

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

**PERSPECTIVA PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA EXCEPCIÓN DE
ARBITRAJE COMERCIAL**

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

Autor: Abg. Jorge Isaac González
Carvajal

Asesor: Dr. Israel Argüello

Caracas, 08 junio de 2010

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

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mí carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado JORGE ISAAC GONZÁLEZ CARVAJAL, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **PERSPECTIVA PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE COMERCIAL**; 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 _____ de 2010.

Dr. Israel Argüello

Cl. V -

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

**PERSPECTIVA PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA EXCEPCIÓN DE
ARBITRAJE COMERCIAL**

Por: Jorge Isaac González Carvajal

Trabajo especial de grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el jurado
abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los _____ del mes de _____
de _____.

C.I.

C.I.

INDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
APROBACIÓN DEL JURADO	iii
INDICE GENERAL	iv
RESUMEN	v
 INTRODUCCIÓN	 1
I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE	11
1.1 Necesaria referencia al sistema de justicia y los medios alternativos de resolución de conflictos en la Constitución de 1999.	19
1.2 Constitución de 1999 y arbitraje.	35
1.3 Corolario.	62
II. GARANTÍAS PROCESALES CONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	65
2.1 Acceso a la justicia.	67
2.2 Tutela jurisdiccional efectiva y arbitraje.	78
2.3 Derecho a un “juez” de confianza.	90
2.4 Principio <i>pro actione</i> y principio <i>pro arbitraje</i>	96
III. LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE COMERCIAL.	106
3.1 Conceptos generales sobre la excepción y breve desarrollo.	111
3.2 Estado actual de su tratamiento doctrinal y jurisprudencial.	138
3.3 Incoherencia de su tratamiento con el sistema constitucional vigente.	153
 CONCLUSIONES	 166
 BIBLIOGRAFIA	

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

**PERSPECTIVA PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA EXCEPCIÓN DE
ARBITRAJE COMERCIAL**

Autor: Abg. Jorge Isaac González Carvajal

Asesor: Dr. Israel Argüello

Fecha: ____ de mayo de 2010

RESUMEN

Se determinó el régimen jurídico de la excepción de arbitraje comercial, desde una perspectiva procesal constitucional, en virtud que sobre el tema existe un vacío legal. Se alineó dentro del marco de una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica. En una investigación fundamentalmente teórica y sobre la cual se estructuraron elementos empíricos sobre el tema, que permitieron arribar a conclusiones sistemáticas. Con base en este método se partió de un análisis constitucional macro acerca del arbitraje; luego se individualizó la relación entre el arbitraje, la Constitución y las garantías procesales constitucionales. Sobre la base de este precedente se analizó en forma crítica el actual régimen jurisprudencial de la excepción de arbitraje, lo que permitió establecer, sobre la base de los principios procesales constitucionales, el régimen más idóneo para hacer efectiva, a través de la excepción de arbitraje comercial, a la propia institución arbitral. Se aclararon los puntos oscuros que sobre la excepción de arbitraje existen, fundamentalmente en nuestro sistema de justicia, pues se entendió a la excepción como una de las garantías esenciales para hacer efectivo el derecho fundamental al arbitraje, y produciendo así, un nuevo conocimiento que sirva al foro, la academia y a una futura reforma de la Ley, donde se aborde de manera expresa el tratamiento procesal de la excepción de arbitraje comercial, evitando así, el dejar en manos de la jurisprudencia un asunto tan delicado que involucra de manera directa la garantía misma de la Justicia.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos por medio del cual las partes acuerdan, voluntariamente, someter una o varias controversias actuales o eventuales, a la decisión de terceros imparciales, denominados árbitros, quienes tendrán en sus manos la responsabilidad de juzgar sus peticiones, en juicio contradictorio, y su decisión, recogida en un instrumento denominado laudo, tendrá la posibilidad de alcanzar la fuerza de cosa juzgada, con las consecuencias procesales que esto conlleva.

Como institución es el antecedente directo de la jurisdicción del Estado; es señera y de tradición secular (Borjas, 1979, 14). Una manifestación privada de una función hoy pública y, en principio monopolizada, que sustituye, por acuerdo de las partes, de manera exclusiva y excluyente a la función jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial. Su resurgimiento en nuestros días es una realidad; primero, concretada en el Código de Procedimiento Civil de 1987, a través del Arbitramento; luego, con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en 1998, y finalmente, con su inclusión constitucional en los artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999.

El arbitraje comercial, manifestación del instituto general (Arbitraje), ha sido ampliamente justificado en nuestros días, particularmente con la entrada en vigencia de la referida Ley de Arbitraje Comercial, que siguiendo parámetros uniformadores internacionales, acoge la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) de 21 de junio de 1985. La naturaleza comercial de las operaciones que entran dentro de su radio de aplicación demandan soluciones expeditas, desembarazadas y menos complejas que las que ofrece el Estado mediante sus órganos jurisdiccionales (Poder Judicial), esto particular, aunque no exclusivamente en el ámbito internacional; es por ello que su vigencia y promoción ha sido reclamada, tanto a nivel local (Mezgravis, 2001, 132) como a nivel internacional (Redfern et al, 2006, 1 – 3).

Más allá de la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial y la tendencia uniformadora que recoge, existe un dato de radical importancia y trascendencia que ha marcado un nuevo hito en nuestra historia arbitral; se trata de la consagración y reconocimiento del arbitraje como institución en la Constitución vigente. Así, el artículo 253 de la Constitución incluye a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dentro de los cuales se inscribe el arbitraje dentro del sistema de justicia de nuestra República al establecer:

La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la

República 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 está 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 o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio. (Resaltado añadido)

A la par, el artículo 258 *eiusdem*, ordena la promoción de los medios alternativos de resolución conflictos, enunciando expresamente al arbitraje, así:

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 (Resaltado añadido).

Tal declaración constitucional no ha sido baladí, pues ha servido de base para establecer que en nuestro actual sistema jurídico existe un derecho fundamental al arbitraje, con todas las implicaciones que ello implica (Hernández-Bretón, 2005, 24); y a su vez ha servido de base para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reconozca la existencia de un derecho fundamental al arbitraje, destacando que en la institución mencionada se encuentra involucrado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Así, esta Sala ha dicho:

Así, el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en “(...) la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-. (Sentencia N° 1541/2008).

