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

**ASPECTOS CONSTITUCIONALES
DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN VENEZUELA
(Caso específico la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros)**

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

Autor: Elizabeth Ruiz Gómez

Asesor: Prof. Álvaro Badell Madrid

Caracas, 2007

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada **Elizabeth Ruiz Gómez**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es **ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN VENEZUELA**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los _____ días del mes de enero de 2007.

Dr. Álvaro Rafael Badell Madrid

C.I. 4.579.772

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
PARA ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL**

**ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE
OBLIGATORIO EN VENEZUELA**

**Autora: Elizabeth Ruiz Gómez
Asesor: Dr. Álvaro Badell Madrid
Fecha: enero 2007.**

RESUMEN

En el presente trabajo se analizaron los aspectos constitucionales del arbitraje obligatorio en Venezuela. El tema de estudio se desarrolló mediante una investigación monográfica-documental, a nivel descriptivo. Realizándose el análisis subjetivo y lógico de las fuentes bibliográficas consultadas, comparando, clasificando y sintetizando las opiniones referentes al tema de los diversos autores. Asimismo, como aspecto primordial se analizó lo establecido en la normativa jurídica referente al objeto de estudio. El instrumento utilizado consistió en una matriz de análisis de contenido, que sirvió de apoyo para la clasificación y síntesis de la información que se obtuvo de las fuentes documentales y que permitió la comparación de posiciones teóricas de los autores consultados. Se trató el tema en cuestión por el hecho de que el arbitraje, como medio alternativo para la resolución de conflictos, es de gran ayuda y apoyo para el sistema judicial venezolano, pero ello no autoriza a una medida legislativa a vulnerar derechos de rango constitucional de los justiciables, donde a éstos no se les permita plantear sus controversias antes los tribunales ordinarios.

Descriptores: Arbitraje, arbitraje obligatorio, aspectos constitucionales.

DEDICATORIA

A mis padres Nora y Gustavo y a mi hermano Carlos Gustavo,
inspiración de todas mis metas.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, Nora Mercedes, por su apoyo durante la realización de este trabajo especial de grado, y su asesoría metodológica.

Al Dr. Álvaro Badell Madrid, tutor de esta investigación, por su valiosa asesoría temática.

ÍNDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL TUTOR	ii
RESUMEN	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	6
NOCIONES FUNDAMENTALES DEL ARBITRAJE	6
Concepto de arbitraje	6
Naturaleza jurídica del arbitraje	15
CAPÍTULO II	24
TIPOS DE ARBITRAJE	24
Arbitraje voluntario	24
Arbitraje legal y arbitraje obligatorio	26
CAPÍTULO III	35
ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO..	35
La tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia	37
Limitaciones a los derechos fundamentales	48
Inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio	50
CAPÍTULO IV	56
CONCLUSIONES	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUCCIÓN

El estudio de los medios alternos para la resolución de conflictos, y en específico del arbitraje es de gran importancia, pues, muchos estudiosos han considerado a éstos como una solución a los conflictos relacionados con la administración de justicia, en el sentido de que pueden ser capaces de descongestionar y agilizar las causas pendientes ante el Poder Judicial, sin embargo, ello no justifica que la ley obligue a los particulares a dirimir sus conflictos mediante este mecanismo, pues, ello podría considerarse como una limitación al acceso a la justicia.

Si bien es cierto que el arbitraje puede resolver innumerables conflictos intersubjetivos y puede influir en la mejor garantía de una tutela efectiva de los derechos de los justiciables; no es menos cierto que todas sus especies deben someterse a los preceptos constitucionales.

En un trabajo de este género se debe analizar cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje, para así determinar si éste es

una excepción al monopolio que tiene el Estado para resolver controversias, o si por el contrario es un complemento permitido por el ordenamiento jurídico. El arbitraje como método para la resolución de conflictos, puede contribuir eficazmente a aminorar la carga que actualmente tienen los tribunales, y de esa forma mejorar el sistema de administración de justicia.

Los métodos para la resolución de conflictos tradicionales parecen ser insuficientes para las exigencias del mundo contemporáneo, lo cual crea la necesidad de implementar mecanismos alternos para obtener mayores beneficios, otorgando a los justiciables soluciones justas y oportunas; tal vez por ello, el ordenamiento jurídico venezolano ha incluido a los medios alternos para la resolución de conflictos como indispensable en la reforma del sistema judicial

Cuanto más se estudie acerca del tema del arbitraje, mayor número de justiciables se beneficiarán de un mejor sistema de justicia y mientras mejor se garantice el acceso a la justicia, mayores satisfacciones tendrán los particulares que acuden en su búsqueda.

A pesar de las ventajas innegables del arbitraje, es necesario estudiar a fondo la constitucionalidad del arbitraje obligatorio, pues, admitir que en virtud de las ventajas del arbitraje éste debe ser aplicado de forma obligatoria, sería tanto como establecer que el fin de justicia justifica que los particulares sean limitados en su acceso a los tribunales de la República.

Ahora bien, metodológicamente el presente trabajo se ubica en una investigación teórica que ofrece 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 es, 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 configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica

No se puede olvidar que la metodología constituye la médula del plan, es el "cómo" se realizará el estudio para

resolver el problema planteado (Arias, 1999) se refiere a la descripción de las unidades de análisis o de investigación, las técnicas de observación y recolección de datos, los instrumentos, los procedimientos y las técnicas de análisis (Morles, 1994).

Así pues, de acuerdo con el Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado de la Universidad Católica Andrés Bello, la investigación realizada, es de tipo monográfico, a nivel descriptivo.

Las fuentes de información fueron documentos analizados mediante una interpretación lógica, aplicando la inducción y la deducción al estudio de la información.

Al tomar como base los objetivos del presente trabajo, el cual es monográfico a un nivel descriptivo, donde se pretende determinar los aspectos constitucionales del arbitraje obligatorio, las técnicas que se utilizaron fueron las propias de la investigación documental, de ellas se pueden mencionar: El

análisis de contenido de naturaleza cualitativa, la observación documental, la lectura evaluativa y la técnica del resumen.

Del análisis realizado se obtuvieron las conclusiones y recomendaciones generales al problema planteado, las cuales fueron expuestas con coherencia y fundamentadas en relación a los aspectos constitucionales del arbitraje obligatorio.

Para la realización de la presente investigación se realizó una Matriz de Análisis de contenido que contuvo un universo, una unidad de análisis y una categoría de análisis.

En el primer capítulo se trataron las nociones fundamentales del arbitraje, qué es el arbitraje y las distintas tesis en relación con su naturaleza jurídica; en el segundo capítulo se trataron los distintos tipos de arbitraje, el voluntario, el legal y el obligatorio; en el tercer capítulo se trataron los aspectos constitucionales del arbitraje obligatorio; y finalmente en el cuarto capítulo se presentaron las conclusiones. El trabajo incluye las referencias bibliográficas utilizadas.

CAPÍTULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL ARBITRAJE

En la actualidad las tendencias de los sistemas jurídicos buscan mecanismos alternativos a los fines de la resolución de las controversias que puedan suscitarse entre los ciudadanos, es así como el arbitraje encuentra un papel destacado y acreditado a nivel mundial en el campo del comercio. En el arbitraje una o más personas otorgan solución a un conflicto, estando previamente las partes comprometidas a acatar la resolución de los árbitros, lo cual en razón del compromiso previo, pudiera traer mayor eficacia de la decisión.

