encuentran Prieto-Castro, Micheli, Fenech, Carreras y Alcalá-Zamora, Mortara, entre otros.
- Teoría Contractualista, quienes niegan la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y sostienen que la jurisdicción es función exclusiva de la soberanía, que el laudo no es un acto jurisdiccional, ni declara derecho, y que por ende el árbitro no es un funcionario del estado. Entre los que sostienen esta posición se encuentran Guasp, Satta, Herce Quemada, Wach, Rosenberg, entre otros.

- Teoría Intermedia o Mixta, quienes definen una naturaleza privada procesal, y sostienen que los particulares no pueden atribuir a los árbitros potestad alguna y que sus decisiones por si solas no tienen ninguna eficacia imperativa, eficacia que solo llegan a adquirir cuando un juez dotado de poder jurisdiccional haya sometido a un laudo arbitral a “cierto examen” y haya pronunciado con respecto a el “cierta providencia” (Carnelutti citado por Hung, 2001). Entre los que sostienen esta teoría se encuentran Carnelutti, Carnaci, Zanzucchi, entre otros.

En Venezuela, es el ordenamiento jurídico positivo quién ha aclarado la discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, reconociendo a los tribunales arbitrales facultades jurisdiccionales (aún cuando entre dichas facultades no esté incluido el poder de coercibilidad) y dotando a las decisiones de los árbitros con el poder de declarar la voluntad de la ley en el caso concreto, y poniendo así fin al conflicto de intereses planteado, sin requerir que el órgano jurisdiccional revise el contenido del laudo o lo homologue a fin de darle ejecutoriedad.

No obstante del reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, no se puede dejar a un lado que en el origen del arbitraje se encuentra un acuerdo

de carácter comercial que vincula a las partes en conflicto. En efecto, el ordenamiento jurídico venezolano reconoce a los particulares el derecho de excluir del conocimiento y decisión de determinados asuntos a los órganos jurisdiccionales del estado, dejando un amplísimo margen a la autonomía de la voluntad de las partes, y teniendo la normativa legal carácter eminentemente supletorio, aplicables únicamente cuando falta una disposición contractual de las partes o de existir ésta es insuficiente.

En este sentido, es criterio reiterado de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil del TSJ la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, cuando en la sentencia del 23 de Mayo de 2001, caso Grupo Inmensa C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A. (CORESMALT) ratifica la posición sostenida en el fallo de 5 de Noviembre de 2000, caso Héctor Luis Quintero Tirado, donde declara su naturaleza jurisdiccional aunque los tribunales arbitrales no pertenezcan al poder judicial pero formen parte de la actividad jurisdiccional, y reconoce al laudo como una verdadera sentencia.

En cuanto a la Sala Político Administrativa del TSJ el criterio es diferente en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje. En sentencia del 23 de Marzo de 2004 caso Orlando Mendoza Pelayo y Digna Pargas de Mendoza contra Corporación

Inmobiliaria, C.A. (CICA) y Vista al Valle C.A., la SPA clasifica al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial, tal como lo expresa Hung (2003), el arbitraje no es un medio de autocomposición, ya que la solución del conflicto no está en manos de las partes, sino que estas confieren el poder de resolver o disolver el conflicto a terceros (los árbitros). Se trata pues, de un método de heterocomposición procesal.

Por su parte la Sala Constitucional, hasta los momentos, ha sostenido su posición respecto a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, esta reafirmación resulta útil frente a la posición diferente que ha mantenido la Sala Político Administrativa, ignorando así precedentes jurisprudenciales sembrando la incertidumbre y la inseguridad jurídica al no haber uniformidad de criterios de las diferentes Salas del TSJ.

Diferencias entre arbitraje independiente e institucional

Al arbitraje se le suele distinguir en diversas modalidades dependiendo del parámetro que se examine, uno de estos es atendiendo al carácter con el que obra el tribunal, donde se encuentra: el arbitraje independiente, convencional o ad hoc y el arbitraje institucional, ambos previstos en el artículo 5 de la LAC.

El arbitraje independiente, convencional o ad hoc se le conoce como, aquel arbitraje donde las partes voluntariamente suscriben el compromiso arbitral y acuerdan el modo en que se desarrollará el procedimiento y la escogencia de los árbitros. Mientras que el arbitraje institucional se le conoce como aquel donde la controversia es sometida a la administración y decisión de un organismo establecido en forma permanente para esos fines.

Entre las diferencias más resaltantes entre el arbitraje institucional o el arbitraje independiente se destacan principalmente, el manejo o administración del procedimiento arbitral. En el arbitraje independiente el procedimiento es establecido por las partes y dirigido por los árbitros; mientras que en el institucional la administración del procedimiento está a cargo de un Centro especializado en la materia y regulado por la ley, en el cual se deben aplicar unas reglas mínimas que garanticen a las partes el debido proceso.

El arbitraje independiente posee por su parte, una amplia flexibilidad en cuanto al procedimiento y reglas, que se han de acomodar a los requerimientos concretos de las partes para resolver cada controversia específica, y en el cual el límite de acción lo constituye los principios de orden público que garantizan el debido proceso; mientras que en el arbitraje institucional la ley prevé unas reglas

mínimas cuya finalidad consiste, en salvaguardar los derechos y garantías de las partes al debido proceso. Si bien es una ventaja el hecho de no tener limitaciones a la hora de establecer un procedimiento, puede esto también llegar a ser un inconveniente ya que la parte que no desee realmente recurrir al arbitraje tendrá todas las oportunidades para que no se realice.

Del mismo modo, en el arbitraje independiente las partes escogen a sus árbitros, mientras que en el arbitraje institucional los árbitros deben necesariamente ser nombrados de listas elaboradas previamente por los centros de arbitraje o deben ser confirmados por la institución encargada de administrar el arbitraje. No obstante, es posible que en el arbitraje independiente las partes acojan las reglas de procedimiento de un centro institucional determinado sin someterse al arbitraje institucional.

Otro aspecto diferenciador lo es en cuanto, a que el arbitraje institucional le proporciona a las partes una tabla de costos y honorarios lo que hace que estas conozcan el costo total del procedimiento arbitral; mientras que en el arbitraje independiente a pesar de que las partes puedan prever con anterioridad los posibles costos, siempre habrá lugar a una serie de costos directos o indirectos adicionales no previstos por las partes.

De este modo se concluye este primer capítulo, esbozando los principales aspectos del acuerdo arbitral para que así el lector tenga una idea general sobre la investigación realizada. Primeramente se plantean los antecedentes históricos del arbitraje, donde se puede observar su antigüedad en las diversas sociedades, luego se esbozan algunas definiciones del arbitraje, su naturaleza jurídica con sus diversas teorías, para terminar con las principales diferencias entre el arbitraje independiente y el institucional.

A continuación se pasa al siguiente capítulo donde se entra directamente en el tema central de la investigación, como lo es, los requisitos para la validez del acuerdo arbitral tanto en la doctrina, como en la legislación y en jurisprudencia.

CAPITULO II

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL

Este capítulo analiza los diferentes tratamientos doctrinarios que le han dado diversos autores en la doctrina a los requisitos necesarios para que un acuerdo arbitral sea considerado válido, luego analiza como estos requisitos han sido establecidos en las fuentes legales internas, y para finalizar destaca los diversos criterios mantenidos por las diferentes Salas del TSJ respecto a este tema.

Tratamiento doctrinario de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral

En referencia a este punto, se encontraron diferentes criterios doctrinarios en cuanto a los requisitos para la validez del acuerdo arbitral, entre ellos los siguientes:

En España para Chillón y Merino (1991), entre los requisitos que debe reunir el convenio arbitral para que sea válido se encuentran: 1) La capacidad para

comprometer, la cual a su vez requiere la capacidad para transigir, de esta forma la capacidad para obrar será suficiente para celebrar el convenio arbitral, o si se quiere, la capacidad negocial será suficiente para la realización válida del acto a que se contrae el convenio arbitral, 2) Nulidad del consentimiento y convenio arbitral, es este sentido los autores exponen que *“existiendo el consentimiento válido y la sumisión eficaz, siempre que concurren los demás presupuestos, los contratantes constaten que conocen y aceptan las cláusulas que se refieren al arbitraje”*, 3) El objeto del convenio arbitral: la controversia, *“lo constituye la controversia pendiente o que pueda surgir, es decir el conflicto actual o futuro inter partes”*, entre los requisitos que ha de tener la controversia arbitral destacan: controversia existente o que pueda existir en el futuro entre partes, que la controversia este expresa y específicamente determinada y que la materia objeto de la controversia sea de libre disposición, 4) Delimitación del objeto arbitral: extensión y límites de la materia susceptible de arbitraje.

En la doctrina nacional se encontró entre otros autores a Mogollón (2004), para él en orden de precisar si un acuerdo de arbitraje es válido, destaca:

...“la doctrina comparada distingue las nociones de arbitrabilidad subjetiva, que se refiere a la capacidad de las partes como causa excluyente para la celebración de un procedimiento arbitral, la presencia del Estado o un ente público; para el caso de la arbitrabilidad objetiva, la razón de la objeción o cuestionamiento sobre el arbitraje se basa a partir del objeto de la controversia

(rationa materia) que ha sido excluida de un debate arbitral por efecto de la ley de fuente interna”(pág. 50).

Considera este autor, que entre los elementos necesarios que debe contener una cláusula arbitral utilizable dentro de una disputa presente o futura, se encuentran:

- “-Un consentimiento válidamente expresado por las partes y que demuestre, sin lugar a dudas, que las partes involucradas desean en verdad, recurrir al arbitraje como medio de solución de controversias;
- Un acuerdo que conste por escrito;
- Un número de árbitros que siempre constituyan un panel arbitral en número impar (1,3,5,etc.);
- La disputa presente o futura que de manera determinada se relacione con el convenio principal subyacente sostenida por las partes; y
- La determinación de un procedimiento arbitral institucionalizado o regido por un procedimiento ad hoc o independiente”(pág.53).

En este sentido Sarmiento (1999), considera que la cláusula compromisoria debe necesariamente constar por escrito, de modo que no hay acuerdo arbitral implícito o presumible, y procesalmente hablando, la cláusula compromisoria es el medio de prueba del acuerdo arbitral. En cuanto a los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la cláusula arbitral constituye un contrato separado y no un simple anexo o complemento firmado por separado como medio probatorio de su existencia, cual es el documento. La cláusula compromisoria puede constar en otros documentos como cartas, telegramas, facsímile u otro medio de telecomunicación.

Según el autor: ... *“para el caso en que el contrato fuere declarado nulo por los árbitros, no por ello será nula la cláusula compromisoria, con lo cual se reconoce lo que en los contratos del derecho sajón se denomina severability”*.

Siguiendo este mismo orden Morelo (1990, citado por Sarmiento 1999), establece que:

“Se manifiesta así que la jurisdicción de los árbitros para entender el litigio se emancipa del contrato base, lo que se reputa mas acorde con la suficiencia de su jurisdicción arbitral para entender la controversia, sin que ningún episodio o avatar referente a la validez del contrato interrumpa o bloquee las actuaciones en trámite”(pág.628).