Este contexto obliga al operador jurídico a cambiar el prisma a través del cual se ha percibido y manejado la institución arbitral. Particularmente para promover y beneficiar su aplicabilidad y vigencia dentro de nuestro marco normativo y judicial. Así lo reclamo hace algún tiempo Hung (2001, 111), al señalar que la vigencia de la institución, tanto en el Código de Procedimiento Civil, en la Ley de Arbitraje Comercial y en el referido artículo 258 de la Constitución, nos obligan a llegar a la conclusión de que nuestro ordenamiento vigente está interesado en la plena vigencia del arbitraje.

Es fácil hoy entender que la vigencia del arbitraje involucra la vigencia misma de la tutela jurisdiccional efectiva, como garantía fundamental protegida por nuestra Constitución, pues al optar los ciudadanos por una vía jurisdiccional distinta a la oficial, en ejercicio de su libertad y autonomía contractual, están en el derecho que se le respete esa libre escogencia de un mecanismo alternativo de solución de controversias, sin imponérseles límites caprichosos, provenientes de interpretaciones poco reflexivas que no cuentan con un fundamento legislativo expreso.

Produciendo el acuerdo de arbitraje efectos exclusivos y excluyentes de la jurisdicción ordinaria, ésta última debe entender dicho significado, sin menoscabar injustificadamente la opción de resolución conflictual escogida por las partes. Así se desprende de la definición que ofrece el artículo 5 de Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, y es del tenor siguiente:

... 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.

Quiere decir esto que las controversias en las cuales exista un acuerdo de arbitraje comercial no pueden, en principio, ser sometidas al conocimiento de los tribunales de la República. En caso de que las partes hayan suscrito un acuerdo de arbitraje y una de ellas, contrariando la voluntad manifestada, decida acudir a los órganos oficiales, es dable a la otra parte plantear una excepción. Tal excepción procesal es conocida con el nombre de excepción de arbitraje. Coordinando lo anterior con lo precedentemente expuesto sobre la constitucionalización del arbitraje, se desprende que los paradigmas que se venían construyendo en nuestra doctrina jurisprudencial deben cesar, particularmente, y para nuestras intenciones, los relativos a la defensa o excepción procesal de arbitraje comercial; es decir, de la defensa que plantea una de las partes vinculada por un acuerdo de arbitraje comercial, frente a la intención de su

contraparte de relajarlo y someter el conocimiento de la controversia objeto de arbitraje a los órganos oficiales.

La excepción de arbitraje comercial no es definida por la Ley, como muchos temas que la Ley de Arbitraje Comercial ha silenciado, y de ahí que la jurisprudencia (particularmente la de Sala de Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia) haya asimilado su planteamiento o proposición a la cuestión previa de falta de jurisdicción prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, adicionando una serie de requisitos o formas para su planteamiento que se riñen con los principios que la doctrina y jurisprudencia han construido a partir de la constitucionalización del arbitraje.

La situación planteada (laguna) en los actuales momentos en nuestro País es la falta de regulación de la excepción de arbitraje comercial (reconocida en otros ordenamientos), que ha dado un margen, que ha servido de base para solemnizar su concepción. Lo que ha puesto en entredicho la vigencia misma de la institución arbitral, pues la excepción de arbitraje es *la garantía procesal* o medio procesal fundamental para hacer valer el acuerdo arbitraje, y por tanto, el arbitraje mismo. Y si somos contestes en afirmar que el arbitraje es un mecanismo jurisdiccional de tutela, su menoscabo lleva de la mano la interdicción del mismo derecho a la justicia.

Un ritualismo que atenta de manera directa con los postulados constitucionales e interpretativos, entre ellos, los establecidos en los artículos 26 y 257 de la Constitución.

Con base en las anteriores consideraciones surge la interrogante: ¿Cómo debe entenderse el régimen procesal de la excepción de arbitraje comercial dentro del sistema actual de arbitraje comercial venezolano, según los principios procesales establecidos en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela?

Esta investigación se efectuó por la necesidad de sincerar determinadas situaciones jurídicas fundamentales en torno al tema de la excepción procesal de arbitraje comercial. Su falta de regulación normativa ha generado interpretaciones poco reflexivas, que distan de ser coherentes con la orientación que asume nuestra constitución respecto al valor justicia. De manera que se hace menester, antes de asumir posiciones irreflexivas, buscar acoplar esas lagunas al sistema normativo y las instituciones a la que pertenece la institución que se estudia (en nuestro caso, la excepción de arbitraje comercial).

Así pues, esa carencia de regulación normativa motivó esta investigación, donde se explicó por qué el tratamiento de la excepción de arbitraje

comercial no se compadece con la intención consignada, tanto en la Constitución, en el Código de Procedimiento Civil, en la Ley de Arbitraje Comercial, e incluso, en las normas internacionales que forman parte de nuestro orden jurídico.

La situación que se estudió trasciende el plano académico, pues la excepción de arbitraje es un mecanismo procesal idóneo para hacer efectiva la institución del arbitraje, y así, la Justicia arbitral. Diríamos nosotros, desde ya, que es la garantía judicial para materializar el desarrollo del arbitraje. Al no entenderse el fenómeno en su justo medio, se ha descontextualizado el arbitraje mismo, y se ha afectado el valor justicia que está llamado a tutelar como mecanismo jurisdiccional alternativo. Por ello creemos que al lado del auge que ha obtenido el arbitraje en los últimos años (hecho que debe aplaudirse), se presenta un problema particular con relación a la llamada excepción de arbitraje, ha sido mal interpretada e implementada, creando inseguridad respecto a la aplicación de la figura misma del arbitraje, con lo que el aplaudido auge del arbitraje se ve, sin lugar a dudas, opacado. Y lo que es más importante, se ha puesto en entredicho a la justicia arbitral.

Debido a esto, se indagó desde una perspectiva hermenéutica, la posición que ocupa el arbitraje como institución en el ordenamiento jurídico venezolano, logrando destacar su progenie constitucional, lo que nos

condujo por un camino argumentativo ganado al cambio de perspectiva para la concepción de los fenómenos relacionados, particularmente, la excepción de arbitraje comercial.