Concepto de arbitraje

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, (2003, p. 349) arbitraje es toda decisión

dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o en un asunto.

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone que:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

De esto se deduce que el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos distinto a la administración de justicia ofrecida por el poder judicial, así las partes pueden ponerse de acuerdo para que una determinada controversia no sea decidida por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros, los cuales son auxiliares de justicia.

Gabaldón 1987 (citado por Matthies, 1996, p.14) adujo que:

“El arbitraje es la institución mediante la cual el derecho procesal

faculta a quienes se encuentran en controversia para designar los jueces que resolverán y para establecer los mecanismo con que éstos deberán actuar para lograrlo”.

De esa forma, en razón del compromiso de las partes, éstas renuncian a acudir a los órganos jurisdiccionales a dirimir una determinada controversia, sin embargo, éstos simplemente se encuentran desplazados a la espera de una posible fase final, en el supuesto de que no esté presente la ejecución voluntaria de lo decidido, pues, la facultad de hacer cumplir sus decisiones aún forzosamente pertenece a la jurisdicción.

En la actualidad cada vez más se ha ido estudiando la institución arbitral como un procedimiento para la solución de conflictos de los particulares, pues, el arbitraje otorga innegables beneficios a las partes que lo utilizan, a saber, rapidez, especialidad, economía, descongestión de la justicia ordinaria, entre otros.

Aylwin (citado por Monroy, 1982, p.8), expresó que:

“...después de alguna evolución se empieza a renunciar al derecho a decidir las disputas a mano

armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad. Ofendido u ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que éste regule la "composición" que el segundo deberá pagar al primero, o en otros casos, ese tercero ofrece a los litigantes un mediación y los exhorta a someterse a un acuerdo pacífico".

Tal como señala Aylwin la sociedad ha ido evolucionando, dejando a un lado la justicia privada, sometiendo sus controversias a la resolución de un tercero, y de esa manera mantener la paz social.

Señala Morles (2005, p.9) que "La doctrina reconoce que el arbitraje es una institución jurídica muy antigua y que como sistema de justicia privada ya existía entre persas, griegos y romanos" eso da una idea del avance que puede tener la institución del arbitraje.

El arbitraje tiene una gran trayectoria, señala Ontiveros (1986, p.227) que "en el derecho primitivo cada persona se hacía justicia por sí misma sin intervención de la autoridad pública, posteriormente se le pidió a un tercero que resolviera el problema como árbitro o como juez, aceptando su decisión como

obligatoria, práctica que fue adaptándose por efecto de la costumbre”.

Continua Ontiveros (1986, p.228) expresando que “en Roma hay dos clases de jueces, los miembros de los tribunales permanentes y los particulares nombrados para un caso especial cuya función termina al dictar sentencia (...) Los jueces eran escogidos de las listas confeccionadas por el Pretor y puestas en el foro, (...) las partes podían escoger ellas mismas su juez o árbitro...”

En Venezuela, en la Constitución de 1830 en su artículo 190, se previó que los venezolanos tenían la libertad de terminar sus controversias o diferencias por árbitros, ello aun cuando estén iniciados los pleitos.

“Artículo 190: Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver a él, con tal que se observen las formalidades legales: y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.”

Desde el Código de Procedimiento Civil de 1936 hasta el vigente, el arbitraje se ha regulado como un mecanismo alternativo

para la resolución de conflictos. En la actualidad la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) ha incorporado a los medios alternos para la resolución de controversias dentro de su texto, con lo cual han adquirido rango constitucional y reconocimiento como parte del sistema de justicia venezolano.

A pesar de los mayores esfuerzos, mantiene Morles (2005, p11), que existen diversas dificultades que entorpecen el camino del arbitraje, a saber, “a) la distinción entre contrato preliminar de arbitraje (cláusula compromisoria) y contrato de arbitraje en sí mismo (compromiso arbitral); b) la no aceptación del poder de los árbitros para pronunciarse sobre su propia competencia (principio Kompetenz-Kompetenz); c) la posibilidad de que los tribunales locales intervengan antes, durante o después del arbitraje; d) la existencia de un conjunto de cláusulas para impugnar la validez del laudo; e) la falta de autonomía de la cláusula compromisoria, es decir, la dependencia de la cláusula arbitral de la validez del contrato principal; f) la rigidez de las formas procesales; g) la ausencia de una disposición que permita la continuación del procedimiento arbitral cuando una de las partes se resiste a cumplir con el acuerdo arbitral recurriendo a

una maniobra dilatoria como la interposición de una demanda judicial”.

Así pues, para superar las dificultades que entorpecen el crecimiento del arbitraje, deben los usuarios de la administración de justicia entender los beneficios de la utilización del arbitraje y dejar a un lado la predisposición al mismo.

El arbitraje es un método para la resolución de conflictos alternativo al judicial, en este mecanismo los conflictos son resueltos por particulares que no revisten la calidad de jueces de la República. El arbitraje tiene lugar cuando dos o más personas deciden someter sus conflictos o controversias a un tercero que provee una solución, por tanto se trata de un mecanismo de resolución privada instituido por voluntad de las partes o de la ley, por lo que la facultad de juzgar, se desplaza de los órganos jurisdiccionales a otros distintos.

El arbitraje como acuerdo de voluntades, implica que las partes renuncian a su derecho de accionar ante los tribunales de la República, y a su vez, impide a los tribunales ordinarios

resolver los litigios que las partes han decidido someter a este mecanismo. Así el arbitraje constituye una anuencia para que un tercero intervenga como conciliador o amigable componedor, hasta el punto de que ese tercero ajeno e imparcial actúe como juez privado y dicte una resolución cuyo acatamiento ha sido pactado por las partes de manera anticipada.

Las partes pueden elegir entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad. En el primero, la decisión se toma de conformidad con las leyes aplicables, es decir, los árbitros deben aplicar la legislación vigente, por lo general en este caso, los árbitros son abogados. En el segundo, la decisión de los árbitros será tomada según su lealtad, saber y entender, aplicando la justicia al caso concreto.

En Roma se le llamaba árbitro al juez que fallaba en los pleitos entre vecinos o parientes en el lugar de la controversia, el cual disponía de amplios poderes para apreciar y resolver, sin embargo, en la actualidad se entiende por árbitro al juez elegido libremente por las partes, para poner fin a sus discrepancias y evitar recurrir a los tribunales ordinarios.

A partir de 1999, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y la inclusión de los medios alternativos de resolución de conflictos como parte del sistema de justicia, el Estado ha tenido como objeto fomentarlos y promoverlos. Pues, el auge de la materia de arbitraje tiene que ver con la falta de formalismos y la rapidez en la resolución de los conflictos que éste ofrece.

En general, se puede afirmar que el arbitraje tiene mayor flexibilidad e informalidad en comparación con el procedimiento jurisdiccional, lo cual puede ser del agrado o desagrado de los usuarios y justiciables.

El arbitraje no sólo constituye una vía para que una tercera persona se inmiscuya como conciliador o amigable componedor, sino que esa vía va a constituir un compromiso, para que ese tercero ajeno e imparcial actúe como juez privado y dicte una resolución. La decisión de los árbitros se denomina Laudo Arbitral, éste pone fin a la controversia y reviste las características de una sentencia judicial, sin serlo en realidad, debido a que no implica un poder coactivo, en virtud de que al

legislar sobre el arbitraje no se delega nada a los particulares, sino que regula el ejercicio de una facultad propia de la autonomía de la voluntad de las partes. Recuérdese que el monopolio del Estado no está en administrar justicia, sino en hacer ejecutables, aún forzosamente, lo decidido por él, tal como lo expresa la exposición de motivos de la Carta Magna (1999).