Por su parte Henríquez (2000), distingue entre los requisitos para la validez del acuerdo de arbitraje entre los siguientes: *“el acuerdo arbitral deberá constar por escrito, la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”(pág. 152).*

En cuanto a los contratos de adhesión o normalizados la renuncia a la vía jurisdiccional ordinaria (escogencia del arbitraje) debe estar especialmente

protegida a través de aceptación independiente, esto es que debe constar en papel aparte. La capacidad procesal es otro de los requisitos para la validez del acuerdo, sobre este punto el autor cita a Reglero (1991), ... *“como quiera que en el orden del derecho sustantivo, el arbitraje es ciertamente una transacción, algunos autores consideran que el poder para transigir engloba, en relación en género a especie, el de comprometer la controversia en arbitraje”* (pág. 138). También es necesario la autorización judicial en los asuntos en que tengan interés los menores y los capacitados disminuidos en compromisos arbitrales, respecto al síndico en el juicio de quiebra puede comprometer en árbitros las cuestiones que interesan al concurso, con citación del fallido y autorización del juez, pero si el arbitraje contiene bienes inmuebles, la oposición del fallido impide el arbitraje.

En este sentido Hung (2001), señala que entre los requisitos necesarios para la validez del acuerdo arbitral, se diferencian de acuerdo a si el arbitraje está contenido en el CPC o el contenido en la LCA. Una primera aproximación en cuanto al establecido en el CPC se refiere, a que la doctrina generalizada considera que el acuerdo arbitral nace de la esfera del negocio jurídico, por tanto los requisitos básicos para la validez y existencia de los acuerdos arbitrales deben ajustarse a los exigidos para los contratos.

El ordenamiento jurídico venezolano en su artículo 1141 CC ord. 1 establece como condición necesaria para la existencia del contrato, el consentimiento de las partes. Lo que en principio, se requiere para celebrar válidamente el pacto arbitral es, ser mayor de edad y no estar incurso en cualquiera de las excepciones de la capacidad de obrar establecida en alguna disposición del ordenamiento positivo. Con respecto a los menores, entredichos, los inhabilitados, la ley establece que sus representantes legales necesitan autorización judicial expresa y específica para comprometer en árbitros.

Con respecto a los requisitos necesarios para la validez del acuerdo arbitral en las personas naturales, resulta necesario precisar que el mandante solo puede celebrar compromisos arbitrales en nombre de su representado y con el efecto de obligar a éste pero solo, cuando el mandato le confiere facultades de disposición sobre los bienes del representado.

Por otra parte, el conflicto a ser dirimido por arbitraje puede ser un conflicto actual (existente en el momento), o un conflicto eventual y futuro. Luego de sustraer el conflicto jurídico de la jurisdicción de los tribunales se hace necesario su formalización, la cual incluye la fijación de los límites de la controversia, determinación del número de árbitros, su designación, el carácter y facultades de

los árbitros y la determinación de las normas de procedimientos a aplicar hasta su decisión, todo esto debe realizarse ante un Juez de Primera Instancia competente por la materia, la cuantía y por el territorio para conocer del asunto sometido a arbitraje.

Considera Hung (2001), con respecto a los elementos necesarios para la validez y existencia del acuerdo arbitral contenidos en la LAC, se encuentran: la identificación de las partes, el señalamiento de la controversia que será sometida al conocimiento y decisión de los árbitros, y la expresa manifestación de voluntad de las partes en el sentido del sometimiento de la controversia a árbitros, y su consecuencial renuncia a hacer valer sus pretensiones ante los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Además, el acuerdo arbitral puede contener todos aquellos pactos accesorios que las partes consideren convenientes aplicar en virtud del carácter permisivo que establecen las normas de la LAC, tales como determinar:

- Si se trata de un arbitraje institucional o independiente, y cual será la institución encargada de administrar el arbitraje institucional escogido por las partes.

- Lugar donde se celebrará el arbitraje y el idioma o los idiomas que se utilizarán en el arbitraje.
- Derecho aplicable al arbitraje.
- Las normas de procedimiento aplicables al arbitraje independiente, si difieren de las contenidas en la LAC.
- El número de los árbitros y su forma de elección, y si estos actuarán como árbitros de derecho o equidad.
- Plazo para dictar el laudo.
- Recursos posibles contra el laudo, establecimiento de prohibición a los árbitros de dictar medidas cautelares.
- Suspensión de la obligación de confidencialidad que la ley dá a los árbitros.

Resulta oportuno precisar, que en cuanto a las formalidades que debe revestir el acuerdo arbitral para su validez, la LAC solo exige que conste por escrito, en otras palabras que el o los documentos en los cuales conste el acuerdo arbitral pueden ser públicos o privados y en más de un documento (en el sentido de uno o varios documentos que se complementen entre sí), para lograr el cumplimiento de los requisitos mínimos de validez y existencia exigidos por la legislación. La ley trata el supuesto de un documento en el cual un contrato haga referencia a una cláusula arbitral contenida en otro documento distinto, tal

referencia es considerada parte del acuerdo, siempre que conste por escrito y la referencia indique claramente que la cláusula arbitral forma parte del contrato.

Del mismo modo, la LAC establece para los contratos de adhesión que, el acuerdo donde conste la manifestación de voluntad de las partes de someterse el contrato a arbitraje, debe constar en forma expresa e independiente, esto consiste en poder establecer, con absoluta certeza y claridad, que el sometimiento a Arbitraje fué totalmente libre y voluntario en cuanto se refiere a la parte considerada como débil contractual, es decir, aquella que no intervino en la redacción del contrato y a la cual las estipulaciones del mismo le fueron impuestas.

Por su parte Troconis (1999), señala que la cláusula arbitral debe ajustarse a los requisitos básicos exigidos para el contrato común, siendo estos los siguientes: capacidad jurídica de los suscriptores, consentimiento de las partes, objeto lícito, forma escrita, bien sea instrumento público, documento privado, canje de cartas, telegramas o telex (la inobservancia de este requisito acarrearía su nulidad como sanción).

A su vez Fábrega (1999, citado por Troconis, 1999), señala que la cláusula arbitral tendría los siguientes rasgos distintivos:

- “Es un pacto que se establece para dirimir por arbitraje un conflicto futuro. Esta característica es la que identifica y, al mismo tiempo, es la que la diferencia del compromiso.
- Dicho pacto, a suscribir antes de que se plantee la controversia, puede estar incluido en el contrato principal, o haberse hecho por separado.
- Se trata de un contrato preparatorio, en cuanto que prevé la posibilidad de que, una vez surgida la controversia, se someta esta a la decisión de árbitros mediante la suscripción de un compromiso. Sin embargo hay autores que consideran que la cláusula arbitral es suficiente, por sí sola, para facultar a las partes a celebrar directamente el arbitraje, sin necesidad de suscripción del compromiso.
- Se trata de un pacto autónomo, en cuanto que conserva su validez para las partes contratantes, con independencia de un contrato principal, el cual se halle incluido, se encuentre viciado. También es factible el supuesto contrario, es decir, que la cláusula arbitral se encuentre afectada de nulidad, sin que por ello se perjudique el contrato principal en que se encuentre incluida. En cambio el pacto no conservaría validez si un vicio general y común afectara tanto a la cláusula como al contrato principal, como sería, por ejemplo, el caso de incapacidad absoluta de uno de los contratantes”(pág.82).

En el marco de las observaciones anteriores y en general, en la doctrina en materia de criterios de validez de la cláusula arbitral, la tesis dominante es que, los únicos defectos que pueden invalidarla son los relativos a la falta de presupuestos generales para la validez y eficacia de los contratos, según el ordenamiento jurídico de que se trate.

En la obra de Badell & Grau (1998) destacan, que entre los requisitos formales que debe contener el acuerdo de arbitraje se encuentran, que debe constar por escrito en cualquier documento que deje constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. En estos casos,

“la ley no exige que expresamente se manifieste la voluntad de acudir a un arbitraje, de allí que el acuerdo podrá ser expreso o tácito, mas no presunto, la voluntad de constituir un acuerdo arbitral, jamás podrá presumirse, dada la exclusión que sobre la jurisdicción ordinaria aparece tal acuerdo”(pág.24).

Lo contrario a lo anterior señalan estos autores, para los contratos de adhesión, donde la manifestación de voluntad debe ser expresa e independiente, ya que la intención del legislador es que el arbitraje se fundamente siempre en la libre voluntad de las partes, expresada en igualdad de condiciones y en un contrato normalizado las partes contratantes no están en igualdad de condiciones.

Otro autor venezolano más reciente De Jesús (2005), quién sostiene que entre las condiciones de fondo para validez del acuerdo de arbitraje se encuentran: el consentimiento, la capacidad de las partes y la arbitrabilidad del litigio.

En cuanto a el consentimiento expresa: ...*“que es un acuerdo de dos o mas voluntades”*, y que el derecho venezolano lo reconoce y la dá fuerza de ley entre

las partes (C.C., art. 1.159), por ello las obligaciones que se deriven de este acuerdo de voluntades recíprocas deben cumplirse tal cual fueron contraídas (C.C., art. 1.264) entre las partes y frente a terceros, ya que ningún tercero puede intervenir en una relación de la que no formó parte (C.C. art., 1.166). En materia de arbitraje la situación es la misma, el acuerdo de arbitraje presupone la existencia de un acuerdo que debe constar por escrito, en cualquier documento que deje constancia de la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. En el caso de que el acuerdo no sea claro y preciso, el arbitro y el juez tienen el deber de interpretar la voluntad de las partes para establecer la validez del acuerdo arbitral, tal y como lo interpretaría en un contrato cualquiera.

Referente a la capacidad de las partes para celebrar un acuerdo de arbitraje esta se rige por el derecho común de los contratos, donde la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, por tanto se presume la capacidad. En relación a las personas de derecho publico, si una de las partes es una sociedad donde el estado tenga una participación igual o superior al 50% del capital social, se requiere aprobación del órgano estatutario competente y autorización por escrito del ministro de tutela. A este respecto, se pregunta el autor, si estos requisitos deben entenderse como una condición de validez propiamente dicha o

más bien como un principio de organización interna, al estilo de los decretos sobre condiciones generales de contratación para la ejecución de obras.

La tercera condición de fondo para la validez del acuerdo, lo es la arbitrabilidad del litigio, que se refiere a la aptitud del litigio a ser objeto de un arbitraje. En efecto, para que una controversia sea arbitrable, debe versar sobre materias susceptibles de transacción, y son susceptibles de transacción todas las materias sobre las cuales las partes tengan libre disposición y sean de naturaleza patrimonial.

En cuanto a los límites al principio de arbitrabilidad, destaca el autor que no deben versar sobre derechos indisponibles, extrapatrimoniales y sobre materias susceptibles de transacción, y que no afecten los principios esenciales del orden público venezolano. En cuanto a este último, deberá ser aceptado solo en los casos en que se verifique una manifiesta incompatibilidad de la materia con el arbitraje, ya que por tratarse de un régimen de excepción debe interpretarse en sentido estricto, quedando prohibida las interpretaciones extensivas y la analogía. A su vez afirma, que en Venezuela son arbitrables todas las materias en las que se pueda derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Y en caso de duda sobre la arbitrabilidad de una materia, debe optarse por el

principio de arbitrabilidad y el principio *favor arbitrandum* consagrado en las leyes patrias.