Así, la investigación colabora a contextualizar una institución jurídica dentro de un sistema jurídico que ha asumido como norte garantizar la administración de justicia, dando la opción a las partes de que sus controversias sean resueltas por la vía más idónea a sus intereses.

Las ideas desarrolladas tienen influencia tanto en el ámbito académico como en el foro venezolano para entender el fenómeno de la excepción de arbitraje comercial, desde una perspectiva procesal constitucional. Particularmente en el ámbito judicial, donde su tratamiento está lejos de ser coherente con el sistema constitucional de justicia. Así, procuramos un cambio de perspectiva en los operadores jurídicos, sean abogados, jueces e incluso estudiantes de Derecho.

A pesar que en la actualidad nuestra doctrina y jurisprudencia ha destacado la influencia fundamental que ha tenido la incorporación de los artículos 253 y 258 en la Constitución vigente, e incluso la vigencia en nuestro sistema del principio pro arbitraje, los esfuerzos no han logrado influir determinantemente en la concepción de la excepción de arbitraje comercial. Por ello, pretendemos, tomando en cuenta esa buena doctrina

y jurisprudencia, reconducir las ideas ya expresadas, para proponer que la excepción de arbitraje comercial tenga un reconocimiento autónomo, pleno y libre de formas injustificadas (o mejor dicho, solemnidades) que no se compadecen con nuestro sistema de justicia.

La relectura del sistema jurídico desde la perspectiva constitucional, demanda dejar atrás viejos dogmas o axiomas calados fundamentalmente en la rama del derecho procesal. No se trata acá de *snobismo*, sino de un realismo; de aceptar al sistema jurídico venezolano dentro del marco constitucional garantista, impone dar nuevas interpretaciones a instituciones procesales que secularmente han sido vistas de manera automática bajo una perspectiva formalista, y de integrar esas interpretaciones hacía la búsqueda de una formula que favorezca el ejercicio de los derechos ciudadanos, sin limitaciones caprichosas o comprometidas con ideas sin vigencia.

CAPITULO I

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

La historia constitucional de Venezuela cuenta con antecedentes paralelos al nacimiento de la República que relatan la constitucionalización del arbitraje. En efecto, en la Constitución de Angostura de 1819 se hace mención en su Título 9º, Sección Tercera, artículo 8, a la figura del arbitraje, pero, señala Delgado (2004, citado por Guerra, 2005, 39), que los árbitros “debían actuar más bien como mediadores a instancia de un Juez de Paz, quien ejercía su autoridad en cada Parroquia”. En sentido expreso el artículo 190 de la Constitución de 24 de septiembre 1830, establecía:

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 observen las formalidades legales y de hacer todo lo que no está prohibido por ley (Brewer, 1997, 457).

La formula arbitral de la Constitución de la República de 1830, fue reproducida en la Constitución de 1857 en su artículo 100, que establece: “Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros aunque estén iniciados los pleitos...” (Brewer, 1997, 476). Igualmente en la Constitución de 1858, en su artículo 150, se hace mención al arbitraje, pero esta vez el constituyente lo designa

expresamente como un *derecho* de los venezolanos. La norma establece: “Los venezolanos tienen el derecho de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén principiados los pleitos” (Brewer1997, 476). A partir de la Constitución de 1864 se guarda silencio Constitucional sobre el arbitraje; lo mismo ocurre en las Constituciones de 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1948, 1953 y 1961 (Matthies, 1996, 26).

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, luego de un largo silencio constitucional, se reconoce nuevamente el arbitraje en la norma suprema. Esta vez en un contexto diferente, a saber, en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se instituye el *Sistema de Justicia*, y en él, se incluyen los medios alternativos de justicia, donde, a su vez, se inscribe el arbitraje. De manera mucho más expresa, el artículo 258 de la Constitución, regula en forma general la justicia alternativa, y ordena al legislador su promoción:

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.

En el contexto histórico al que nos referimos, se observa que desde el nacimiento de nuestra República se ha reconocido, primero, *la libertad* de todos los venezolanos de comprometer sus controversias en árbitros, y

luego, expresamente *el derecho* de los venezolanos de terminar sus diferencias por árbitros. Y que a pesar de existir un silencio constitucional de más de cien años respecto a la mención del arbitraje en nuestras Constituciones, no fue óbice para que en leyes procesales, sancionadas antes y durante ese período, se reconociera la institución. En este sentido, desde 1836 se reguló legalmente la institución en la Ley XI del Título VII del Código de Procedimiento Judicial, mejor conocido como Código Arandino (obra del Licenciado Francisco Aranda), con la denominación de arbitramento. En la Ley Orgánica de los Tribunales y Juzgados de 1841 (que reformó la de 1838), en el Capítulo III, artículos 22 al 29, se regula a los *juzgados de arbitramento*.

En el orden que nos ocupa, el Código de Procedimiento Civil de 1873 reguló el arbitraje en el Libro Tercero (Procedimientos especiales), Título I (Del arbitramento), artículos 337 a 356. Lo propio en el Código de Procedimiento Civil de 1880, Libro Tercero (Procedimientos especiales), Título primero (Del arbitramento), artículos 341 a 360. En el Código de Procedimiento Civil de 1897, en el Libro Tercero (De los procedimientos especiales), Parte I, Título I (Del arbitramento), artículos 485 a 505. También en el Código de Procedimiento Civil de 1904, reguló el arbitraje en su Libro Tercero (De los procedimientos especiales), Parte Primera, Título I (Del arbitramento), artículos 487 a 507.

Con la sanción del Código de Procedimiento Civil de 1916 se consagra nuevamente la institución en la Primera Parte del Libro Tercero bajo el Título I del referido texto legal, hasta llegar al Código de Procedimiento Civil de 1986, donde es regulado en la Parte Primera del Libro Cuarto bajo el Título I. Este reconocimiento legislativo del arbitraje se fue extendiendo a otras leyes de la República, así lo relata la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1541/2008, que interpreta con carácter vinculante el artículo 258 de la Constitución:

... Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitucionalización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos, lo cual se recogió en diversos textos legislativos (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución), tales como el Código de Procedimiento Civil (1986) que prevé tanto la conciliación como el arbitraje; la Ley Orgánica del Trabajo (1990), que regula el arbitraje como mecanismo para solucionar conflictos colectivos; la Ley Sobre el Derecho de Autor (1993), se refiere al arbitraje institucional ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (1994), que prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre particulares y empresas de seguros; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995), que establecía el arbitraje como mecanismo voluntario para la resolución de controversias que se susciten entre consumidores, usuarios y proveedores de servicios...