Cuando el laudo adquiere eficacia obligatoria como una verdadera y propia sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales, es idónea para adquirir la autoridad de cosa juzgada en el supuesto de no ser impugnada, sin embargo, la ejecución forzosa del laudo arbitral es competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, pues el laudo no comporta la eficacia de un acto jurisdiccional.

Naturaleza jurídica del arbitraje

Se discute en la Doctrina y la Jurisprudencia si los árbitros ejercen una función jurisdiccional o simplemente privada.

Es así como por un lado, se encuentra la teoría

contractualista que pone de relieve el origen en una convención entre las partes. En esta posición se colocan, entre otros, a Wach en Alemania y Chiovenda en Italia.

Para Wach, citado por Rengel-Romberg (1999, p.20), “el procedimiento arbitral es similar al proceso y tiene de común con éste la finalidad de liquidar los litigios por sentencia y lo logra por un medio de casi igual eficacia. Agrega Wach, que el procedimiento arbitral no es un ordenamiento coactivo, ni de tutela jurídica. Su fundamento está en el arbitrio de las partes. Su misión no es decir el derecho ni ejercer la *coertio* procesal; ni tiene su sentencia efecto coactivo en su sentido de ejecutabilidad. Es un juez arbitrado y como tal deriva su función de la voluntad de las partes”.

Para Chiovenda citado por Rengel-Romberg (1999, p.22), al tratar el compromiso arbitral dice que “éste implica una renuncia al conocimiento de una controversia por obra de la autoridad judicial. El compromiso concede a las partes una excepción procesal, porque si una de las partes del compromiso introduce demanda y cita a la otra ante el juez, ésta puede

impedir el examen de mérito mediante la excepción de compromiso, que no es ni de competencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento judicial”.

Como puede observarse en esta teoría prevalece la voluntad de las partes, quienes renuncian a que sus controversias sean dilucidadas por la autoridad judicial.

En la posición jurisdiccionalista se coloca Mortara, examinándolo desde el concepto de Estado moderno y su relación con la tutela jurisdiccional de los derechos que ejercita.

Para Mortara citado por Rengel-Romberg (1999, p.24), “el oficio jurisdiccional, es una función de *soberanía*; por su intrínseco y natural carácter, los actos por medio de los cuales se cumplen poseen fuerza imperativa y obligatoria respecto de los actos jurídicos de la comunidad social. Pero este enunciado concepto se funda a su vez, sobre el presupuesto indeclinable: que la función sea ejercida por un órgano de soberanía, por un poder legítimamente constituido en el Estado y rodeado de aquellas garantías que concilian la segura defensa del derecho

individual con eficaz actuación del poder de coacción con el cual se protege y se mantiene el orden jurídico público y privado. La magistratura ordinaria –dice Mortara- es tal órgano de soberanía; no lo son, al contrario, los árbitros libremente elegidos por los particulares, ni los Jueces de otro Estado. Ahora bien, el legislador considera oportuno que pueda sustituirse para la declaración del derecho controvertido, la obra de los árbitros privados o de los jueces extranjeros a aquella de los magistrados del Estado; pero no considera ni habría podido considerarlo, que estos órganos decisorios fuesen al mismo tiempo órganos de soberanía, por lo cual ha puesto un común criterio de limitación a la obra jurisdiccional de los asuntos de los unos y de los otros”.

Este autor coloca como premisas la función ejercida y la legitimación del órgano que la ejerce, por lo que sus actos poseen fuerza imperativa y obligatoria respecto de los actos de la comunidad.

En una posición ecléctica se encuentra Carnelutti, quien citado por Rengel-Romberg (1999, p.26), señala “que los árbitros y la sentencia del juez extranjero, ciertamente carecen de

jurisdicción; el árbitro es un particular cualquiera, al cual las partes no pueden atribuir potestad alguna, por lo que su decisión, de por sí no tiene ninguna eficacia imperativa”, sin embargo, continua Carnelutti “la decisión puede adquirir la misma eficacia que la decisión de los jueces dotados de potestad jurisdiccional cuando una de éstos, en los modos prescritos por la ley, la haya sometido a un cierto examen y haya pronunciado respecto de ella una cierta providencia”, la verdad es que “tanto la decisión del árbitro como la del juez extranjero no pueden dejar de proceder de una potestad jurisdiccional cuando despliegan la misma eficacia que las decisiones pronunciadas por un juez provisto de tal potestad, pues la eficacia jurídica del acto supone la existencia del poder o del deber; y por otra parte, la identidad de los efectos supone la identidad de las causas, así pues, si estos jueces no tenían potestad antes, deben haberla adquirido después por virtud del acto que ha conferido eficacia a su decisión; conferir tal eficacia sin reconocerles ellos la potestad, sería una contradicción en los términos; y ningún obstáculo lógico se opone a tal deducción, puesto que, naturalmente, al conferimiento de la potestad se le puede atribuir efecto retroactivo, ya que el reconocimiento se define como una

condicio iuris de la eficacia de la decisión y con ella de la potestad del juez que la ha pronunciado”.

Autores como Carnelutti se encuentran en una posición ecléctica o intermedia, aduciendo que ciertamente en un inicio los árbitros carecen de jurisdicción por cuanto es simplemente un particular, sin embargo, en algún momento adquieren dicha jurisdicción pues, sus actos tienen eficacia, ya que de otro modo no tendría sentido alguno.

Por otra parte Carnacini (1961, p. 19) señaló que:

“Entre estas dos diferentes tesis, jurisdiccionalista y privatista, se había situado una tercera, que a la primera le oponía la objeción de no tomar en cuenta que el laudo sin el decreto de ejecutoriedad no es sentencia, sino también y sobre todo la obligatoriedad, y que reprochaba a la segunda que no distinguía entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, si indudablemente el poder de ellos sería menos pleno que el de los jueces ordinarios, como subordinada que estaba la eficacia del laudo a una homologación, en cambio la naturaleza de la función sería siempre la misma”.

Al parecer esta tercera tesis logró armonizar la actividad de los árbitros con la eficacia de su resolución, donde la formación

del arbitraje es de carácter privado, pues, los árbitros no gozan de poderes jurisdiccionales, pero, que ellos resuelven conflictos mediante decisiones que deben ser acatadas por las partes y que, sin embargo, se requerirá para la ejecución forzosa, la intervención del poder judicial.

En el derecho procesal la institución del arbitraje es una de las más controvertidas, pues, sustraer el dirimir conflictos de sus jueces naturales, para que éstos sean resueltos por terceros designados por las partes interesadas, es un acontecimiento interesante.

Señala Scialoja, parafraseado por Rengel-Romberg (1999, p.17) que la causa del florecimiento de la variedad de formas de juicios privados está en el deseo, a menudo ilusorio, de lograr mayor rapidez y economía de gastos; en la desconfianza acerca de la independencia y capacidad, o en algunos casos de falta de conocimiento de tecnicismo especiales de la magistratura pública.