Luego se refiere a los requisitos de forma donde señala, que el arbitraje debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje (art.6 LAC), para él en vista de cómo esta planteada esta condición, la LAC no requiere la formalidad del escrito como una condición de validez del acuerdo de arbitraje, sino como un requisito de prueba del mismo, que bien pudiera estar contenido en intercambio de cartas, télex, telegramas, correos electrónicos u otros medios de comunicación. Así mismo considera que, carece de importancia si en dicho documento o conjunto de documentos aparece estampada la firma de las partes, con tal de que se demuestre que la voluntad de las partes puede establecerse del escrito a través de los medios de prueba que permiten las leyes venezolanas.

Con respecto a los contratos de adhesión y los normalizados o en masa, se caracterizan por el hecho de que sus cláusulas son impuestas por una sola de las partes sin que la otra pueda modificarlas, en este sentido el consentimiento de la otra parte se limita aceptar o no el contrato, es por ello que en este tipo de contratos el acuerdo de arbitraje debe constar en un documento distinto al que

contiene el resto de las estipulaciones contractuales, para garantizar que las partes que celebren el acuerdo lo hagan con pleno conocimiento de causa.

Tratamiento en la legislación de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral

Al considerar la validez del acuerdo arbitral en la legislación venezolana, se destacan entre las fuentes legales internas las siguientes: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el Código de Procedimiento Civil (CPC), la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), La Convención Interamericana de Arbitraje (Convención de Panamá de 1975) y El Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, las cuales constituyen el eje central de la materia investigada.

A modo de observación se destaca que, en el orden internacional el arbitraje tiene su máxima expresión en la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya como tribunal de mediación, cuyo objetivo no es juzgar ni condenar, sino ayudar a resolver conflictos entre países e instituciones de todo el mundo.

En referencia al ordenamiento jurídico interno, el artículo 258 de la CRBV de 1999, establece que: *“La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos”*. Con esta inclusión al sistema de justicia nacional se promueve al arbitraje comercial y otros medios alternativos de justicia. Del mismo modo el artículo 253 dispone, que el sistema de justicia está conformado por los medios alternativos de justicia, demostrando así su rol preponderante y la influencia que desempeñan hoy en día los medios alternativos de justicia, al ser incluidos en el sistema de justicia venezolano.

Por su parte Mogollón (2004), agrega que el artículo 258 no sólo fomenta al arbitraje comercial, sino que establece a su vez el derecho a la solución alternativa de controversias, a través de la suscripción por las partes de un convenio arbitral. En efecto, el Estado estará interesado que las partes utilicen la jurisdicción ordinaria para transar sus problemas jurídicos, pero cuando se desee emplear los medios alternos de justicia, la jurisdicción ordinaria se debe hacer a un lado si las partes optaron por el medio que mejor se ajustó a sus intereses privados.

No obstante, en términos generales podemos encontrar que el CPC (1987) regula el Arbitramento, como un procedimiento especial contencioso (art. 608 y

siguientes). La LAC por su parte establece dos tipos de arbitraje: el institucional y el independiente, ambos con diferentes regulaciones. Tanto el CPC como la LAC reservan el poder de ejecución al órgano judicial del estado; ambos proveen dos tipos de arbitraje: de derecho y de equidad. Ambos casos tienen su origen en una cláusula compromisoria contractual, previa al juicio o como un compromiso surgido dentro del proceso. En el caso del arbitramiento, como institución de derecho procesal se realiza ante el juez que tiene la competencia ordinaria por la materia (civil, mercantil, laboral, etc...), quién ejecuta lo decidido por los árbitros (laudo arbitral). El arbitraje institucional regulado por la LAC, se realiza en los centros de arbitraje y de acuerdo con el procedimiento dispuesto en el reglamento respectivo que deberá dictar el centro de arbitraje.

Por otra parte, el arbitraje puede tener su origen en la voluntad de las partes cuando proviene de la libre determinación de las partes, sin que exista un compromiso que los vincule; y forzoso cuando es impuesto por una disposición legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes del conflicto.

Antes de la entrada en vigencia de la LAC, era el CPC quién regía lo concerniente a arbitraje, sin embargo con la entrada en vigencia de la LAC la mayoría afirma la vigencia de las normas sobre arbitraje contenidas en el CPC,

pero sólo en lo que a la materia no patrimonial se refiere, dejando los asuntos patrimoniales a la LAC. Igualmente, afirma Maekelt y Madrid (2003), *“que las partes podrían, haciendo uso de la autonomía de la voluntad y elegir que se les aplique el procedimiento establecido en este Código (CPC)”*.

En cuanto a los requisitos del acuerdo arbitral, el CPC contempla en su artículo 608, que si las partes:

...”Estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de estos, las facultades que les confieran y los demás que acordaren respecto del procedimiento.

Si no estuvieren en juicio, las partes establecerán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual conste todo cuanto expresa este artículo”...(pág.123).

Tal y como se desprende de este artículo, es necesaria la formalización del acuerdo para su validez, bien sea en el expediente de la causa, si las partes estuvieren en juicio, o en el caso contrario mediante documento auténtico que llene las formalidades exigidas en el CPC. Según este sistema es la formalización del compromiso la que tiene el efecto de dar vía libre al procedimiento arbitral, quedando las partes vinculadas al mismo, pero sólo para materias no patrimoniales regidas por este procedimiento.

Por su parte, el CPC en sus artículos 608 y 609 distingue entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Para Rengel (1998), la cláusula compromisoria es una especie de convenio preliminar de arbitraje contenido en una de las cláusulas del contrato en el cual eventualmente puedan surgir controversias en el futuro, cláusula en que se manifiesta la voluntad de ambas partes de someterlas al juicio arbitral; en cambio el compromiso arbitral es el contrato en el cual las partes expresan las cuestiones que cada una somete al arbitramento, el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieren y lo demás que acordaren respecto del procedimiento.

Según el CPC, si la parte llamada a formalizarlo se negare y desconociere la cláusula compromisoria, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 611 al 614 y establecida la validez de la cláusula compromisoria, si la parte que ha objetado su validez, no compareciere a expresar las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento, se tendrá por válida la cláusula compromisoria y los árbitros resolverán la controversia atendándose a las cuestiones sometidas al arbitraje por el solicitante.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, tanto el arbitraje contenido en el CPC como el contenido en la LAC se refieren a un contrato común, y en consecuencia la cláusula compromisoria como la cláusula arbitral deben contener los requisitos mínimos contemplados en el Código Civil (CC) para los contratos, como lo son: la capacidad jurídica de los suscriptores, consentimiento de las partes, objeto lícito y la forma escrita.

En cuanto a la capacidad jurídica de las partes se rige por el derecho común de los contratos. Al respecto el CC enuncia en su artículo 1.143, que *“pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la ley”*, entonces la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. El artículo 267 del CC establece que *...“igualmente se requerirá tal autorización (judicial) para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores”*, también se requiere de esta autorización a toda persona inhabilitada.

Del mismo modo, establece el artículo 1689 del CC, que el acuerdo que otorgue un representante, mandatario del interesado, requiere de autorización expresa.

En cuanto a los requisitos para la validez del acuerdo arbitral contenidos en la LAC, el artículo 6 establece que:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esta cláusula forme parte del contrato”(pág.85).

Por su parte disponen Maekelt y Madrid (2003, citado por Badell & Grau, 1998) que con esta disposición contenida en el artículo 6 de la LAC,

“el legislador venezolano no deja lugar a dudas en relación con su intención de exigir la escritura en el acuerdo de arbitraje; sin embargo al permitir que la referencia hecha a un contrato pueda entenderse como un acuerdo arbitral, se admite la posibilidad del acuerdo tácito, mas no presunto, de manera que la voluntad de acordar un arbitraje jamás podrá presumirse, dada la exclusión que de la jurisdicción ordinaria apareja tal acuerdo”(pág.25).

En este sentido, el artículo 4 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (DLMDFE) otorga validez al mensaje de datos, cuando el legislador exija un documento escrito. De esta forma en el sistema legal venezolano, un intercambio de mensaje de datos debería bastar para comprometer válidamente a las partes en un arbitraje, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el decreto.

Por su parte, La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958) se encuentra entre los tratados vigentes en el sistema venezolano, por tanto en lo que se refiere a los requisitos de la cláusula arbitral su artículo II (1) establece, que *...”es indispensable que el acuerdo arbitral se realice por escrito, en un contrato firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas, por tanto la inexistencia del escrito hará nulo el acuerdo arbitral”*.

A su vez la Convención Interamericana de Arbitraje (Convención de Panamá de 1975) destaca, la amplitud de los mecanismos a través de los cuales puede establecerse válidamente un acuerdo arbitral, estos son: a través de un escrito firmado por las partes, canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

Tratamiento en la jurisprudencia de los requisitos para la validez del acuerdo arbitral

Resulta oportuno precisar, que la jurisprudencia vigente no está unificada respecto, a cuales son los requisitos necesarios para que un acuerdo arbitral sea válido. En este sentido, se encuentra en la actualidad que las diferentes Salas del

TSJ tienen criterios distintos sobre estos requisitos, por lo tanto se reseñará el criterio de cada Sala en cuanto a los requisitos requeridos; al respecto se observa:

- El consentimiento expreso e inequívoco. La SPA ha afirmado de manera constante que se requiere el consentimiento inequívoco de las partes para someterse a arbitraje y para la validez del acuerdo arbitral. En el caso Hoteles Doral C.A. contra Corporación L'Hoteles C.A., del 20 de Junio de 2001, retomado en otros, como por ejemplo el Banco Venezolano de Crédito contra Venezolana de Relojería S.A., del 24 de Enero de 2002, señala 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”*. Considera Anzola (2004), que esta concepción que acoge la Sala es restrictiva del arbitraje, no siendo lo habitual hoy en día en aquellos países proclives a esta institución.

Más adelante, en la sentencia citada la SPA expresa que *...“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 lo cánones y principios del sistema de administración de justicia.”* Tal y como se desprende de la lectura anterior, la visión que tiene la Sala de los medios

alternativos es de que son considerados susceptibles de violar los principios fundamentales de la justicia, ofreciendo poca seguridad jurídica a las partes.

Por otro lado, en el caso Consultores Occidentales y otros contra Hanover PGN Compresor, C.A., del 6 de Mayo de 2003, la SPA 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”*. Este criterio de considerar el arbitraje como una excepción a la competencia constitucional de los jueces estatales explica las exigencias para los jueces, establecidas por la SPA, para que se declaren incompetentes en presencia de un acuerdo arbitral, y demuestra una concepción obsoleta abandonada por los estados modernos.

Para Hung (2003) y para Mezgravis (2002), esta exigencia va más allá de lo previsto en el artículo 6 de la LAC, que solamente prevee que para ser válido el acuerdo arbitral debe constar por escrito, condición esta igualmente considerada como suficiente por la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, todas vigentes en la legislación venezolana para el momento en que se dictara la sentencia.