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución fue sancionada la Ley de Arbitraje Comercial, que entró en vigencia el 7 de abril de 1998, y con ella un conjunto novísimo de conceptos y posibilidades no vistos antes en nuestro sistema de arbitraje. La orientación de esta ley sigue en su

esencia a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) el 21 de junio de 1985, y es un gran avance legislativo en materia de arbitraje comercial.

Así las cosas, es patente que nuestra República ha mantenido de manera ininterrumpida una tradición legislativa de reconocimiento de la formula ancestral del arbitraje, y que a pesar que muchas de nuestras constituciones guardaron silencio respecto a su reconocimiento, las leyes que en el *iter* se dictaban, lo regularon expresamente. Esto da oportunidad de construir un argumento histórico serio, no utilitarista, que complementa, junto con el actual reconocimiento Constitucional y legal de la institución, ideas ganadas hacía un análisis de base, profundo y reposado.

Ahora, el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje no es exclusivo de Venezuela. No solo la historia de otras Repúblicas cuenta con antecedentes relacionados, también constituciones vigentes lo reconocen. Una de las más próximas en distancia es la Constitución Política de Colombia de 1991, que en el último aparte de su artículo 116 establece:

... Omissis... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los

términos que determine la ley (Ortiz-Álvarez y Lejarza, 1997, 254).

Con relación a esta norma destaca Benneti (2001, 42), entre otras consecuencias, que su inclusión en la Constitución implica el reconocimiento de que el arbitraje es una actividad jurisdiccional.

Por su parte la Constitución Argentina establece en su artículo 42, que: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”. A pesar de no prever expresamente un derecho al arbitraje, su redacción amplia abarca todos los medios de resolución de conflictos, donde se encuentra el arbitraje. Según comentan Caivano, Gobbi y Padilla (2006, 46), los mecanismos alternativos de resolución de conflictos cuentan con interesante crecimiento, al tiempo que se están comenzando a implementar aquellos que hasta ahora no lo habían hecho.

Asimismo, la Constitución de la República de Honduras de 1982 establece en su artículo 110 que: “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento” (Ortiz-Álvarez y Lejarza, 1997, 254). Resaltando que esta norma prevé expresamente el *derecho* al arbitraje.

La reciente Constitución Política de Ecuador de 2008, en su sección octava (Medios alternativos de solución de conflictos), Capítulo Cuarto (Función Judicial y Justicia Indígena) reconoce en su artículo 190 la vigencia de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, el arbitraje. La norma es del tenor siguiente:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

La constitucionalización del arbitraje produce entre nosotros una necesaria revisión de perspectiva. En complemento de una interpretación histórica del arbitraje, se debe partir de una interpretación constitucional. La vigencia actual de normas constitucionales sobre arbitraje no son sino la reedición de una cultura arbitral Republicana, y la consagración en cumbre jurídica de una institución relacionada de manera directa con la libertad del hombre.

Pero habrá que aclarar que la constitucionalización del arbitraje no es un argumento suficiente para defender a ojos cerrados la institución, pues, el arbitraje, como la justicia oficial, sirve en forma *instrumental* a un valor fundamental, a saber, la Justicia. Al hablarse hoy en día de un *derecho fundamental al arbitraje* habrá que, en primer lugar, llenársele de

contenido, y segundo lugar, estar atento a cualquier *posible* antinomia entre este derecho y cualesquiera otro derecho o valor constitucional.

Lo anterior va de la mano con el temor institucionalizado hacía el arbitraje, particularmente en los Países latinoamericanos donde se ha mostrado cierto celo hacía la institución arbitral, especialmente en el área del Derecho público. Ese celo tuvo justificados motivos históricos, entre ellos, el *tristemente célebre* Laudo de París de 1899, mediante el cual fuimos despojados del 90% de la Guayana Esequiba (Morales, 2008, 313).

Respecto a este lamentable célebre asunto:

La credibilidad y el futuro del proceso arbitral internacional como tal, en la mayor parte de la América Latina, está todavía en tela de juicio, por el muy importante caso Venezuela-Guyana, caso en el cual, no es demasiado tarde, para desear que finalmente se haga justicia (Gillis, citado por Morales, 2008, 313).

Sin embargo, a nuestros días el arbitraje, incluso en temas de soberanía Estatal, recobra aliento y fuerzas, no sin objeciones. Pero particularmente, se ha centrado su atención en asuntos privados nacionales o internacionales, más en estos últimos, donde el arbitraje es la jurisdicción para resolver conflictos por excelencia. No obstante ese temor institucionalizado, tendremos que estar atentos a esa necesaria revisión de perspectiva que produce la constitucionalización del arbitraje.

1.1. Necesaria referencia al sistema de justicia y los medios
alternativos de resolución de conflictos en la Constitución de 1999

La Constitución vigente establece en su artículo 253:

La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República 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 está 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 o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio (Resaltado añadido).

Esta norma establece en su encabezado y primer aparte el fundamento constitucional de la potestad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial. Ahora, en el aparte final se institucionaliza el **sistema de justicia**, dentro del cual se incluye a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y dentro de estos al arbitraje. La consagración de un nuevo órgano institucional, denominado *sistema de justicia*, no fue una casualidad ni un ensayo improvisado. Por el contrario fue el resultado del estudio del grave estado del sistema judicial y los demás intervinientes en el fenómeno de la Justicia. Y se formuló como un mecanismo integral de

solución a los problemas de la Justicia en Venezuela. En este sentido comenta Duque (2001, 58):

Esta tesis del Sistema de Justicia, como se señaló, ya se advertía en el proyecto de reforma del Título VII de la Constitución de 1961, basado en el Informe de la Comisión Bicameral del Congreso para la Revisión de la Constitución de fecha 20.03.92. E, igualmente en el informe del Fiscal General de la República de fecha 02.12.94, en el informe de la Corte Suprema de Justicia, aprobada en Corte en Pleno, en fecha 19.03.96; en el Informe de la Sub-Comisión especial del Senado para la Revisión del Título VII de la Constitución de fecha 09.10.95; y en las Propositiones de la Corte Suprema de Justicia para iniciar el proceso de la reforma judicial de fecha 05.12.96, que tenían como fundamento que dicha reforma debía tender a todos los componentes del sistema de administración de justicia... Omiso medio... Ya, en septiembre de 1998, el “Programa Liderazgo y Visión”, dentro del llamado Proyecto FULCRO, en concreto en las acciones para los primeros cien (100) días del Nuevo Gobierno, en la parte de Programa sobre “El Colapso Administrativo – Institucional – La Reforma Judicial”, se identificaron nueve (9) áreas temáticas que debían atenderse en el proceso de reforma judicial.