En conclusión, en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, existen tres tesis predominantes, los que sostienen la tesis contractual, los que defienden la tesis jurisdiccional, y los que asumen una posición ecléctica. Al apoyar la tesis contractual, la regla de oro del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, con lo cual las reglas de procedimiento del arbitraje pueden ser libremente pactadas por las partes, por ello la materia a tratar debe ser necesariamente disponible. Sin embargo, son muchos los esfuerzos doctrinales para determinar la naturaleza del arbitraje

Tomando en consideración las tesis expuestas, tratándose de una renuncia de las partes a acudir a los tribunales, estos mantienen su jurisdicción y competencia, independientemente de la voluntad de las partes. Las facultades del árbitro derivan de la voluntad de las partes, y el laudo que se dicte a pesar de que debe ser acatado, no tiene carácter ejecutivo. En contraposición surge la tesis jurisdiccional, donde el árbitro es equiparado al juez, y el laudo a un fallo judicial, en efecto Matthies (1996, p.14) señala: “Los árbitros son auxiliares de justicia y su facultad jurisdiccional se deriva de expresas normas del procedimiento

procesal". Y una tercera tesis que logra armonizar la actividad de los árbitros con la eficacia de su resolución, pues, siendo que inicia por la voluntad de las partes, concluye con una decisión dotada de eficacia.

CAPÍTULO II

TIPOS DE ARBITRAJE

El arbitraje puede tener su fuente en un acuerdo de voluntades o en una disposición legal, y esta última puede tener carácter obligatorio o no. En virtud de ello, se establece que determinada controversia será resuelta por un órgano especial, denominado Tribunal de arbitraje; ahora bien, cuando dicha designación proviene de la voluntad de las partes, se le llama arbitraje voluntario, cuando proviene de una disposición normativa, se le llama arbitraje legal, y cuando dicha disposición es de carácter obligatorio sin admitir pacto en contrario, se le llama arbitraje obligatorio.

Arbitraje voluntario.

El arbitraje voluntario es aquel en el cual para su formación

prevalece la voluntad de las partes, tal como lo prevé el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuando dispone que:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

Señalan Villalobos, Reynoso y Sánchez-Castañeda (2005 p, 152) que “Si tenemos en cuenta que el arbitraje debe nacer de un acuerdo de las partes, derivado de un compromiso (teoría contractualista), el funcionamiento arbitral debiera considerarse sólo voluntario. Las partes en el derecho privado son libres para estipular sus condiciones de trato y pueden, por tanto, predeterminar, o bien determinar, las posibles fórmulas de solución ante la hipótesis de diferencias de intereses.”

En el arbitraje voluntario el compromiso arbitral delimitará el ámbito de actuación de los árbitros. En esta calificación de arbitraje las partes son libres de elegir las reglas que deberán

seguirse a los fines de resolver un determinado conflicto. Así la premisa fundamental del sistema voluntario es la libertad de las partes para comprometerse y para asumirlo.

Arbitraje legal y arbitraje obligatorio

En la práctica, se ha comprobado que en materia mercantil, un alto porcentaje de controversias se resuelven a través del arbitraje, con lo cual el legislador ha querido establecer como regla lo que antes era entendido como la excepción, es decir, por disposición legal, esas controversias mercantiles se resolverán mediante el arbitraje, y quienes no quieren someterse a él deberán establecerlo de manera expresa. En tal sentido, existe la posibilidad de establecer por Ley, mecanismos alternativos para la resolución de controversias, cuando tengan por objeto la administración de justicia más rápida y eficaz, los cuales fortalecerán el derecho a la tutela de los intereses.

Dentro del arbitraje se encuentra el llamado arbitraje legal, el cual como su nombre lo define, es aquel impuesto por Ley. Según esto, las partes deberán resolver una determinada

controversia a través del arbitraje, por disposición legal, sin embargo, nada impide que éstas, en virtud de la autonomía de la voluntad, que de manera expresa señalen su disposición a someterse al control jurisdiccional y no a un control arbitral.

Un ejemplo donde la legislación promueve el arbitraje como medio para la resolución de controversias, es en materia laboral el artículo 34 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone lo siguiente:

....Si para la reducción del personal se involucraren circunstancias económicas, o de progreso o modificaciones tecnológicas, el procedimiento conflictivo, en caso de no llegarse a acuerdo entre las partes, se someterá a arbitraje...”

En este caso la Ley tiene la iniciativa de promover al arbitraje como medio para la resolución de un conflicto en materia laboral, sin embargo, podrían las partes, a través de su contrato colectivo pactar lo contrario.

Al lado de las diversas modalidades de arbitraje, se encuentra al arbitraje obligatorio, el cual está impuesto por Ley y con tal carácter, donde suponen que las partes acuden forzosamente y sin alternativa al arbitraje.

Señalan Villalobos, Reynoso y Sánchez-Castañeda (2005 p, 153) que “el arbitraje obligatorio sustituye la fórmula contenciosa ventilada ante los tribunales comunes regidos por y para la aplicación del derecho común.”

Continuando con Villalobos, Reynoso y Sánchez-Castañeda (2005 p, 153) ellos agregan que “el arbitraje obligatorio o forzoso se identifica con el impuesto por la Ley y dentro del mismo pueden considerarse algunas formas:

- a) Designación de un árbitro o del un colegio arbitral.
- b) Ordenamiento legal en la designación del o de los árbitros, o facultad de las partes para nombrarlos.
- c) Obligatoriedad de asumir la decisión o posibilidad de rehusar el cumplimiento.
- d) Posible impugnación del laudo vía judicial”

Por otra parte, Villalobos, Reynoso y Sánchez-Castañeda (2005 p, 155) aclaran que “no encontramos en el arbitraje obligatorio circunstancia negativa alguna excepto en el caso de

su imposición en la huelga, que podría inhibir su ejercicio, salvado lo cual no parece tener objeción.”

Sin embargo, con el arbitraje obligatorio por vía legal se está excluyendo una determinada controversia del control jurisdiccional, un caso concreto de ello se puede apreciar en el Decreto N° 1.545 con fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, de fecha 12 de noviembre 2001, reimpressa por errores materiales el 28 de noviembre 2001.

Dicho Decreto Ley otorga al Superintendente de Seguros atribuciones, que están sometidas al principio de legalidad administrativa, en el cual la Administración sólo puede hacer aquello para lo cual fue facultada.

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 16 numerales 12 y 13 *eiusdem*, disponen lo siguiente:

“Son atribuciones del Superintendente o Superintendente de Seguros:

...

12. Resolver con el carácter de arbitro arbitrador, **en los casos contemplados en este Decreto Ley, y cuando así lo hubieren aceptado las partes**, las controversias que se susciten entre los sujetos

sometidos a su control y entre éstos y los tomadores, los asegurados o los beneficiarios del seguro, en sus casos.

13. Designar cuando así lo soliciten ambas partes, y asuman el pago de los estipendios correspondientes, el o los árbitros, de entre la lista de árbitros registrados en la Superintendencia de Seguros, a fin de que solucionen las controversias para las cuales se hubiere solicitado su intervención” (negritas añadidas).

Entonces, la facultad otorgada por el Decreto Ley al Superintendente de Seguros, es la de poder ser árbitro arbitrador cuando las partes así lo requieran, ya que, la facultad de comprometer en árbitros una controversia es sólo de las partes; es así como, la potestad que tiene el Estado para juzgar, emana de los ciudadanos y ciudadanas, tal como lo dispone el artículo 253 de la Constitución de 1999, que al tocar el tema sobre la potestad de administrar justicia, prevé: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley...”