Luego, es criterio reiterado de la SPA el de analizar de manera estricta si existe un consentimiento expreso e inequívoco de las partes para el arbitraje, y en caso de duda, o porque la cláusula tenga un lenguaje ambiguo o poco preciso, la cláusula será declarada nula y sin efecto, cerrando de este modo el camino establecido en el artículo 12 del CPC que establece que en caso de oscuridad se debe interpretar la voluntad de las partes para establecer la existencia o validez del acuerdo arbitral, sancionando la Sala al acuerdo, con la nulidad y eliminando así el carácter contractual del acuerdo y el principio pro arbitraje, vigente en el sistema legal positivo venezolano.

b) La exclusión de los jueces ordinarios. En el caso Banco Venezolano de Crédito, del 24 de Enero de 2002, la SPA señaló que es imperativa la renuncia a la competencia de 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”*

Tal y como lo establece la Sala, no es suficiente que la cláusula prevea el recurso de arbitraje es necesario que la cláusula derogue expresamente la competencia de los jueces ordinarios. En este mismo sentido, la SPA decidió en el caso Miguel Delgado Bello, del 10 de Octubre de 2001, que las partes renunciaron

al arbitraje desde el momento que dejaron la posibilidad de acudir a los tribunales estatales aunque fuera para algunos asuntos previamente establecidos en el contrato.

Del mismo modo, en el caso Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A. contra Venezolana de Relojería, S.A. (VENRELOSA) y otros, del 24 de Enero de 2002, la SPA señaló que, es imperativo 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”*.

Así en el caso Consorcio Barr S.A. contra Four Seasons Caracas, C.A., del 25 de Marzo de 2003, la SPA negó la eficacia jurídica a la cláusula arbitral porque dejaba abierta la posibilidad de acudir ante los jueces estatales para ciertas demandas, alegando que esto colocaría a las partes en situación de inseguridad jurídica. Aunque la cláusula arbitral era clara en que las partes renunciaban a la competencia de los tribunales ordinarios no obstante, preveía que las partes podían acudir a los tribunales en apoyo de sus derechos, concluyendo la Sala que la competencia de los tribunales no estaba totalmente excluida y que la cláusula

arbitral estaba revestida de oscuridad; decisión esta fuertemente criticada por su restrictiva interpretación.

c) El tercer requisito lo constituye, la capacidad de celebrar el acuerdo de arbitraje. En materia de capacidad la SPA sostiene, que para que el acuerdo arbitral sea válido en materia de personas jurídicas, habrá que analizar las disposiciones estatutarias relativas al poder de disposición de los órganos de la misma, jurisprudencia esta sostenida y reiterada en el caso Hoteles Doral C.A. contra Corporación L´Hoteles, C.A., del 20 de Junio de 2001.

En este orden señala De Jesús (2005), que para que un acuerdo de arbitraje celebrado a través de un representante sea eficaz y obligue al representado, el representante debe tener facultad expresa para ello, es decir que haya sido facultado especialmente para convenir en arbitrar las diferencias que puedan surgir en un contrato, bien sea una persona moral o un apoderado de una persona natural.

Afirma la SPA en el caso anteriormente citado 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”*. Estas exigencias

son criticables ya que la falta de poderes de un mandatario afecta de nulidad relativa el convenio y no de nulidad absoluta, lo que quiere decir que el juez no puede acordar la nulidad de oficio. Además el vicio inicial de falta de poder puede ser reparado por la ratificación tácita o expresa, posteriormente al acto del mandatario, según el artículo 1698 del CC.

De lo anterior se desprende que con estos criterios tan restringidos al analizar la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral, la SPA se muestra excesivamente formalista y procedimentalista, y somete al acuerdo de arbitraje a un régimen desfavorable e inadecuado.

d) El último requisito lo constituye, el comportamiento inequívoco de las partes. La SPA en el caso Hoteles Doral C.A. contra Corporación L'Hoteles, C.A., del 20 de Junio de 2000, ha expresado que hay renuncia al arbitraje cuando la parte demandada en los tribunales estatales no invoca al inicio la excepción de falta de jurisdicción, basada en que las partes han convenido en el arbitraje para resolver sus disputas. La SPA considera la renuncia tácita, cuando el demandado acepta que el asunto sea sometido en los tribunales ordinarios y contesta el fondo de la demanda, o guarda silencio con respecto a la falta de jurisdicción, o se

invoca la existencia de un acuerdo arbitral por razones distintas a la falta de jurisdicción.

Del mismo modo ocurrió en el caso Inversiones San Ciprian, C.A. e Inversiones Mill's, C.A. contra Ciudad Comercial Porlamar, C.A., del 12 de Junio de 2002, la SPA consideró que había renuncia tácita del demandado ya que invocó una excepción distinta a la falta de jurisdicción del juez. Así mismo, en el caso Makro Comercializadora, S.A. contra Central Parking System de Venezuela, del 13 de Abril de 2004, el demandado opuso ab inicio la excepción de falta de jurisdicción, pero a todo evento contestó el fondo de la demanda, la SPA juzgó que había una renuncia tácita. Esta decisión fué muy criticable ya que pretender que contestar el fondo anula la falta de jurisdicción, es inaceptable.

Cabe destacar que en el caso Hoteles Doral C.A. contra Corporación L'Hoteles, C.A., la SPA exigió a los acuerdos de arbitraje numerosos requisitos ajenos al ordenamiento jurídico venezolano de arbitraje comercial, que obstaculizaban ilegítimamente el derecho constitucional de acceso a la justicia arbitral. Esta decisión y numerosas reiteraciones crearon una corriente jurisprudencial terriblemente hostil al arbitraje.

Luego vino la decisión del caso Servicios Forestales de Extracción Seforex, C.A. contra Fibranova, C.A., del 3 de Agosto de 2005 donde la SPA dió un cambio jurisprudencial importante, declarando que el Poder judicial no tenía jurisdicción para conocer de la controversia planteada, por la existencia de un acuerdo de arbitraje por *escrito*. Tal y como quedara expresado, en lo que concierne al análisis de la procedencia de la excepción de arbitraje, debe haber una manifestación expresa de recurrir al arbitraje, esta manifestación debe ser por escrito, esto es lo que exige la LAC y los tratados internacionales vinculantes para Venezuela. Como se puede apreciar esta sentencia no hace mención a *manifestaciones inequívocas, indubitables, no cuestionables*, que se encontró en sentencias anteriores, lo que representa un gran avance para la validez del acuerdo arbitral en Venezuela.

Cabe destacar que la citada sentencia de la SPA incorpora la concepción de la renuncia tácita del acuerdo arbitral, lo cual deben los tribunales ordinarios verificar, sobre este particular señala, que se considerará que hay renuncia tácita al acuerdo de arbitraje cuando se verifiquen defensas, argumentos o actuaciones de fondo. Destaca De Jesús (2006), que este criterio le parece bastante sólido e interesante haciendo la salvedad, de los casos en los que esas defensas, argumentos o actuaciones de fondo, sean opuestas junto a la excepción de

arbitraje, especialmente en aquellos procedimientos que carezcan de cuestiones previas.

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 y validez o eficacia de una cláusula arbitral. Sin duda alguna esto desmejora la institución arbitral ya que, todas las causas donde exista una cláusula arbitral y se interponga la excepción de falta de jurisdicción, será por ende la SPA la que conozca de la causa, por tanto su criterio respecto a los requisitos para la validez del acuerdo arbitral es el que prevalece, así otras Salas tengan un criterio diferente, tal y como sucede actualmente en el TSJ.

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo de este capítulo, en la doctrina los requisitos para que un acuerdo arbitral sea válido varían, pero casi todos los autores están de acuerdo en que se refieren: a la capacidad de las partes, a el consentimiento y a la materia a someter al arbitraje como requisitos de fondo; y respecto a los requisitos de forma lo constituye solamente la escritura. La segunda parte de este capítulo se refiere a lo que la legislación vigente en Venezuela establece, para concluir que es la escritura lo único que se requiere; por último se

esbozan los diversos criterios jurisprudenciales de las diferentes Salas, especialmente los de la SPA ya que son los que actualmente se aplican.

Luego, en el próximo capítulo se analiza lo referente al principio de la autonomía del acuerdo arbitral, que se refiere a que la validez de la cláusula arbitral no depende de la validez del contrato que lo contiene, tal y como se observa en el capítulo que viene a continuación, donde se analizan los diferentes tratamientos doctrinarios, legales y jurisprudenciales respecto al principio de la autonomía del acuerdo arbitral.

CAPITULO III

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

El siguiente capítulo analiza el tratamiento doctrinario que le han dado diferentes autores a este principio, el cual se refiere a que la validez y vigencia del acuerdo de arbitraje no dependen de la validez o suerte del contrato que lo contiene; luego analiza su tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano; para luego finalizar con la doctrina que sobre este tema ha mantenido el Tribunal Supremo de Justicia en su SPA.

Tratamiento doctrinario del principio de la autonomía del acuerdo arbitral

En Venezuela para Mogollón (2004), *“la independencia de la cláusula arbitral del contrato subyace al que la contiene”* significa, que la validez de la cláusula arbitral no depende de la eficacia de las demás partes del contrato mercantil, esto la hace con vida propia, independiente y autónoma, así el contrato mercantil resulte nulo o anulable. Este principio le permite al tribunal arbitral en su momento, declarar aquel contrato como inválido y retener la jurisdicción para

decidir la disputa habida entre las partes, permaneciendo la cláusula arbitral separada de dicho contrato y subyacente de modo válido.

Con esta noción, los árbitros tienen la capacidad para decidir de manera aislada sobre los aspectos de existencia y validez del contrato por un lado, y por otro resolver acerca de la existencia, validez, terminación y cumplimiento del contrato mercantil que contenga la cláusula arbitral pertinente, así como dirimir la cuestión de su propia jurisdicción a pesar de que el contrato subyacente es nulo desde el inicio o fué anulado posteriormente.

Para este autor la importancia de esta doctrina radica, en que si esta no existiera o no fuera reconocida por la ley, el acuerdo de arbitraje sería puesto a un lado por la serie de acciones judiciales de la parte no interesada en acudir al arbitraje como medio de solución de conflictos, y cuestione la validez de la cláusula arbitral, al debatir sobre la invalidez del contrato que contiene a la cláusula de arbitraje.

Por otro lado, en cuanto al principio de autonomía del pacto arbitral sostiene Hung (2001), que en virtud de este principio la validez y vigencia del acuerdo de arbitraje no depende de la validez o suerte del contrato que lo contiene, y que el

acuerdo de arbitraje y el contrato que lo contiene generalmente están regidos por derechos distintos, aún cuando conste que una cláusula que forme parte de un contrato es independiente del contrato y la nulidad del contrato no afecta en principio, la validez del pacto arbitral. El pacto arbitral podrá en algunos casos sufrir las vicisitudes del contrato, cuando el vicio que afecte a éste afecte por igual al pacto arbitral, por ejemplo: la falta de consentimiento de las partes, la falta de objeto que pueda ser materia de contrato y la existencia de causa ilícita), o si el pacto arbitral está afectado por incapacidad de las partes o de una de ellas y por vicios del consentimiento.

Este principio tiene su origen jurisprudencial, y constituye un mecanismo eficiente para evitar que por el simple hecho de discutir la validez del contrato (recurso del método conflictualista) se frustre el cumplimiento de la finalidad del pacto arbitral.