Durante el proceso constituyente de 1999 – según relata Duque (2001, 62) – la Asamblea Nacional Constituyente, por intermedio del presidente de la Comisión Constitucional, el constituyente Hermann Escarrá, presentó el texto del anteproyecto de la Constitución en donde se recoge un Título sobre *“El Poder Judicial y el Sistema de Justicia”*, y, el vocero de la referida Comisión expresó, que los órganos que conforman este sistema son el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales, el Ministerio Público, le Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario y la abogacía, como auxiliar del sistema de justicia. El título referido a *“El*

Poder Judicial y el Sistema de Justicia” fue elaborado por la Comisión de Administración de Justicia. Esta comisión señaló mediante su informe presentado a la Comisión Constitucional, que para lograr un verdadero Estado de Derecho y de Justicia, era necesario proponer el fortalecimiento del Poder Judicial, enmarcándolo dentro de un sistema de justicia integral, que permita su democratización, dignificación y eficacia, a través del establecimiento efectivo y posible de mecanismos de participación y control social en la administración de justicia y el gobierno judicial.

En este orden de ideas – continúa Duque (2001, 63), la Comisión Constitucional, afirmaba en la Exposición de Motivos del Título sobre el Poder Judicial y el Sistema de Justicia, que debía tenerse en cuenta la consideración del Poder Judicial como parte fundamental del sistema de justicia, el cual también integran importantes instituciones y personas, como el Ministerio Público, los auxiliares y funcionarios de justicia, *los ciudadanos integrados en los medios alternativos de administración de justicia* y los abogados; lo cual, permite, según dicha Exposición:

... la creación de una verdadera comunidad jurídica, que le da espíritu de cuerpo a este poder, concretando positivamente el control y la participación ciudadana en la solución de conflictos intersubjetivos y en los graves problemas que llevaron a la deslegitimación y postración del Poder Judicial en Venezuela...

El resultado dado por las discusiones anteriores a la Constituyente y durante ésta, fue consagrar expresamente en la propia Constitución el

llamado *Sistema de Justicia*. Estructura que se enmarca dentro de una Constitución que cobija y protege de una vasta manera a la Justicia. Así, en el artículo 2, el artículo 3, el artículo 26, el artículo 257.

Las discusiones filosóficas respecto a la justicia no son del todo ajenas a este tema, nos interesa simplemente hacer mención a que la justicia ha sido tradicionalmente entendida como *virtud*, *valor* y como *fin*.

La orientación de nuestra Constitución tiene de los tres elementos mucho. En primer lugar, se declara al Estado venezolano como un Estado de Justicia, es decir, un Estado que entre sus virtudes institucionales proclama la Justicia. En segundo lugar, el Estado venezolano proclama como uno de los valores *superiores* de su ordenamiento jurídico a la Justicia, y, en tercer lugar, un Estado que entre sus finalidades inscribe a la Justicia (una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución).

En este sentido – señala Duque (2001, 45 y 46) – la primera consideración que debe hacerse para un estudio del Sistema de Justicia, atiende a la precisión conceptual del Estado de Justicia, a fin de concluir si se trata de un determinado modelo político, o, por el contrario, del

contenido axiológico de toda la estructura del Estado y de su actividad. Concluyendo que: "... la justicia como valor y norma de conducta en la actuación de cada uno de los poderes, al igual que el respeto a la libertad, a la Constitución y a la ley, a la democracia y a la ética, que son valores supremos del Estado democrático social de Derecho, y, que, precisamente por ese contenido ético-axiológico, que ha de regir en su actuación, es además, un Estado de Justicia. En este orden de ideas, la Justicia, como elemento de la definición del Estado venezolano, no se confunde ni con la rama del Poder Público encargada de justicia, ni con la organización del Poder Judicial" (Duque, 2001, 45 y 46).

En este contexto es fácil observar que hablar de un *Sistema de Justicia*, en el marco de la Constitución vigente, es más que hacer alusión a una frase pegajosa y llamativa, o un concepto improvisado; también es fácil advertir que este sistema no sólo involucra al órgano tradicionalmente vinculado con la justicia, es decir, al Poder Judicial. Se trata de un concepto complejo impulsado por normas fundamentales de la propia Constitución con una clara orientación axiológica de actuación del Estado venezolano, de una política de Estado o *desiderátum* hacia la Justicia, vista como una virtud, como un fin y como un valor superior. Y téngase claro que tal concepción se instaura en aras de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, su derecho a la Justicia, libertad, a la paz y la tranquilidad. Es decir, se parte desde una concepción humana de

la Justicia. Esto ayuda sin lugar a dudas a concebir y contextualizar al *Sistema de Justicia* como entidad constitucional que tiene una meta común, la Justicia, según la propia orientación constitucional, y que se operacionaliza mediante sus diversos componentes en aras de lograr la paz y tranquilidad de los asociados mediante la recta aplicación del Derecho.

El instituido *Sistema de Justicia* se creó con la intención, en primer lugar, de reconocer Constitucionalmente la complejidad implícita en el fenómeno de la justicia. En segundo lugar, responder ante las fallas y estado de caos palpable que padecían (y padecen todavía) las instituciones y órganos involucrados en la administración de Justicia, y que no habían (y no han) logrado ofrecer a los ciudadanos cauces óptimos y eficaces para la tutela de sus intereses jurídicos. Para atender de manera efectiva ese complejo fenómeno de la justicia y superar aquellas fallas y caos vividos, resultó necesario institucionalizar expresamente un *Sistema*.