Siendo los ciudadanos y ciudadanas los únicos que pueden relajar ese principio, dicha facultad por lo tanto es exclusiva y excluyente de los mismos, por lo cual está fuera de la

competencia de los órganos de la administración, obligar a los particulares a someterse a un arbitraje, ya que, este arbitraje obligatorio va en contra del principio de autonomía de la voluntad de las partes, pues el arbitraje tiene un carácter consensual para su validez.

El artículo 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, establece:

“El Superintendente o Superintendente de Seguros deberá actuar directamente o a través de los funcionarios que designe, como árbitro arbitrador en aquellos casos que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes. Las partes fijarán el procedimiento a seguir, caso contrario se aplicará el procedimiento a seguir, caso contrario se aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. Las decisiones del Superintendente o Superintendente de Seguros deberán ser adoptadas en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizada la actuación de las partes.

En los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.), el arbitraje será obligatorio. En caso de negativa de alguna de las partes a formalizar el compromiso, la Superintendencia de Seguros ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación. **Si el citado no compareciere, se tendrán por válidas las cuestiones sometidas por la parte compareciente y la Superintendencia así lo resolverá.** Si la parte citada compareciere, se le oirán sus alegatos, se

abrirá el lapso probatorio que fije la Superintendencia y se dictará el laudo arbitral en el plazo establecido en este artículo.

El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento” (Negritas añadidas).

Así, la Superintendencia de Seguros está actuando en atribución de una facultad que no le es propia, como es la de someter a arbitraje una controversia de la cual no es parte, pues ello sólo le corresponde a los dueños del interés personal legítimo y directo es decir a los justiciables. Con el llamado Arbitraje obligatorio, se impone a los sujetos intervinientes en la actividad aseguradora, la obligación de someter a arbitraje, todos los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.).

Garró 1993 (citado por Matthies 1997 p.141) al analizar la ley de Seguros de 1975 señaló:

“Me parece que en el arbitraje previsto en la Ley de Seguros de 1975 se contemple el nombramiento de un tribunal unipersonal... en la persona del Superintendente” “Estimo dice, Garró, que el asegurado y la aseguradora deberían tener participación en el nombramiento del árbitro y éste no sea designado desde arriba”.

La denominación del arbitraje como obligatorio, no se corresponde con la concepción de arbitraje propiamente dicha, y menos con el concepto que la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 5, le asigna al arbitraje, en el cual se evidencia claramente que el arbitraje implica la voluntad legítimamente manifestada por las partes, en el sentido de decidir someter sus controversias a un control arbitral.

Al respecto Balasso (1998 p.27), observó que:

“No podría el legislador, sin infringir el orden jurídico constitucional, establecer expresa o tácitamente una derogatoria a los principios que informan nuestro sistema de derecho, que someten a la actividad de todas las ramas del Poder Público al control de su regularidad y legalidad por parte del Máximo tribunal de la República, o de los demás órganos de la jurisdicción contencioso administrativa”.

En el arbitraje típico, la ley reconoce el dispositivo de la voluntad privada de las partes, tanto para elegir que una determinada controversia será decidida por los árbitros, como para elegir los árbitros. Por otra parte, en el llamado arbitraje obligatorio, el poder de las partes está limitado, bien sea para determinar la controversia o para elegir a los árbitros;

Calamandrei (1997, p.169) señala que cuando se suprime el poder dispositivo de las partes en ambos momentos, no queda ya del arbitraje más que el nombre.

CAPÍTULO III
ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE
OBLIGATORIO EN VENEZUELA

La Constitución de la República como norma suprema, se reconoce como fuente en la protección de los derechos fundamentales, éstos son todos aquellos derechos inherentes a la persona humana, reconocidos o no por la Constitución.

Al respecto señala Casal (2006, p. 41) que “La función primaria de la Constitución desde su nacimiento como concepto de la modernidad, es justamente la de reconocer las libertades básicas del ser humano y la de asegurar su pleno disfrute... Se han producido cambios relevantes en la manera de concebir tales libertades, y en la definición de sus mecanismos de protección, e

incluso en la noción de Constitución, pero sigue vigente esa idea central que liga a las Constituciones con los derechos inherentes a las personas.”

En este sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) expresa la voluntad de garantizar los derechos fundamentales, interpretados en un sentido amplio, abarcando los reconocidos o no por ella, y por los tratados internacionales.

Los valores superiores del ordenamiento jurídico han adquirido mucha importancia en el derecho constitucional, muestra de eso es el artículo 2 de la Carta Magna (1999), que incluye a los derechos humanos y reconoce su preeminencia entre los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los derechos fundamentales deben ir acompañados de reglas que garanticen su observancia. Adujo Casal (2006, p 51) que “Dentro de las garantías sustantivas ha de incluirse el principio de reserva legal, conforme al cual las

limitaciones o restricciones a los derechos constitucionales deben estar previstas en la Ley, por lo que su establecimiento corresponde al parlamento como instancia plural, representativa y deliberante.”

En este sentido adquiere vital importancia el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia, que corresponden a todo derecho subjetivo e interés legítimo.

La tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia

Los derechos fundamentales del justiciable se encuentran resguardados por las garantías procesales, entre los cuales se pone de relieve, el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, que están consagrados en el artículo 26 de la Carta Magna, en donde se establece:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (Negritas añadidas).

El artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, un valor fundamental, para garantizar la paz social como objetivo del Estado, al hablar de acceso a la justicia es referente a un conjunto de derechos, y no simplemente de analizar un servicio que presta el Estado. Dicho artículo consagra una cadena de derechos que pasan a ser columnas fundamentales para procurar la justicia, entre los cuales se destaca el acceso a la justicia que se encuentra inmerso en el concepto de tutela judicial efectiva.

El Estado toma la administración de justicia, para favorecer en la solución de los conflictos que puedan nacer entre los justiciables, instituyéndose de tal manera, para que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el

Estado para el cumplimiento de su objetivo, sean dados para los ciudadanos.

Existen dos formas de acceder a la justicia, la material y la formal. El acceso material a la justicia, señalan Martínez y Perdomo (2004, p. 34) “es el acceso real, el que perciben los ciudadanos. Dentro de esta idea se encuentra el estado de las infraestructuras, la capacidad de los funcionarios judiciales, Ministerio Público, etc. (...) En el acceso material a la justicia, se enmarcan todas aquellas situaciones que rodean el proceso que pueden llegar a limitar el acceso a la justicia pero que no forman parte del ámbito jurisdiccional.”

Ciertamente, para un acceso pleno a la justicia se requiere de una infraestructura digna, de funcionarios amables, honrados y que sepan hacer su trabajo, de igual forma se requiere que el ciudadano conozca las garantías mínimas con las que cuenta, para lo cual debe contar con una mayor cultura jurídica.

Por su parte, el acceso a la justicia formal, señalan Martínez y Perdomo (2004, p. 35) es “la normativa que regula el

acceso a la justicia, teniendo como cúspide el citado artículo 26. En la misma línea de pensamiento, encontramos que los elementos definidos en el texto constitucional constituyen una garantía del Estado, y se refiere a que la justicia debe ser accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable y equitativa.”

El tantas veces nombrado artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), prevé un acceso a la justicia sin dilaciones indebidas, formalismo o reposiciones inútiles, la cual es la forma de materializarse óptimamente el principio de brevedad como garantía del acceso a la justicia.