Desde el punto de vista teórico, dicho principio se fundamenta en la existencia indiscutible de dos convenciones contractuales diversas, una tiene por objeto específico dirimir la controversia mediante árbitros, y la otra tiene por objeto las prestaciones patrimoniales típicas del contrato que se trate. En tales circunstancias afirman, Chillón y Merino (1991), “...*que nos encontramos en*

presencia de dos convenciones bien diferentes por su estructura, intención de las partes, contenido, causa y efectos”.

Para Hung (2001), en el derecho venezolano se debe afirmar que la nulidad del contrato principal no contamina desde el principio y a priori, la cláusula arbitral y consecuentemente, no impide la decisión de los árbitros. La doctrina explica tal resultado bajo el argumento de que *“...un contrato debe ser tenido por válido hasta el momento en que el tribunal haya declarado su nulidad...”* siendo el tribunal arbitral, el competente para tal declaratoria.

Del mismo modo Troconis (1999), señala que el efecto fundamental del acuerdo, cualquiera que sea su naturaleza, consiste en la inhibición de los tribunales ordinarios para conocer del asunto pues, el compromiso produce las excepciones de incompetencia y de litis pendencia si durante él se promueve el asunto ante un tribunal ordinario.

En cuanto Maekelt (2003), destaca que cuando se trate de la determinación de la validez del acuerdo arbitral internacional, a falta de disposición expresa, parte de la doctrina ha acogido que el derecho aplicable al acuerdo arbitral ha de ser el indicado por las partes y a falta de indicación, la validez del acuerdo

dependerá de lo dispuesto por el derecho del lugar donde habrá de dictarse el laudo.

Del mismo modo, como aceptación jurisprudencial del carácter autónomo del acuerdo arbitral suele citarse una sentencia de la Corte de Casación francesa de diciembre de 1998, con ocasión del litigio entre Sociedade Navimpex Central Naval contra Sociedade Wiking Trader, en el cual se decidió que el principio de autonomía del acuerdo permite concluir a partir de la propia cláusula, la vigencia del acuerdo arbitral aunque el contrato firmado por las partes no pueda entrar en vigor, cuando se discuta un punto vinculado con su conclusión. Con esta decisión, se afirmaría una importante contribución al fortalecimiento del principio de autonomía de la cláusula, en los casos de inexistencia alegada del contrato principal.

Según Delgado (2005), el acuerdo de arbitraje pactado en una cláusula de un contrato se considera como un acuerdo independiente de aquel que lo contiene. Por lo tanto la nulidad del contrato principal declarada por el árbitros, no acarrearía la nulidad del acuerdo de arbitraje y ni siquiera la declaratoria de nulidad del último afectaría en forma alguna su nombramiento. En este sentido,

podría decirse que una vez designados los árbitros y aceptados los cargos ellos obtendrían independencia de la cláusula arbitral para estos solos efectos.

Por su parte Morillo (1990), considera que con este principio se manifiesta lo siguiente:

“la jurisdicción de los árbitros para entender el litigio se emancipa del contrato base, lo que se entiende mas acorde con la suficiencia de la jurisdicción arbitral para entender la controversia, sin que ninguna cuestión referente a la validez del contrato interrumpa las actuaciones en trámite” (pág. 237).

Dentro de este orden de ideas considera De Jesús (2005), que el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje es reconocido por la doctrina venezolana y por la LAC en dos aspectos: el primero, que en virtud del principio de autonomía, la validez y vigencia del acuerdo de arbitraje no depende de la validez o suerte del contrato que lo contiene; y en segundo lugar, que el acuerdo de arbitraje y el contrato que lo contiene generalmente están regidos por derechos distintos.

Este autor critica la utilización de la expresión “autonomía” para referirse a los postulados de este principio, ya que cree que podría llegar a estos resultados a través de los principios generales del derecho de los contratos y los usos y las costumbres mercantiles, sin necesidad de apoyarse en el pretendido principio de autonomía. Afirmar que la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje no dependa

de la validez o eficacia del contrato que lo contiene no contiene, en su parecer, ninguna noción de autonomía.

Así pues, en virtud del principio de conservación del contrato, que conlleva a la noción de nulidad parcial, y a la supervivencia de la parte no viciada del contrato; y el otro es el efecto útil del mismo, que enuncia que toda manifestación de voluntad debe ser interpretada en aquella forma en que pueda tener un efecto antes, que en aquella otra forma en que no tendría ninguno. Esta noción es asimilable a lo que derecho angloamericano se entiende por la teoría de *severability* o *separability* de las cláusulas contractuales. Esto sucede con el acuerdo de arbitraje, si el contrato que contiene el acuerdo de arbitraje se ve amenazado, por ejemplo, por argumentos de nulidad, resolución, el acuerdo de arbitraje deberá surtir todos sus efectos, por la simple razón que fué para eso que se incluyó en el mismo.

De este modo, el acuerdo de arbitraje incluido en un contrato no es sino una cláusula más del mismo, con un estatuto algo particular derivado de su causa, pero en fin una cláusula más. Es por ello que entre otras cosas, el acuerdo de arbitraje es transmisible o cesible por vía accesoria, en las operaciones que

impliquen una transmisión de derechos, por ejemplo en la cesión de créditos o en la cesión de contratos.

Siguiendo los postulados de De Jesús (2005), al afirmar su desacuerdo en virtud de la autonomía del acuerdo de arbitraje, el concepto del derecho aplicable al mismo puede ser distinto al del contrato que lo contiene, tampoco parece ampararse bajo el concepto de autonomía, ya que el derecho venezolano admite la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable al contrato, y bien pueden hacer dicha elección respecto de todo el contrato o alguna parte del mismo.

Por su parte establece Morello (1990, citado por Sarmiento 1999), que la independencia de la cláusula arbitral se manifiesta cuando ... *“la jurisdicción de los árbitros para entender el litigio se emancipa del contrato base, lo que se reputa más acorde con la suficiencia de la jurisdicción arbitral para entender la controversia, sin que ningún episodio o avatar referente a la validez del contrato interrumpa o bloquee las actuaciones en trámite”*.

En cuanto a la autonomía del acuerdo arbitral, la ley establece que cuando el acuerdo forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo

independiente de las demás estipulaciones del contrato principal, por lo que la decisión del tribunal arbitral sobre la nulidad de ese contrato no conlleva a la nulidad del acuerdo de arbitraje. Esto es, que la cláusula contentiva de un acuerdo de arbitraje (cláusula arbitral o compromisoria) se considera independiente del contrato en el cual está incorporada.

Tratamiento en la legislación del principio de la autonomía del acuerdo arbitral

El artículo 7 de la LAC consagra el principio de la autonomía del acuerdo arbitral, cuando señala que *“el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo y que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”*. En el derecho venezolano la nulidad del contrato principal no contamina desde el principio, la cláusula arbitral y consecuentemente, no impide la decisión de los árbitros.

Con esta disposición el legislador acepta la tesis del derecho anglosajón, denominada *severability*, reafirmando así la suficiencia de la jurisdicción arbitral.

Tratamiento en la jurisprudencia del principio de la autonomía del acuerdo arbitral

Antes de la entrada en vigencia de la LAC, el TSJ en la entonces Corte Suprema de Justicia, se pronunció desconociendo el principio de la autonomía del acuerdo arbitral.

En el caso Seguros La Occidental contra Stetzel Thompsom & Co. Ltd., del 8 de Julio de 1993, la SPA estimó que:

Observa la Sala que estando reconocida la posibilidad de inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales para dirimir las controversias que surjan en relación a los mismos, no podría sin embargo, en el caso de autos, tomarse en cuenta la manifestación de voluntad de las partes expresada en el contrato, puesto que, precisamente, se ha demandado la nulidad del mismo por vicio del consentimiento, vicio que en todo caso –de existir– afectaría igualmente la validez de la cláusula de arbitraje, por lo que su consideración implicaría un pronunciamiento de fondo de la controversia, al reconocer como válida una parte del contrato, que, según la parte actora fue suscrito por persona no autorizada.

Hasta los momentos no ha habido mas pronunciamientos del TSJ respecto a este principio, solo se ha pronunciado la SPA con esta sentencia arriba indicada de donde se desprende, la no aceptación del carácter autónomo del acuerdo arbitral, trayendo como consecuencia que los tribunales estatales conozcan de la validez de la cláusula, invalidando así este principio y afectando su efectividad.

Según se ha visto a lo largo de este capítulo podemos concluir que el principio de la autonomía del acuerdo arbitral, para la mayoría de la doctrina, se refiere a que el acuerdo arbitral es independiente del contrato que lo contiene, por tanto puede el contrato estar viciado de nulidad sin que el acuerdo lo esté, incluso pueden aplicarse derechos diferentes, tal y como lo establece la primera parte de este capítulo. La segunda parte de este capítulo se refiere a lo que la legislación vigente establece sobre el principio de autonomía del acuerdo arbitral muy especialmente la LAC y por último, en el tercer aparte se esboza el criterio vigente de la SPA de la antes CSJ sobre el tema en referencia.

El próximo capítulo abarca lo relativo al principio de la competencia de la competencia que en general se entiende, por la facultad que tiene el tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia antes que un tribunal ordinario, como se observa esto tiene mucha relevancia con la materia investigada, desde el punto de vista doctrinario, jurídico y jurisprudencial que ha continuación se analiza.

CAPITULO IV

PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA

El siguiente capítulo analiza el reconociendo doctrinario que le han dado diversos autores, a la facultad que tienen los tribunales arbitrales de determinar su propia jurisdicción, llamado también principio de la competencia de la competencia o Kompetenz-Kompetenz; luego esboza su tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano y extranjero; para luego finalizar con la doctrina que sobre este tema mantienen las diversas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas.

Tratamiento doctrinario del principio de la competencia de la competencia

En cuanto al principio de la competencia de la competencia, en España Chillon y Merino (1991) sostienen que:

“este poder, en el plano teórico, es la directa consecuencia del poder jurisdiccional del que aparecen investidos los árbitros...mal se avendrían a realizar la labor encomendada por las partes, si no dispusieran de este poder mínimo para examinar, en primer lugar, la legitimidad de su actuación dentro del proceso incoado. Si el efecto

peculiar del pacto arbitral, de orden positivo, es atribuir competencia a los árbitros para decidir sobre la discrepancia que opone las partes (que trae como consecuencia la incompetencia de los tribunales judiciales), es obligado reconocer a los árbitros el poder para que, por sí mismos, o a demanda de una de las partes, examinen prima facie el título por el que intervienen en la contienda y la extensión de sus poderes”(pág. 801).

En Venezuela Hung (2001), sostiene que ...“*el tribunal arbitral está facultado para examinar prima facie el título conforme al cual interviene en la controversia y la extensión de sus poderes en relación a ella*”. Este principio es una consecuencia directa e inmediata del carácter jurisdiccional, del cual están investidos los árbitros y del principio de la autonomía de la cláusula arbitral.