Ahora bien, ¿*Qué es un sistema?* Sistema según el Diccionario de la Real Academia Española (1984, 1250), significa: “Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto...”. Guillermo Cabanellas (1977, 94), define sistema como: “Conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazadas entre sí,

acerca de una ciencia o materia. Ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad”. Llevando estos conceptos al campo que nos interesa, el sistema de justicia sería un conjunto de reglas o principios, cosas y personas que de manera lógica, ordenada, armónica y en conjunto contribuyen en la tarea de la consecución de la justicia.

Como señala Duque (2007, 90), partiendo desde la Teoría de los Sistemas:

...el Sistema de Justicia es la organización de los diferentes componentes que tienen funciones propias para conseguir un mismo valor, la Justicia, mediante la creación, la aplicación del Derecho y su categorización, junto con otras partes que coadyuvan con ello.

Este sistema, como tal, debe procurar lograr un grado de coordinación y armonía que permita al conjunto de componentes que lo conforman, un entendimiento cabal orientado hacia la facilitación de mecanismos y medios para la resolución de los conflictos intersubjetivos de los particulares y así la paz, tranquilidad y justicia.

Más que un concepto, el sistema debe ser operacionalizado a través de *órganos de ejecución* o componentes orgánicos. Tales serían los que la doctrina ha denominado *componentes orgánicos* del sistema, enunciados en el propio artículo 253 constitucional. Tales componentes son los órganos que tienen la labor oficial de administrar justicia (Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley [Poder

Judicial]), los mecanismos alternativos de solución o resolución de conflictos (arbitraje, mediación, negociación); los órganos que garantizan en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, garantizan la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso, ordenan y dirigen la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración, ejercen en nombre de la República la acción penal (el Ministerio Público); los órganos que tienen encargada la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos (Defensoría Pública); los órganos auxiliares de justicia, v.gr. como los auxiliares de la investigación penal que tienen la finalidad de garantizar la eficiencia de la investigación penal; los funcionarios judiciales, como Jueces, Secretarios Judiciales, Alguaciles, amanuenses o escribientes, archivistas judiciales, profesionales de apoyo (p.ej. relatores), etc., e incluso “los registros y notarias, que colaboran en la acreditación de certeza de ciertos actos judiciales (medidas cautelares y ejecutivas), otorgan seguridad jurídica

con la publicidad frente a terceros” (Duque, 2007, 67); el sistema penitenciario, que contribuye a la ejecución efectiva de las penas impuestas por los tribunales, con respeto pleno de los derechos fundamentales; los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley (p.ej. escabinos); los Abogados autorizados para el ejercicio, cuya misión social está orientada por el servicio a la justicia, la protección de los derecho fundamentales, a asegurar la libertad y el ministerio del Derecho, etc.

Pues bien, de la enumeración debe destacarse el rol fundamental que se le debe otorgar al Poder Judicial, quien, dicho sea, encabeza al *Sistema de Justicia*. Ahora, la ubicación de los demás componentes en un segundo plano no significa que sean menos importantes, ya que, como aquellos, son elementos subjetivos y orgánicos que están constante y necesariamente relacionados con la solución de conflictos y la tutela de intereses. Desde una perspectiva funcional, sin éstos no podrían existir aquellos, o al menos su existencia y funcionalidad sería utópica. Como todo sistema, el mencionado está integrado por diferentes componentes *orgánicos y funcionales* (condición mixta del sistema) que enlazados entre sí, contribuyen en su conjunto a la búsqueda de la Justicia.

En este sentido, Casal (2008, 143 y 144) aclara que el concepto de sistema de justicia,

[R]ebasa la esfera de los tribunales e incluso de los organismos públicos relacionados con su actuación, al incorporar a los medios alternativos de resolución de conflictos, a los abogados y a los ciudadanos que participan en la administración de la justicia conforme a la ley. La noción de sistema de justicia tiene la virtud de favorecer una visión global de los problemas relacionados con la actividad de los órganos jurisdiccionales. El tribunal es una pieza central en el engranaje de la justicia, pero su realización depende de múltiples instancias y actores, que deben ser articulados adecuadamente.

En este contexto interesa sobremanera destacar el rol de un componente orgánico del sistema o subsistema. Cual es, los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Los ordenamientos jurídicos han dado importancia suprema a los mecanismos voluntarios que procuran conducir a las partes a la solución de sus conflictos. Tales son los mecanismos de autocomposición (directa o indirecta) y de heterocomposición privada o arbitraje. Conocidos comúnmente como *mecanismos alternativos de resolución de conflictos* (MARC), *procedimientos alternativos de solución de conflictos* (PARC), *alternative dispute resolution* (ADR). Estos mecanismos, compuestos de formulas autocompositivas (negociación, mediación y/o conciliación) y formulas heterocompositivas (arbitraje y justicia de paz), al nacer de la voluntad de las partes quienes están de acuerdo en resolver su conflicto, gozan de la bondadosa apariencia de ofrecer una solución más allegada a la justicia; lo que puede no ocurrir en un enfrentamiento judicial. Aparte de esto, se argumenta con todo sentido que los cauces de la justicia oficial no son suficientes para responder a las demandas actuales de la sociedad mundializada y a los nuevos conflictos

de una complejidad que amerita un trato diferenciado, o al menos la posibilidad de vías diferentes a la tradicional de la justicia oficial. En este sentido, comentan Caivano, Gobbi y Padilla (2006, 24):

Lo perturbador no es la existencia de conflictos, sino la falta de vías adecuadas para resolverlos. El crecimiento demográfico, la mayor concentración de población en grandes ciudades, el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y negocios, la generación permanente de nuevas necesidades sociales –entre otras muchas razones- han producido un aumento en la conflictividad y desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos.

De manera que el mito según el cual la justicia oficial es la vía más idónea para solucionar los conflictos debe ser desechado de entrada, y para tal fin, es necesario replantear desde todos los escenarios las vías alternas, o mejor entendido, las opciones primarias a ser estudiadas antes de acudir al aparato judicial, dicho sea, colapsado y en crisis. Así pues, es conveniente destacar y tener siempre presente que “la justicia estatal no es el único remedio” (Caivano, Gobbi y Padilla, 2006, 33).