Así, la actuación del Estado que entorpece el acceso a la justicia, constituye una violación de las garantías judiciales previstas con rango constitucional; pues, el objetivo del Estado adquiere eficacia y validez, cuando los reclamos concretos a violaciones de disposiciones normativas, son resueltos efectivamente por éste mediante los órganos previstos para ello y a través del procedimiento respectivo. En tal sentido se pronunció Parra 2002 (citado por Heredia 2006, p.105) cuando

señala que “todo este derecho cobra eficacia y validez solo (sic) en el momento en que los reclamos son resueltos efectivamente por las instancias jurisdiccionales a través de sus mecanismos procesales.”

Es así como, con la previsión constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, se da al justiciable una mayor protección en el ejercicio de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales.

Por todo ello es obligatorio analizar el contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual opera en primer lugar frente al legislador, razón por la cual éste no podrá a través de una medida legislativa tocar el contenido esencial del derecho fundamental, y con respecto al contenido accesorio el legislador debe observar los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, es decir, no podrá ser arbitrario.

En virtud de lo antes expuesto, e interpretando Ortells (2001, p.43), se pasa de seguidas a establecer el contenido

esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, de la siguiente manera:

1. No se agota con la mera posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales, ya que, **lógicamente este derecho presupone que todo asunto jurídico pueda plantearse ante (y ser resuelto por) un órgano jurisdiccional**, sin que las personas se vean limitadas a la resolución de otros órganos que, según la constitución, no tengan naturaleza jurisdiccional; con ello se impide exenciones del control jurisdiccional, que históricamente han existido.
2. El objeto de la Tutela Judicial Efectiva, no es una resolución estimatoria, sino de fondo, fundada en el derecho, cualquiera sea su sentido favorable o adverso.
3. Corresponde a la Tutela Judicial Efectiva, el derecho a la ejecutividad de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales.
4. Presupone su configuración legislativa, pues no es incondicional, se tendrá dicho derecho siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas.

Con el arbitraje obligatorio, al parecer se presenta una violación al derecho a la tutela judicial efectiva previsto constitucionalmente, pues el legislador excluye del control jurisdiccional un determinado asunto jurídico, por ejemplo, la norma establecida en el artículo 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que obliga resolver el asunto a través de un arbitraje obligatorio ante la Superintendencia de Seguros, el cual evidentemente, no es un órgano jurisdiccional.

Si bien es cierto que el constituyente incorporó al Sistema de Justicia, los medios alternativos para la resolución de conflictos, con el objeto de que el Estado los fomente y promueva, ello no implica que a través de una medida legislativa se imponga de manera obligatoria, su utilización.

Prevé el artículo 258 de la Constitución que:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios

alternativos para la solución de conflictos”
(negritas añadidas).

Recuérdese que el ser humano está investido de una serie de derechos, los cuales son válidos y plenamente exigibles aún cuando no hayan sido formalmente reconocidos por norma jurídica alguna. Entre estos derechos inherentes a la personalidad se encuentra la potestad que tiene cada individuo de proteger los derechos e intereses jurídicos que le son propios.

Sin embargo, en la medida en que las sociedades humanas han evolucionado y las relaciones entre sus miembros se han vuelto más complejas, el contenido del derecho de auto tutela ha sido limitado en aras de mantener una cierta paz y estabilidad social.

En las sociedades modernas, todo ciudadano conserva la potestad de buscar la tutela de sus derechos e intereses, pero ha entregado al Estado la capacidad de hacer efectiva la protección mediante los órganos por él previstos, así pues, para el ejercicio del derecho al acceso a la justicia es necesaria la existencia de mecanismos por lo que el acceso efectivo a la justicia se puede

considerar como básico y fundamental en un sistema que pretenda garantizar los derechos de todos.

En resumen, el derecho de acceso a la justicia como un derecho humano, es innato a la persona humana y no necesita ser reconocido por legislación alguna, en este sentido se considera que el derecho a defender y tutelar los derechos o intereses, viene dado con la existencia misma, y que éste ha sido transferido en su ejercicio al Estado con la única finalidad de garantizar la paz social.

En este sentido y continuando con Ortells, éste señala que existieron diversas teorías acerca de lo que es el derecho de acción:

- a) El Derecho de Acción según la teoría monista se caracterizaba por estar vinculado al derecho subjetivo privado, la acción formaba parte del contenido del derecho material; así la acción era un poder del titular del derecho de exigir al que le había lesionado o puesto en peligro que le reintegrara en el disfrute de su derecho.

Esta teoría concibe al derecho de acción como subordinado al derecho subjetivo material, para ellos los elementos estructurales del derecho de acción prácticamente coinciden con los elementos estructurales del derecho material, el sujeto activo es el ofendido, el titular del derecho subjetivo que ha sido agraviado, el sujeto pasivo es el ofensor, el

transgresor de ese derecho, el presupuesto de derecho de acción es la lesión del derecho material y su objeto es el reestablecimiento de dicho derecho. Obsérvese que en esta teoría al equiparar el derecho de acción con el derecho subjetivo material, el Estado no aparece como sujeto pasivo del derecho sino que es el propio titular obligado que ha lesionado el derecho.

- b) A mediados del siglo XIX surge una nueva teoría con la famosa polémica entre Windscheid y Müther donde el derecho de acción comienza a adquirir relieve autónomo, es la llamada concepción dualista, la cual en sus inicios consideró al derecho de acción como el derecho de obtener la prestación de la tutela jurisdiccional por parte del Estado, pero una prestación a una tutela jurisdiccional favorable, es decir, una sentencia de mérito favorable para el accionante, el sujeto pasivo del deber no era el simple particular, sino el estado en el ejercicio de *ius imperium*, lo que desvinculaba al derecho de acción con el derecho privado.

Dentro de las teorías dualistas que consideran al derecho de acción como el derecho a la tutela jurisdiccional concreta y que lo disocian del derecho subjetivo material, hay dos grandes corrientes: a. Concepción dualista concreta y b. Concepción dualista abstracta. La Concepción dualista concreta considera al derecho de acción como el derecho a obtener una sentencia de mérito favorable, sin embargo, no explica como se inicia el proceso cuando éste culmina con una sentencia que declara sin lugar la pretensión objeto del proceso, con lo cual mantiene cierto nexo con el derecho subjetivo material demandado, siguen siendo presupuestos subjetivo de acción pues para obtener una sentencia favorable tiene que haber un derecho subjetivo material. La Concepción dualista abstracta, se limita a reconocer como objeto del derecho la actividad jurisdiccional simplemente, cualquiera sea el resultado, favorable o adverso al que hubiera instado esa actividad, para ella el derecho de acción es sólo

el derecho a la actividad jurisdiccional, un derecho al proceso. Las bases de esta teoría se concretan esencialmente en: 1) la existencia de un derecho o interés a la actividad jurisdiccional del estado que surge como consecuencia de la prohibición de autotutela; 2) el derecho a la actividad jurisdiccional del Estado es independiente de la existencia en concreto del interés material cuya insatisfacción es denunciada; 3) Su objeto no es una sentencia favorable para el solicitante sino que ésta dependerá de la existencia definitiva del interés material alegado.

El derecho de acción como derecho al proceso está reconocido por la Constitución y debe ser respetado. Con la concepción del derecho de acción como derecho fundamental se crea un límite frente al Legislador, quien no podrá comprometer lo esencial de dicho derecho, ni regularlo de manera arbitraria.