Por otro lado afirma Mogollón (2004), que la teoría de la competencia de la competencia regula la determinación sobre si en verdad, de hecho y de derecho, hay la existencia de un acuerdo arbitral que debe llegar a verse ejecutado por las partes y sus árbitros, permitiéndole al tribunal arbitral regir sobre su competencia (jurisdicción) para de este modo reducir la intervención judicial en el procedimiento arbitral comercial, siempre que el contrato de arbitraje no sea nulo, anulable, inoperante o incapaz de llegar a ser ejecutado.

Afirma el autor, que con este principio lo que se persigue es asegurar que el rol de los tribunales ordinarios sea limitado bajo un escenario de arbitraje

comercial, pues de negar esta posibilidad a los árbitros, tales tribunales serán los que resolverían en última instancia lo debatido en el procedimiento de arbitraje.

Según Escobar (2005), y tal como es señalado por la mejor doctrina comercial, el Kompetenz-Kompetenz es una de los principios más importantes, su significado, alcance y consecuencias generan marcadas diferencias en las legislaciones y jurisprudencia comparada. El hecho de estar consagrado en todas las normas de arbitraje internacional (tratados internacionales, leyes internas y reglamentos de centros de arbitraje) lo eleva al grado de principio fundamental del Arbitraje Comercial. Así pues, si la autonomía del acuerdo de arbitraje es el efecto sustantivo por excelencia del acuerdo de arbitraje, el principio Kompetenz-Kompetenz (junto a la investidura arbitral) es el adjetivo.

En efecto en virtud del principio de la competencia de la competencia, el tribunal arbitral puede decidir su propia competencia aún en aquellos casos en que se discuta la validez del contrato. Para Maekelt y Madrid (2003), tal principio halla su fundamento en el carácter jurisdiccional del cuál están investidos los árbitros y en la autonomía de la cláusula arbitral.

Dentro de la misma corriente encontramos a Henríquez (2000), para él según este principio es el propio tribunal (arbitral) ante el cual se plantea la duda sobre su jurisdicción o legitimidad para conocer y decidir, que puede resolver vinculadamente acerca de ella, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje, ya que en dicho acuerdo se basa la potestad jurisdiccional del árbitro. Ya que si la jurisdicción les viene inmediatamente del acuerdo de arbitraje y este es nulo, no podrán decidir nada al carecer de jurisdicción, por lo que la declaratoria de nulidad del contrato acarrearía la falta de jurisdicción del tribunal arbitral para declarar tal nulidad. De manera que resulta necesario, que la jurisdicción para definir la propia competencia devenga al tribunal de la ley directamente y no del acuerdo de arbitraje, y así lo indica el artículo 7 de la LAC.

En cuanto a la teoría de la competencia de la competencia, establece la LAC que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. Ambas teorías le permiten al tribunal arbitral no sólo regir sobre el tema de su jurisdicción sino desarrollar todo un procedimiento arbitral, a pesar de estar en presencia de un contrato nulo o anulable.

El principio de la competencia de la competencia y el de la autonomía del acuerdo arbitral guardan una relación recíproca señala Escobar (2005), por un lado la autoría de la cláusula arbitral permite al tribunal decidir sobre su propia jurisdicción y el contrato de fondo por el otro, la competencia del tribunal arbitral, en principio, le confiere la facultad a éste de determinar la validez del contrato de fondo, inclusive en aquellos casos donde se alegue la nulidad manifiesta de la cláusula arbitral.

Para el autor, esta facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia proviene de la ley, a pesar de los defectos que la propia cláusula arbitral que activó dicha facultad pueda adolecer.

Luego, el efecto positivo del principio de la competencia de la competencia, representa el poder de los tribunales de determinar su propia jurisdicción, implica la facultad per sé de los árbitros de ser jueces de su propia jurisdicción. Posee una aceptación normativa universal, y se encuentra consagrado tanto por todas las normas de arbitraje comercial, como por la jurisprudencia y la doctrina comparada.

A nivel jurisprudencial, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 1931 y de 1953 fueron las primeras en ponerlo en práctica. Sin embargo,

no es sino en la sentencia de 1975 (Texaco), donde se justifica el principio Kompetenz-Kompetenz en razón de la doble naturaleza del arbitraje (jurisdiccional y contractual): en base a la naturaleza jurisdiccional, ya que el tribunal arbitral tiene el deber de resolver el conflicto en cuestión; y, en base a la naturaleza contractual, debido a que uno de los fundamentos de la investidura arbitral es justamente la cláusula compromisoria. No obstante, como bien es señalado por la doctrina Angloamericana, la discusión en torno a la doble naturaleza legal del arbitraje, se encuentra hoy superada gracias a la expansión de la normativa internacional y nacional sobre arbitraje.

Por otro lado, y en cuanto al efecto negativo del principio de la competencia de la competencia consiste en la facultad que posee el tribunal arbitral de ser el primero en decidir sobre su propia competencia. De esta manera, si el efecto positivo se encuentra relacionado con la facultad per sé de los árbitros de determinar su propia jurisdicción, el efecto negativo se refiere al momento en que los árbitros determinan su propia jurisdicción en la práctica. Según este principio los árbitros deben ser los primeros en determinar su jurisdicción, en consecuencia el efecto negativo implica el deber de los tribunales ordinarios de no pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral hasta que éste no se haya pronunciado primero. También denominado por algunos como, diferimiento del control judicial

en el tiempo, ya que es al momento del laudo arbitral que se ejerce, bien a través del recurso de nulidad o al momento de su reconocimiento y ejecución, si hubiera un pronunciamiento antes del laudo, se estaría violando el principio de la competencia de la competencia.

Si bien es cierto que la mayoría de la jurisprudencia comparada reconoce el efecto negativo, no es menos cierto que ocasionalmente se dictan decisiones donde se desconoce este efecto, como la sentencia Fiat de la Corte Federal para el Distrito de Nueva York de 1989, donde la Corte de Distrito sostuvo que el tribunal arbitral no podía determinar si la cláusula arbitral incluía a Fiat. A su juicio, los tribunales Federales Norteamericanos eran los competentes para hacer cualquier determinación sobre el tema.

En este sentido, las Cortes en Norteamérica han adoptado el criterio de los reglamentos de centros de arbitraje a los que las partes decida someterse, entendiéndose como parte de las disposiciones contractuales. De esta forma, si las partes no han acordado que sea el mismo tribunal arbitral quien determine su propia competencia, la posición de los tribunales americanos será siempre la de adoptar una interpretación pro-arbitraje, a través del examen judicial de la diferencia. En consecuencia el hecho de que en los Estados Unidos las cortes ordinarias posean facultades para en algunos casos, decidir sobre la jurisdicción

de un tribunal arbitral, de ninguna manera se traduce en un obstáculo para el desarrollo de este mecanismo de resolución alternativa de conflictos.

Tratamiento en la legislación del principio de la competencia de la competencia

En el arbitraje comercial venezolano todas las fuentes consagran de alguna forma, el principio de la competencia de la competencia. Encontrándose actualmente vigentes en Venezuela: La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional ("*Convención de Panamá*"), La Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras ("*Convención de Nueva York*"), El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, El Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y El Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venancham.

Por su parte, la "*Convención de Panamá*" nada dispone sobre el principio de la competencia de la competencia, sino se limita a establecer los requisitos para que un acuerdo arbitral sea válido. No obstante, la "*Convención de Nueva York*", en su artículo II.3 dispone:

“El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo ineficaz o inaplicable”.

De la lectura del artículo anterior se desprende, que la facultad de los tribunales ordinarios se limita única y exclusivamente a determinar su falta de jurisdicción, debido a la existencia de un acuerdo arbitral y si el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Sin embargo, esto no obvia que eventualmente los referidos tribunales puedan examinar el acuerdo arbitral en aras de decidir sobre el reconocimiento de un laudo. A todo evento, el control que los tribunales ordinarios puedan ejercer sobre la determinación realizada por el tribunal arbitral, es cronológicamente posterior.

Al analizar la “*Convención de Nueva York*”, se debe tener en cuenta su artículo VII, el cual establece la aplicación preferente de la ley nacional siempre que esta sea más favorable al arbitraje (principio pro-arbitraje) y no conduzca a la violación de normas de orden público o atente contra las buenas costumbres. Esta disposición debe ser entendida como el desarrollo legal de los artículos 253 y 258 de la CRBV, normas constitucionales que consagran al arbitraje como parte del

sistema de justicia venezolano y establecen el deber de que éste sea promocionado.

Por su parte la LAC, en sus artículos 7 y 25 establecen el principio de la competencia de la competencia en términos más favorables que el artículo II.3 de la “*Convención de Nueva York*”, ya que establece sin ningún tipo de restricción el efecto negativo del principio, es decir, otorgan la facultad para decidir primero sobre su propia competencia.

No obstante, en virtud de esta Convención es de aplicación preferente la ley nacional, por tanto los artículos de 7 y 25 de la LAC se aplican con preferencia a los de esta en el sistema jurídico venezolano esto consiste en que, en todo arbitraje comercial internacional regido por las normas del sistema de arbitraje venezolano, el tribunal arbitral debe ser el primero en pronunciarse sobre su propia competencia, inclusive en aquellos casos en los que la cláusula arbitral sea manifiestamente nula. Es decir, los tribunales ordinarios deben declararse incompetentes y esperar a que el tribunal arbitral se pronuncie primero sobre su propia jurisdicción, sólo en el supuesto que el tribunal arbitral determine que carece de jurisdicción, los tribunales ordinarios podrán conocer del juicio.

El artículo 7 de la LAC, siguiendo las directrices de la ley modelo UNCITRAL, establece el principio de la competencia de la competencia, cuando establece que “*El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje*”...Así mismo, el artículo 25 repite este principio con la única diferencia, que mientras el artículo 7 esta en presente, el artículo 25 está redactado en futuro, esto debido a que su importancia bien justifica la insistencia.

Del mismo modo, la consagración del efecto negativo del principio en nuestra LAC tiene unas grandes bondades que inciden de manera directa en la eficacia del arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, tales son: por razones de economía procesal, ya que si es el árbitro el primero llamado a decidir sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje se evitaría los juicios paralelos, uno en sede judicial y otro en sede arbitral, con las terribles consecuencias que de ello deriva en términos de seguridad jurídica; y la otra razón la constituye el uso de tácticas dilatorias, logrando desviar la atención del procedimiento arbitral al contencioso judicial sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral.

De lo anterior se desprende que sin esta regla sería muy fácil para un litigante de mala fé interferir en el arbitraje, alegando ante los tribunales estatales vicios del acuerdo de arbitraje o discutiendo sobre su aplicabilidad al caso concreto. Lo que se ha querido con este artículo es evitar el desarrollo anárquico de los contenciosos dilatorios, relativos a la existencia del acuerdo de arbitraje ante las jurisdicciones estatales.

El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, establece en su artículo 6.2 (1) que:

“Si la demandada no contesta a la demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al tribunal arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviese convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue”.

De esta forma la Corte tiene la facultad de determinar la existencia y validez o alcance del acuerdo arbitral a través de un examen a primera vista, y no los tribunales ordinarios, luego el tribunal arbitral podrá determinar su propia competencia.

Igualmente, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, en sus artículos 29, 30, 33 y 38 se refieren al principio de la competencia de la competencia, toda vez que le confieren al Director Ejecutivo del Centro de Arbitraje la facultad de decidir de forma preliminar sobre la existencia, al menos en apariencia, de la cláusula arbitral.