En el contexto que nos ocupa, vale destacar que tal problemática, como hemos señalado, fue tomada en cuenta por la Constitución. Y es que al proteger el valor Justicia de sobremanera, no sólo dejó abierta la necesaria vía de la justicia oficial (guiada, *lege data*, por parámetros de excelencia y eficacia en su administración arts. 26, 49 y 257), sino la justa posibilidad de que las partes a través de otras opciones alleguen a una solución que les sea justa. Así pues, la Justicia no es un valor, fin o virtud

que se alcanza exclusivamente a través de los órganos oficiales; pues son las partes quienes mejor que nadie conocen las causas e implicaciones de sus conflictos intersubjetivos. De manera que, son ellas las que mejor solución pueden darle. Estas opciones las representan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Tal reconocimiento conciente fue expresado por nuestra vigente Constitución en su artículo 258, que ordena la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos, así:

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.

La norma ordena a la Ley la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Esta última afirmación es lógica si se parte del contexto constitucional que se ha analizado *supra*, donde se protege a la Justicia, y se institucionaliza un *Sistema de Justicia* encaminado a su consecución. Luego, siendo los mecanismos alternativos de solución de conflictos un componente necesario dentro de ese sistema, resulta de Perogrullo que su promoción es una política de Estado para que seria, lógica y coordinadamente se pueda pretender alcanzar dicho valor, fin y virtud, mediante la recta aplicación del Derecho.

En este sentido, al coordinar la intención del constituyente cual fue reconocer Constitucionalmente la complejidad implícita en el fenómeno de la justicia y responder ante las fallas y estado de caos palpable que padecían (y padecen todavía) las instituciones y órganos involucrados en la administración de Justicia, fundamentalmente los órganos del Poder Judicial, que no habían (y no han) logrado ofrecer a los ciudadanos cauces óptimos y eficaces para la tutela de sus intereses jurídicos, es forzoso concluir que debe darse un espaldarazo a los mecanismos de solución y resolución de conflictos diferentes al judicial (mecanismos alternativos de resolución de conflictos).

Queremos con esto rescatar la idea de que estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos representan medios idóneos para ofrecer cauces de solución a los conflictos intersubjetivos de las partes, mucho más idóneas, rápidas y efectivas que la propia justicia oficial

¿Esto por qué?

Siguiendo la doctrina de Alvarado (2008, 17), que plantea un esquema de posibles formulas de solución de conflictos intersubjetivos, se pone de manifiesto un incontestable hecho, y es que desde hace bastante tiempo el hombre para resolver sus conflictos pasó del uso de la *razón de la fuerza* al uso de la *fuerza de la razón*. Siendo así, y para ello edificó un esquema de posibles vías de solución y resolución de conflictos, todas las

cuales tienen en mira hacer posible que a través del uso de la razón se solucionen conflictos intersubjetivos de intereses. Ese esquema es descrito de la siguiente manera:

1) *La autodefensa legítima*, se presenta, excepcionalmente, cuando el propio ordenamiento permite al particular hacer uso de la fuerza para tutelar su interés, en vista que los posibles mecanismos de tutela aportarían una solución tardía e inefectiva al conflicto;

2) *La autocomposición*, como vía o formula mediante la cual las partes pueden llegar ellas mismas a una solución consensuada de su conflicto, y que puede ser *directa* o *indirecta*:

2.1. *Autocomposición directa*: cuando las mismas partes llegan a la solución de su conflicto, sin la necesidad de intervención de un tercero (p.ej. la transacción, el convenio, o el desistimiento, todas las cuales son conseguidas por el diálogo directo de las partes [negociación]).

2.2. *Autocomposición indirecta*: cuando las partes voluntariamente requieren la intervención de un tercero que las conduzca por vías de entendimiento y diálogo, hacia una solución directa (p.ej. la negociación asistida o intento de acercamiento, y la mediación o conciliación, que llevará a las partes bien a una transacción, convenio o desistimiento).

3) *La heterocomposición* mediante la que las partes, sin poder llegar a un acuerdo por las vías anteriores, bien por acuerdo entre ellas o sin acuerdo alguno, acuden a un tercero para que adjudique razón a una u otra, bajo un método dialogal que conocemos como *proceso*, y que tiene la finalidad de resolver el conflicto. En este último caso es un tercero, con determinadas características (imparcial, independiente, imparcial), quien tiene el deber de resolver el conflicto. Ahora, en este último caso pueden presentarse dos supuestos o mecanismos de adjudicación, que son la 3.1.) Heterocomposición privada o arbitraje y 3.2) la heterocomposición pública;

3.1.) Heterocomposición privada o arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos por medio del cual las partes acuerdan, voluntariamente, someter uno o varios conflictos actuales o eventuales, a la decisión de un tercero imparcial (o varios), denominado árbitro, quien tendrá en sus manos la responsabilidad de juzgar sus peticiones, en juicio contradictorio, y su decisión, recogida en un instrumento denominado laudo, tendrá la posibilidad de alcanzar la fuerza de cosa juzgada, con las consecuencias procesales que esto conlleva,

3.2) La heterocomposición pública (proceso judicial), es la última vía de arreglo legítimamente permitida a las partes. Se trata de la postulación de una pretensión ante un órgano oficial (del

Estado), que tiene función jurisdiccional para resolver con vocación definitiva, luego de un debido proceso, los conflictos de intereses entre partes.

En esta escala de solución de conflictos es observable cómo la situación de las partes respecto a la solución de su conflicto se aleja cada vez más de un entendimiento voluntario o, lo que es lo mismo, se va degenerando. Así, desde la propia intervención legítima del particular, pasando por vías de acercamiento directo hasta vías de acercamiento indirecto. Luego, un mecanismo de heterocomposición que parte, como señala Alvarado (2008, 66) de un *principio de autocomposición* (arbitraje) hasta uno de la misma naturaleza (heterocomposición) que supone la inexistencia total de acuerdo entre las partes (Justicia oficial).

Pues bien, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, además de colaborar con la justicia oficial, en el entendido que impiden que los conflictos escalen a tal altura de desentendimiento y divorcio, permiten que las propias partes se adueñen del mecanismo de solución del conflicto, se conduzcan por la vía que mejor les convenga a sus intereses y sean ellas mismas las que se den razón, sin las dificultades propias de la justicia oficial y con las ventajas que ofrecen los mecanismos alternativos de resolución de conflictos frente a aquella. Esto no es más

que una manifestación de justicia, en un estado de cosas donde la libertad del individuo es un derecho fundamental.