De esta manera, cuando la ley al desarrollar el mandato constitucional, tal como es promover el arbitraje, traspasa el límite establecido al legislador y violenta el núcleo fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de acción, al excluir del control de los órganos jurisdiccionales una controversia de contenido jurídico, deviene en inconstitucional.

Asimismo, la tutela judicial efectiva en palabras de Duque Corredor 2003 (citado por Martínez y Perdomo 2004, p 38):

“...el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como garantía, implica, como principio general, el reconocimiento del derecho de acción, del derecho a acudir a los tribunales y de seguir un proceso judicial para que conozcan los órganos judiciales competentes e imparciales y para que se cumplan sus etapas fundamentales para obtener una decisión motivada, favorable o adversa a la pretensión deducida”

De esa forma, el derecho a la tutela judicial efectiva pareciera tener tres momentos relevantes, a) la posibilidad de acudir ante los tribunales de la República para plantear sus controversias; b) seguir un proceso judicial en el cual se garanticen tribunales competentes, imparciales e idóneos, que cumplan con las etapas fundamentales; y c) la obtención de una decisión oportuna fundada en derecho.

Limitaciones de los derechos fundamentales

Claro está que los derechos fundamentales no son incondicionales y que estos requieren de una regulación legal,

sin embargo, ningún órgano del poder público controla los derechos previos o superiores a la ley, sino que es ésta la que puede imponerle restricciones las cuales debe justificar, por lo que el legislador está en la obligación de acreditar los requisitos de tales limitaciones.

Al respecto señala Casal (2006) que “Los derechos son por definición limitados y, normalmente, limitables. Su inserción en un ordenamiento jurídico implica su sometimiento a las exigencias de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en que se mueven. No obstante, el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han articulado técnicas orientadas a evitar los posibles abusos del poder público en la fijación de límites o restricciones a los derechos fundamentales”.

Estas limitaciones se refieren a las fronteras o condiciones de un derecho, por ello la inherencia del poder público en los derechos fundamentales debe cumplir con una serie de requisitos para su legalidad. En tal sentido plantea Casal (2006) que “El

punto de partida de la intervención legítima en algún derecho fundamental reside en la norma legal que, mediante disposiciones suficientemente precisas, limita o restringe el derecho, y por lo general, autoriza a órganos del poder público, los jueces o la administración, a adoptar medidas que lo afecten (requisito formal). La Ley respectiva, dictada para concretar limitaciones derivadas directamente de la Constitución o para establecer restricciones con base en ella, debe ser compatible sustancialmente con las reglas y principios constitucionales (requisito material).”

Inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio

Siendo que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia son considerados derechos fundamentales, sus restricciones deben cumplir con los requisitos formales y materiales necesarios para su limitación, sin traspasar la frontera que simplemente niega la existencia misma del derecho.

Por otra parte, unido a la violación a derechos constitucionales antes referida, éstas traen como consecuencia la violación directa del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), y por ende al derecho al juez natural, que está establecido en el ordinal 4º del referido artículo constitucional, el cual expresa:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones tanto judiciales y administrativas y, en consecuencia:

...

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quién lo juzga, **ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas a tal efecto...** (negritas añadidas).

Asimismo, el artículo 253 de la Constitución de 1999, al tocar el tema sobre la potestad de administrar justicia establece:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante

los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia esta constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, **los medios alternativos de justicia**, los ciudadanos que participan en la administración de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio” (negritas añadidas).

Es así, como la Constitución de 1999 garantiza a todas las personas el derecho a accionar en juicio para la tutela de los derechos e intereses legítimos, y ese derecho debe ejercerse dentro de los órganos de la jurisdicción ordinaria, sin que se excluya el poder de disposición y el derecho de acción de las partes de someter una o más controversias al arbitraje, pues la ley consiente que se derogue la competencia de los tribunales ordinarios por voluntad común de las partes.

Es así como Calamandrei (1962, p.282), señala:

“...en el caso del arbitraje impuesto por la ley, donde además, no se le permite a las partes o alguna de ellas designar su árbitro o juez, no queda del arbitraje más que el nombre, puesto que estaríamos en

presencia de una verdadera jurisdicción de excepción”.

En virtud de lo antes expuesto, no puede una ley establecer un arbitraje obligatorio como único medio para la resolución de una controversia, pues según la regulación constitucional del país, lo censurable no es la derogatoria de la función jurisdiccional que ejerce el Estado, sino la exclusión de una determinada materia del control jurisdiccional, y a la naturaleza esencialmente jurisdiccional que tiene el arbitraje obligatorio y que lo convierte, como lo señala Calamandrei, en una jurisdicción de excepción, prohibida por la Constitución, bajo la consideración además, de que el derecho a la tutela judicial efectiva sólo puede ser garantizado, por los tribunales de la jurisdicción ordinaria y los de la jurisdicción especial establecidos por la propia Constitución.

Es así como con el arbitraje obligatorio existe una imposibilidad de accionar ante los jueces naturales llamados a conocer ante la exclusión de una determinada materia del control jurisdiccional, y por ende la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, aunada a la del debido proceso, por lo cual

debe observarse que el arbitraje obligatorio, es violatorio de las normas constitucionales.

Asimismo, es necesario mencionar que actualmente el Decreto N° 1.545 con fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, tiene los efectos suspendidos en virtud de una medida cautelar dictada en fecha 13 de agosto de 2002, por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en el expediente número 2002-1962 debido a la interposición de un Recurso de Nulidad, sin embargo, luego de una aclaratoria el máximo Tribunal expuso que se entenderían suspendidos los efectos una vez que se publicase en Gaceta Oficial la referida cautelar, en razón de darle suficiente publicidad, dicha publicación fue realizada el día 7 de noviembre de 2002, y se espera sean corregidas, a través de este recurso las irregularidades legislativas, aquí planteadas.

El arbitraje es sin lugar a dudas un mecanismo alternativo a los modos ordinarios de administrar justicia, con el objetivo de que ella sea más rápido y eficaz, para así garantizar y reforzar la tutela de los derechos e intereses de las personas, es menester

igualmente señalar que el arbitraje, así como los demás medios alternos de solución de conflictos, contribuyen a descongestionar y agilizar las causas pendientes ante el Poder Judicial.

Sin embargo, no por ello, puede una medida legislativa excluir totalmente la posibilidad de que las partes involucradas en una determinada controversia, puedan plantear su conflicto ante los tribunales que integran el Poder Judicial para exigir de ellos la tutela a que tiene derecho

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

Luego de realizada la presente investigación se puede concluir, en primer lugar, que la institución del arbitraje, a no dudarlo, es un mecanismo para la resolución de conflictos, distinto a la administración de justicia ofrecida por el poder judicial, donde se renuncia a acudir a los órganos jurisdiccionales a dirimir una determinada controversia.

La institución del arbitraje otorga innegables beneficios a las personas que lo utilizan, pues, en general el arbitraje tiene mayor flexibilidad e informalidad, lo cual puede ser del agrado o no del justiciable.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, mucho es lo que se ha estudiado, actualmente, existen tres tesis predominantes; los que sostienen la tesis contractual apoyándose en la voluntad de las partes, los que defienden la tesis jurisdiccional y los que asumen una tesis ecléctica.