Así mismo, el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venancham en su artículo 4.3 establece: *“salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato”*.

Tratamiento jurisprudencial del principio de la competencia de la competencia

Tal y como ha quedado establecido por todo lo anteriormente expresado, los tribunales arbitrales en Venezuela tienen la facultad de decidir acerca de su propia jurisdicción antes que un tribunal ordinario, en virtud de lo dispuesto en la normativa interna sobre arbitraje comercial; sin embargo, las decisiones del

Tribunal Supremo de Justicia han reconocido este principio en muy pocas oportunidades.

La primera decisión sobre el tema fué dictada por la SPA de la extinta Corte Suprema de Justicia a través de su sentencia de fecha 10/10/97 (Caso Embotelladoras Caracas C.A. y otros contra Pepsi-Cola Panamericana S.A.) donde respetó y dió vigencia a este principio aplicando de forma armónica la Convención de Nueva York y de Panamá, estableció que era el tribunal arbitral y no el tribunal venezolano el competente para determinar la derogación de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, esta decisión fué ampliamente celebrada por el derecho comparado y por los usuarios y defensores del arbitraje en Venezuela ya que reconoce el efecto positivo del principio.

Posteriormente, en otra decisión de fecha 21/10/99, la SPA a través de su decisión Hunday, adoptó un criterio opuesto al establecido en Pepsi-Cola Panamericana S.A. En efecto, esta sentencia estableció que los tribunales venezolanos eran los competentes para decidir el caso, debido a que la demandante había reclamado la responsabilidad extra-contractual. En criterio de la Sala, la responsabilidad no tenía relación con el convenio en cuestión ya que este había perdido vigencia. Al decidir sobre la vigencia del acuerdo de arbitraje, la

SPA no respetó la facultad del tribunal arbitral para determinar su propia competencia contenida en la LAC, y vigente para ese momento.

Por su parte, la Sala Constitucional del TSJ ha mantenido como doctrina pacífica el carácter jurisdiccional del arbitraje y ha resaltado su pertenencia al sistema de justicia. Así pues, en el caso Grupo Inmensa, C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A., de fecha 23 de Mayo de 2001, estableció que la decisión de los tribunales ordinarios donde declaran procedente la excepción arbitral no debe ser objeto de consulta ante el TSJ, del mismo modo reafirmó la doctrina postulada en el caso Héctor Luis Toledo del 5 de Octubre de 2000, donde estableció que los árbitros pertenecen al sistema judicial y son órganos jurisdiccionales. En esta decisión al referirse a los árbitros, en el contexto comparativo con los jueces de paz, estableció:

“Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa...No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial”.

Del mismo modo, recientemente la Sala Constitucional en el caso COINMARCA de 22 de Abril de 2005, reiteró el criterio anterior cuando estableció:

...”resulta innegable que esa otra cara de la jurisdicción constituida por los órganos que administran la justicia alternativa, despliega por

ello mismo potestades públicas y, en ejercicio de ellas, dicta actos de incontestable carácter jurisdiccional”.

Sobre esta doctrina mantenida por la SC señala Escobar (2005), que considera válido afirmar que la Sala Constitucional ha reconocido las facultades eminentemente jurisdiccionales del tribunal arbitral, uno de los elementos fundamentales para que el principio de la competencia de la competencia tenga vigor.

Por su parte, la Sala de Casación Civil del TSJ a través de los casos Hanover P.G.N. Compresor C.A. contra COSA CONVENCA del 8 de Febrero de 2002, del caso Promotora E.P., 1967 Contra Asociación Civil el Carrao de 13 de Agosto de 2004 y del caso Operaciones, F.F., C.A. contra Valores Venafim, S. A. de fecha 19 de Agosto de 2004 ha afirmado expresamente que:

...”la Ley de Arbitraje Comercial dispone en su artículo 5, que celebrado el 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. Seguidamente, reitera que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. “Los artículos 7 y 25 de la Ley prevén que el Tribunal Arbitral tiene competencia incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o 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”.

Tal y como se desprende del criterio acogido por la Sala, es perfectamente acorde con las normas establecidas en el sistema de arbitraje comercial sobre el principio de la competencia de la competencia. No obstante, debido a que es la SPA la que conoce de las decisiones de los tribunales ordinarios sobre la excepción de arbitraje (en virtud de la consulta obligatoria de regulación de jurisdicción) el criterio de la SCC y la SC no han podido tener mayores efectos.

Si bien, por su parte la Sala Político Administrativa del TSJ jamás se ha pronunciado directamente sobre el principio de la competencia de la competencia sin embargo, lo ha irrespetado constante y reiteradamente, a la vez que ha desarrollado una doctrina que facilita que la voluntad de una de las partes pueda ser suficiente para invalidar el acuerdo arbitral.

En efecto, en el caso República Bolivariana de Venezuela contra Autopista Concesionaria de Venezuela. AUCOVEN, C.A. del 18 de Noviembre 2003, la SPA afirmó su jurisdicción sin referirse al principio de la competencia de la competencia, del mismo modo en el caso Consultores Occidentales, C.A. (COSA) y otros contra Hanover P.G.N. de 6 de Mayo de 2003, la SPA afirmó la jurisdicción de los tribunales ordinarios sobre un acuerdo arbitral. Es de destacar que el tribunal que oyó el caso en primera instancia, dió una interpretación opuesta a las

decisiones de la Sala Constitucional, en el caso Grupo Inmensa C.A. y Esmaltes Valencia, C.A., donde declara que el tribunal al verificar la existencia prima facie, de una cláusula compromisoria y envíe la controversia a arbitraje, no puede ser objeto de regulación de jurisdicción.

Por otra parte la SPA, bajo el supuesto de que el arbitraje constituye una excepción a la competencia constitucional de los tribunales ordinarios, y que la decisión de estos sobre la “excepción arbitral” puede ser objeto del recurso de regulación de jurisdicción, la Sala consideró necesario aplicar el procedimiento establecido en el artículo 609 del CPC para la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje. Así pues, se estableció que en el supuesto que una de las partes niegue la obligación de someter la controversia a arbitraje, los tribunales ordinarios deben abrir una articulación probatoria de 15 días para determinar la validez de la cláusula arbitral.

La SPA en el caso Shell Venezuela Productos, C.A. contra Antonio María Claret González de 10 de Junio de 2004, 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 su validez. La Sala enuncia, que el juez no es solamente competente para apreciar la validez

de una convención arbitral, sino que esta obligado a hacerlo para declararse incompetente.

Con respecto a este punto Anzola (2005), señala que la aplicación del principio de la competencia de la competencia acarrea varias consecuencias: la primera, es que son los árbitros los únicos que deciden sobre su propia consecuencia; la segunda, que les corresponde apreciar la validez del acuerdo arbitral; 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 sólo después de que se haya dictado el laudo arbitral (pág.57).

Tal y como lo hemos podido observar hasta los momentos, el criterio imperante es a la desaplicación del art. 7 y 25 de la LAC por parte de la SPA, y una de las principales consecuencias en la jurisprudencia venezolana en relación a esta desaplicación es, que todas aquellas partes que pretendan deshonorar su compromiso arbitral, pueden acudir a demandar en tribunales ordinarios por cualquier controversia que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, y de esta forma queda sin efecto el acuerdo arbitral establecido. En efecto, con esta técnica procesal lo que se persigue es provocar que su contraparte renuncie tácitamente al acuerdo de arbitraje y beneficiarse así de la

jurisprudencia de la SPA, que es sustancialmente contraria a la validez del acuerdo de arbitraje.

Por último, en fecha 3 de Agosto de 2005, caso Servicios Forestales de Extracción Seforex, C.A, contra Fibranova, C.A., con ponencia de la Magistrado Evelyn Marrero Ortiz, la SPA cambió su criterio jurisprudencial sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, criterio este mantenido desde la decisión de Hoteles Doral C.A. contra Corporación L'Hoteles, C.A., dicho cambio ha sido reiterado por las sentencias del 11 de Enero del 2006, dos más del 1 de Febrero de 2006 y una última del 3 de Marzo de 2006.

En la sentencia citada anteriormente del 3 de Agosto de 2006, la SPA argumentó lo siguiente: se recuerda que el arbitraje está consagrado en la Constitución, se reconoce la existencia del deber constitucional de promover el arbitraje dirigido al legislador y a los operadores judiciales, se dice que la verificación de los mismos debe procurar la salvaguarda de la seguridad y la erradicación de todo uso tergiversado que de ellos pretenda, y se indica que el arbitraje es una excepción a la jurisdicción que tienen los tribunales de la República, y por ello se exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación inequívoca y expresa de las partes.

Esta sentencia señala, la necesidad de la SPA de pronunciarse sobre la validez del acuerdo de arbitraje, dejando en evidencia a este respecto, que la Sala reconoce el efecto positivo del principio, pero con respecto al efecto negativo lo desconoce, permitiendo una vez más que sea un tribunal estatal quién en primer término se pronuncie sobre la validez del acuerdo arbitral invalidando de este modo el principio de la competencia de la competencia, consagrado en la legislación.

Para finalizar este capítulo y a modo de cierre se destaca la importancia que tiene este principio para la validez del acuerdo arbitral, ya que según la opinión unánime de toda la doctrina, así como también de la legislación vigente que establece que, es el tribunal arbitral el primero llamado a pronunciarse sobre su propia jurisdicción o competencia, tal y como se desprende de la primera y segunda parte de este capítulo; y ya en su tercera y última parte se aprecian los diferentes criterios adoptados por las diversas Salas del TSJ, especialmente el criterio restringido de la SPA que no reconoce este principio, causando de esta forma un enorme daño a la institución arbitral.

CONCLUSION

Como resultado de la investigación documental realizada se debe concluir que efectivamente

- Con respecto a los contenidos reseñados en el **Capítulo Uno** podemos concluir, que el arbitraje está siendo utilizado por la humanidad desde la antigüedad, tal como se pudo observar no sólo fué utilizado por los romanos, sino también en la antigua India, Grecia y América, entre otros; con respecto a su definición casi toda la doctrina está de acuerdo en considerar al arbitraje como: la convención entre dos o más personas mediante la cual se obligan a someter a arbitraje todos, o algunos de los conflictos presentes o futuros que puedan surgir respecto a una relación contractual o no.

En relación a la naturaleza jurídica del arbitraje se concluye que existe una amplia polémica y lo que se discute en esencia es, si el arbitraje pertenece a las concepciones normativas publicistas o, por el contrario, a las privadas. Tal y como se señaló, en Venezuela el ordenamiento jurídico ha fijado la posición destacando la naturaleza jurisdiccional del arbitraje; aunque a nivel jurisprudencial tanto la

Sala Constitucional como la Sala Civil del TSJ reconocen su naturaleza jurisdiccional, así los tribunales no formen parte del poder judicial pero forman parte de la actividad jurisdiccional, y reconocen al laudo como una sentencia. Por su parte la Sala Político Administrativa, ha clasificado al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial, desconociendo así su naturaleza jurisdiccional.

-En el **Capítulo Dos** de la investigación se encontró, que con respecto a los requisitos para la validez del acuerdo arbitral los principales autores están contestes, y destacan que los requisitos básicos exigidos para el contrato común son los que se requieren también para el acuerdo arbitral, siendo estos los siguientes: capacidad jurídica de los suscriptores, consentimiento de las partes, objeto lícito. Con respecto al objeto se señaló que debe versar sobre materias susceptibles de transacción, y son susceptibles de transacción todas las materias sobre las cuales las partes tengan libre disposición y sean de naturaleza patrimonial, y que no afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Destacan los doctrinarios que el otro requisito esencial para su validez lo es que el acuerdo debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de

documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sino está viciado de nulidad.

Con respecto al tratamiento en la legislación se encontró, que el único requisito que establece la Ley de Arbitraje Comercial para su validez es la escritura, en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, así mismo reconoce el acuerdo presunto mas no el tácito.

Por otra parte respecto a los requisitos para la validez del acuerdo arbitral a nivel jurisprudencial se pudo encontrar que es el criterio de la Sala Político Administrativa el que impera en la actualidad ya que cuando existe un acuerdo arbitral y una de las partes acude a la jurisdicción ordinaria tratando de evadirlo, y la otra parte invoca la excepción de falta de jurisdicción del juez en virtud de este, la SPA ha mantenido el criterio de que esta decisión tiene consulta obligatoria por tanto los acuerdos arbitrales que lleguen a la jurisdicción ordinaria siempre irán a la SPA siendo sus criterios los vinculantes.

Del mismo modo se pudo constatar que el criterio reiterado en muchas oportunidades por la SPA, es *que se debe determinar la validez del acuerdo antes*

de declarar la falta de jurisdicción, así como se verificar si existe una voluntad inequívoca y expresa de las partes de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes y por último constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, esto se refiere a que no haya una renuncia tácita del acuerdo por alguna de alguna de las partes. Dichos criterios explican las exigencias para los jueces establecidas por la SPA para que se declaren incompetentes en presencia de un acuerdo arbitral, y así prevalecer sus criterios.

Es evidente entonces que la SPA exigió a los acuerdos de arbitraje numerosos requisitos ajenos al ordenamiento jurídico venezolano de arbitraje comercial, que solamente prevee que para ser válido el acuerdo arbitral debe constar por escrito, condición esta igualmente considerada como suficiente por la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, todas vigentes en la legislación venezolana, obstaculizando así ilegítimamente el derecho constitucional de acceso a la justicia arbitral.

Con esta investigación se pudo encontrar que esta concepción que acoge la Sala es en demasía restrictiva del arbitraje, no siendo lo habitual hoy en día en

aquellos países proclives a esta institución, creando así una corriente jurisprudencial terriblemente hostil al arbitraje.

- Respecto al **Capítulo Tres** se encontró que el principio de la autonomía del acuerdo arbitral la doctrina mayoritaria de manera unificada ha mantenido que se refiere a que la validez y vigencia del acuerdo de arbitraje no depende de la validez o suerte del contrato que lo contiene, tan es así que pueden regirse por derechos distintos; en cuanto a la legislación, se pudo establecer que la LAC en su artículo 7, contiene el principio de autonomía del acuerdo arbitral al establecer, que la cláusula contentiva de un acuerdo arbitral se considera independiente del contrato en el cual está incorporada.

Si bien por su parte la jurisprudencia sólo se ha pronunciado una vez, cuando era la antigua CSJ, desconociendo el carácter autónomo del acuerdo arbitral trayendo de este modo como consecuencia que los tribunales ordinarios conozcan de la validez de la cláusula, invalidando así este principio y afectando su efectividad, y además violando fragantemente la normativa interna vigente.

- Para finalizar se concluyó en el Capítulo Cuarto lo referente al principio de la competencia de la competencia del acuerdo arbitral, donde se pudo constatar

que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en afirmar que este principio se refiere a

En resumen podemos concluir que los medios alternativos de solución de conflictos han sido un importantísimo aporte para la colectividad en general, que viene siendo una verdadera alternativa para los gravísimos problemas que afectan la justicia venezolana. Con el arbitraje se ha abierto una rendija para acceder a una justicia más eficaz, efectiva y pronta, y en definitiva de paz social ya que la justicia ordinaria no está en capacidad de ofrecer.

y la pérdida de interés de los operadores comerciales en utilizar este método alternativo de resolución de conflicto a pesar del marco jurídico extraordinario con el que cuenta nuestro país y la necesidad cada vez mayor de descongestionar los tribunales estatales.

Para finalizar este capítulo y a modo de cierre se destaca la importancia que tiene este principio para la validez del acuerdo arbitral ya que es el tribunal arbitral el primero llamado a pronunciarse sobre su propia jurisdicción o competencia, sin esta facultad son los tribunales ordinarios los primeros que deciden y con los criterios que imperan actualmente en el TSJ, especialmente en la SPA, es casi imposible que un acuerdo arbitral lo consideren suficientemente válido para excluir la controversia de la jurisdicción ordinaria, así pues se viola reiteradamente el art. 7 de la LAC que contiene este principio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso, I. (1999). **Técnicas de investigación bibliográfica** (8^{va} ed.). Caracas: Contexto.
- Ander-Egg, E. (1982). **Introducción a las Técnicas de Investigación** (19^{na} ed.). Buenos Aires: Humanitas.
- Arias, F. (1999). **El proyecto de investigación. Guía para su elaboración** (3^a ed.). Caracas: Episteme.
- Ary, D., Jacobs, L. y Razavieh, A. (1990). **Introducción a la investigación pedagógica** (2^{da} ed.). México: McGraw-Hill.
- Anzola, E. y Zumbiehl, F. (2004). Artículo. **El Tribunal Supremo de Venezuela Riñe con el Arbitraje**. Temas Fundamentales de Derecho y Economía. Tomo Resolución de Conflictos: Caracas: Velea.
- Anzola, E. (2005). Artículo. **El Fatigoso Camino que Transita el Arbitraje**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Badell & Grau Despacho de Abogados (1998). **Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial**. N° 1. Caracas: Torino.
- Balestrini, M. (2002). **Cómo se elabora el proyecto de investigación** (6^{ta} Ed.) Caracas: BL Consultores Asociados.
- Baumeister Toledo, A. y Bartola Quintero, J. (2005). Artículo. **Algunas Decisiones Judiciales del Tribunal Supremo de Justicia de Especial Interés en Materia de Arbitraje**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1999). **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Serie Eventos.
- Cámara de Comercio de Caracas (1998). **El Arbitraje en la Práctica II**. Caracas: Colección Cuadernos de Arbitraje.

- Chillón Medina, J y Merino Merchan, J (1991). **Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional**. 2° Ed. Madrid: Civitas S.A.
- Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1986). Copia de la **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** N° 3694 (Extraordinario). Caracas: Panapo.
- Comité Venezolano de Arbitraje. [http: www.cvarbitraje.com](http://www.cvarbitraje.com) . Consulta Septiembre 2005.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Copia de la **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453** (Extraordinario). Caracas: Dabosan, C.A.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4832** (Extraordinario). Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 251.548** (Extraordinario). Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- De Jesús, A. (2005). Artículo. **Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- De Jesús, A. (2005). Artículo. **La renuncia tácita del acuerdo de arbitraje y algunas conductas procesales "comprensibles": Comentarios Críticos a la Sentencia Nro. 1.713 de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela del 7 de octubre de 2004**. Revista de Derecho Nro. 17. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Delgado Soto, G. (2005). Artículo. **Nulidad de la Cláusula Arbitral**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Diccionario de la Lengua Española Espasa (2001). Tomo 1. Biblioteca El Nacional. Madrid: Espasa Calpe, S.A.

- Diccionario Jurídico Venezolano D&F. (1991). Autores Venezolanos. Caracas: Vitales 2000, C.A.
- Escobar Alvarado, (2005). Artículo. ***La Facultad de los Tribunales Arbitrales para Determinar su Propia Jurisdicción (Principio Kompetenz-Kompetenz)***. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Fiaren, V. (1978) ***El Proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia***. Estudios de Derecho Procesal homenaje Alcalá Zamora Castillo. México.
- Gil De Troconis, I. (1999). ***Introducción al Estudio del Arbitraje en Venezuela***. Caracas: Funeda.
- Govea, U. (h), L. (1998). ***Ley de Arbitraje Comercial***. El Universal.
- Guerra Hernández, V. (2005). Artículo. ***Evolución del Arbitraje Comercial Interno e Internacional***. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Henriquez La Roche, R. (1998). ***Código de Procedimiento Civil***. Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). ***Metodología de la investigación*** (3^{da} ed.). México: McGraw-Hill.
- Hernández-Breton E. (2005). Artículo. ***Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental***. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.
- Henriquez La Roche, R. (2000). ***El Arbitraje Comercial en Venezuela***. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.
- Hung Vaillant, F. (2001). ***Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano***. Caracas: Jurídica Venezolana.
- Hung Vaillant, F. (2003). Artículo. ***Apostillas a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia***. Barquisimeto. Libro homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo 2. Caracas: UCAB.

- Hung Vaillant, F. (2001). Artículo. **Principios orientadores en la Ley de Arbitraje Comercial y los Recursos contra el Laudo Arbitral**. XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escobar, 2da. Edición. Caracas.
- Ley de Arbitraje Comercial (1998). Copia de la **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** N° 36.430. Caracas: Almorca, C.A.
- Maekelt, T. y Madrid C. (2003). Artículo. **Al rescate del Arbitraje en Venezuela**. Libro homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo 2. Caracas: UCAB.
- Mejía, L. (1999). **El Arbitraje: visión histórica y de derecho comparado**. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal Nro. 1. Caracas: Livrosca.
- Mezgravis, A (1996). **Algunas Consideraciones sobre la Jurisdicción y el Arbitraje**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas
- Mezgravis, A. (2002). Artículo. **La promoción del Arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisdicción**. Revista de Derecho Constitucional Nro. 5. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Mogollón Rojas, I (2004). **El Arbitraje Comercial Venezolano**. Caracas: Vadell Hermanos, C.A.
- Morles, V. (1994). **Planeamiento y análisis de investigaciones** (8^{va} ed.). Caracas: El Dorado.
- Morello, A. (1990). **El Arbitraje interno e internacional. Algunos aspectos de su problemática**. XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Mérida. Volumen I. Centro de Publicaciones, Madrid.
- Pisani, Azpúrua V. (2004). Artículo. **Análisis Económico de la Ley de Arbitraje Comercial**. Temas Fundamentales de Derecho y Economía. Tomo Resolución de Conflictos. Caracas: Velea.
- Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.

Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. (2000).
Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano de
Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.

Rengel Romberg, A. (2005). Artículo. **Naturaleza Jurisdiccional del Laudo
Arbitral**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comité Venezolano
de Arbitraje. Serie Eventos N° 18. Caracas.

Sarmiento Sosa, C. (1999). **Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Livrosca.

Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela. [http: www.tsj.org.ve](http://www.tsj.org.ve).
Consulta Septiembre 2005.

Vallenilla Solorzano F. (2000). **Metodología de la Investigación**. Caracas:
UCAB.

Vocablo Jurídico (1961). Buenos Aires. Ediciones Depalma