Asimismo, dependiendo de la fuente del compromiso arbitral, el arbitraje adquiere una clasificación distinta, cuando proviene de la voluntad de las partes se llama arbitraje voluntario, cuando proviene de una disposición normativa es llamado arbitraje legal, y cuando dicha disposición no admite pacto en contrario, es conocido como arbitraje obligatorio, un claro ejemplo de este arbitraje obligatorio, es el artículo 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que establece la obligación de acudir al arbitraje, en lo casos de la materia cuando la cuantía no excede de doscientas cincuenta unidades tributarias, teniendo, además, como árbitro al Superintendente de Seguros.

La Constitución reconoce la preeminencia de los derechos

fundamentales de los ciudadanos, los cuales deben ser garantizados por el Estado.

En tal sentido, adquieren vital importancia los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, consagrados en el artículo 26 de la Constitución, pues, la justicia es, y debe ser, un valor fundamental para garantizar la paz social.

Así la tutela judicial efectiva se pone de relieve en tres etapas 1) no se agota con la mera posibilidad de acceder, pues, todo asunto jurídico debe poder plantearse ante los órganos jurisdiccionales; 2) su objeto fundamental es una sentencia fundada en derecho, estimatoria o no de la pretensión deducida; y 3) dicha sentencia tiene que poder ser ejecutada.

Con el arbitraje obligatorio el legislador excluyó la posibilidad de controlar una determinada controversia por el poder judicial, verbis gratia, el artículo 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, donde no existe la posibilidad de revisar vía judicial aquellas controversias que no exceden en su cuantía de doscientas cincuenta unidades

tributarias, y donde los justiciables no tienen la posibilidad de elegir el árbitro, en este orden de ideas señala Calamandrei (1962, p.282) que “en el caso del arbitraje impuesto por la ley, donde además, no se le permite a las partes o alguna de ellas designar su árbitro o juez, no queda del arbitraje más que el nombre, puesto que estaríamos en presencia de una verdadera jurisdicción de excepción”

Entonces, si bien es cierto que el constituyente incorporó al sistema de justicia los medios alternos para la resolución de controversias, con el objeto de que el Estado los fomente y promueva, ello no implica que a través de una medida legislativa se imponga de manera obligatoria su utilización, pues, el derecho de acceso a la justicia, como derecho humano, es innato a la persona humana.

Claro está que los derechos fundamentales no son incondicionales, sin embargo, sus restricciones no pueden negar la existencia misma del derecho.

Tal como ocurre con el arbitraje obligatorio previsto en el artículo 257 de la Ley de Empresa de Seguros y Reaseguros, que simplemente niega la existencia del derecho de acceder a la justicia y de la tutela judicial efectiva, al obligar a los particulares a dirimir un determinado asunto fuera de los órganos del poder judicial y a través de un árbitro predeterminado por la Ley.

Por todos los señalamientos expuestos con relación al arbitraje obligatorio, así entendido, hace que el mismo devenga en inconstitucional, toda vez que la ley al regularlo vulneró el derecho de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, los cuales son derechos fundamentales de los justiciables.

A los fines de realizar una propuesta, y tomando en cuenta que actualmente en la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, se está discutiendo la reforma de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, se considera que el artículo 257 de dicha ley debería quedar configurado de la siguiente manera:

“El Superintendente o Superintendente de Seguros deberá actuar directamente o a través de los

funcionarios que designe, como árbitro arbitrador en aquellos casos que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes. Las partes fijaran el procedimiento a seguir, caso contrario se aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. Las decisiones del Superintendente o Superintendente de Seguros deberán ser adoptadas en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizada la actuación de las partes.

Los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.), **se tramitarán mediante el procedimiento arbitral**. Una vez citadas las partes para su compareciere, se oirán sus alegatos, se abrirá el lapso probatorio que fije la Superintendencia y se dictará el laudo arbitral en el plazo establecido en este artículo. El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento”.

El artículo 257 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros redactado de esa manera impondría a las partes el arbitraje por mandato legal, sin embargo, no le otorga carácter obligatorio, por lo que los justiciables podrían excepcionarse de común acuerdo mediante un compromiso que podría denominarse judicial.

Asimismo, podría considerarse aumentar el número de unidades tributarias previsto para determinar los asuntos que deban tramitarse mediante el procedimiento arbitral, y de esa forma aumentar el volumen de causas donde por mandato legal

deban tramitarse de dicha manera, sin que ello impida a las partes de común acuerdo decidir tramitar su causa por el procedimiento judicial ordinario.

De esa forma, se lograría promocionar y promover dicho mecanismo alternativo y al propio tiempo se les garantizaría a los justiciables el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, al no excluir totalmente que un determinado asunto pueda plantearse y ser resuelto por un órgano jurisdiccional, incorporando de tal manera al sistema de justicia los medios alternos para la resolución de conflictos.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Arias, F. (1999). **El proyecto de investigación. Guía para su elaboración** (3^{ra} ed.). Caracas: Episteme
- Balasso, C (1998) **Jurisprudencia sobre los actos administrativos** (1980-1993), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Cabanellas, G. (2003) **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual** (28va Ed.) Argentina: Editorial Heliasta.
- Calamandrei, P (1997) **Los clásicos del derecho: Derecho Procesal Civil** (Trad. E. Figueroa) México. Tomo 2.
- Calamandrei, P. (1962) **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción de la primera edición italiana realizada por Santiago Sentís Melendo. V.II,
- Carnacini, T. (1961) **Arbitraje** (Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Casal, J. (2006) **Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales.** Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Chiovenda, G. (1997) **Los clásicos del derecho: Curso de derecho procesal civil** (Trad. E. Figueroa) México. T. VI.

Constitución de la República de Venezuela (1830) <http://www.aldeaeducativa.com/aldea/constitucion2>. (consulta: junio 2006)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 36.869.** Año CXXVII mes III extraordinario, diciembre 30, 1999.

Decreto Nº 1.545 con fuerza de **Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros**, (2001).

Heredia, I. (2006) **¿Es la violencia de género y el acceso a la justicia un asunto de derechos humanos?. Revista de Venezolana de estudios de la mujer.** Caracas: Vol 11 Nº26. Universidad Católica Andrés Bello

Ley Orgánica del Trabajo. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 5.152 Extraordinario.** Caracas (1997).

- Martínez, L. y Perdomo J. (2004) **El derecho a la jurisdicción en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Caracas: TSJ, Ministerio Público, DEM y Servicio Autónomo.
- Matthies, R. (1996) **Arbitrariedad y arbitraje. Un análisis de la normativa acerca del arbitraje en el derecho privado en Venezuela.** Caracas: Oscar Todtmann Editores c.a.
- Morles, H. (2005) **Presentación. Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas.** Caracas: Arauco Ediciones, C.A.
- Morles, V. (1994). **Planeamiento y análisis de investigaciones** (8^{va} ed.). Caracas: El Dorado.
- Ontiveros, P. (1986) **Derecho Romano I y II** (2^o Ed) Caracas: Ediciones del autor.
- Ortells, M. (2001) **Derecho Procesal Civil.** España: Editorial Aranzadi.
- Rengel-Romberg (1999) **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano** (2^o ed) Caracas: Editorial Arte.
- Rengel-Romberg (1999) **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. El Arbitraje en el Código de Procedimiento**

Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial. Caracas:
Serie Eventos 13.

Villalobos, P., Reynoso, C. y Sánchez-Castañeda, A. (2005) **La justicia laboral: administración e impartición.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera edición.