Así las cosas, y relacionando los argumentos precedentes con el tema de esta investigación, podemos concluir parcialmente que el *Sistema de Justicia* instituido en nuestra Constitución, es una institución compleja que tiene como finalidad hacer operativo y efectivo el *desideratum* y promesa de Justicia contenida en la Carta magna, a través de una serie de componentes orgánicos y funcionales, que actuando en debida armonía y colaboración procuren alcanzar la Justicia. Siendo así, es necesaria la debida sistematización de estos componentes orgánicos y funcionales, otorgándole valor e importancia a uno de ellos, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que tienen la bondad de poner a las partes como dueñas de su conflicto y del mecanismo viable para resolverlo. Para que estos tengan una plena y efectiva operatividad es menester contar con el apoyo de los demás componentes, entre ellos, los órganos del Poder Judicial.

1.2. Constitución de 1999 y el arbitraje

En íntima relación con el punto precedente, tenemos que desde unas décadas atrás el mundo entero acude a un fenómeno denominado

“desinstitucionalización de la justicia” (Oppetit, 2006, 40). Como señala Oppetit (2006, 40):

... la época contemporánea ha aportado profundos cambios a la percepción de la noción de justicia. La idea contemporánea de justicia ha sido desinstitucionalizada: **tendemos a ver en la justicia un *bien público* más que un servicio público...** (resaltado añadido).

La llamada *desinstitucionalización* de la Justicia, además de ir de la mano con una inminente *desjudicialización* de los conflictos, trae como consecuencia entender y desarrollar conceptos como el de *administración de justicia* desde otro punto de vista. Se quiere con esto afirmar, entre otras cosas, que la administración de Justicia ha dejado de ser monopolio exclusivo del Estado, y que al lado de los órganos oficiales, existen otros mecanismos alternativos que tiene una misma finalidad, a saber, permitir a las partes dar una solución a sus conflictos. Se debe abandonar, pues, el criterio orgánico y paternalista que secularmente ha definido a la administración de justicia, por uno funcional o material, que procure hallar la esencia del mecanismo, para identificarlo o excluirlo del concepto de administración de justicia.

La llamada *desjudicialización de los conflictos* no representa una involución del hombre. Por el contrario, es una muestra de racionalidad y de reconocimiento a la libertad personal, y dentro de esta, la libertad y derecho de resolver sus conflictos de la manera que mejor le convenga a sus intereses, siempre y cuando no transgreda normas de orden público.

A esto hay que agregar que dicha libertad en el arbitraje goza de un presupuesto de legitimidad único, y es que a pesar que es un mecanismo de heterocomposición procesal, adversarial y adjudicativo, cuenta con un componente que no tiene la heterocomposición oficial, cual es aquel *principio de autocomposición*. Es decir, las partes a pesar de no estar de acuerdo en cuanto a sus razones, están o estuvieron de acuerdo en el método de resolver el conflicto, o mejor aun, están de acuerdo en *resolver el conflicto* mediante jueces privados elegidos por ellas. Como señala Gaspar (1998, 27), refiriéndose al origen histórico de la institución:

... esta formula extrajudicial respondía a la estructura de dos personas enfrentadas que estaban de acuerdo, únicamente, en que un tercero imparcial investido de autorictas, resolviera la controversia existente entre ellos en virtud de una decisión que tenía que ser obedecida por los litigantes.

En el contexto de desjudicialización de los conflictos, desinstitucionalización de la justicia y desmonopolización de su administración, el arbitraje encuentra cabida en la Constitución venezolana vigente (artículos 253 y 258 CRBV) con pleno apoyo en instrumentos internacionales.

Entre los instrumentos internacionales vigentes en Venezuela, figuran: El Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros aprobado durante el Congreso Boliviano de celebrado en Caracas en 1911; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros – Convención de Montevideo de 1979 (G.O N°

33.144 de 15/01/1985); Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional – Convención de Panamá de 1975 (G.O N° 33.170 de 20/02/1985); Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras – Convención de Nueva York de 1958 (G.O. N 4.832 Extraordinario de 29/12/1994), además de un numero extenso tratados multilaterales y bilaterales en diversas materias, que establecen como mecanismos de solución de conflictos la vía arbitral (Sánquiz, 2005, 47).

Reconocimiento que ha servido de base para argumentar a favor de un *derecho fundamental al arbitraje*, con todas las implicaciones que ello determina (Hernández-Bretón, 2005, 24), tal cual fue expresamente reconocido en las primeras Constituciones.

Así lo ha sostenido nuestra mejor doctrina. Desde Borjas (1979, 14), al comentar el Código de Procedimiento Civil de 1916, quién sostuvo:

...el derecho a comprometer y el arbitramento, que es su consecuencia, no emanan, como se asevera generalmente, del libre derecho que de contratar y de disponer de sus cosas tienen las personas capaces de obligarse, sino del *derecho natural que corresponde a cada cual de pedir y obtener justicia y de que le sea administrada por persona que merezca su confianza*.

Otra argumentación adelantada en el tiempo la realizó Matthies (1996, 16) antes de la Constitución vigente. Hace poco tiempo Hung (2001, 111) destacó la necesidad de afrontar los fenómenos relativos al arbitraje

desde una perspectiva a favor del arbitraje (pro arbitraje). Para ello, la doctrina foránea que hemos referido *supra* menciona que en el arbitraje existe un fundamental *principio de autocomposición*. Señalando que:

... esa voluntad mínima de solucionar el conflicto en una forma menos controversial y combativa que la representada en la vía jurisdiccional ante órganos oficiales del Estado, al aceptar someter el conocimiento del conflicto al árbitro y comprometerse a acatar su decisión, es lo que constituye el mínimo apoyo indispensable para hacer viable el arbitraje (Hung Vaillant, 2001, 112).

Luego el autor, inscribiéndose en la tesis que defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, afianza su idea rechazando que de la interpretación de las normas Constitucionales (artículos 49.4, 156.31 y 253) y legales (artículos 1, 2, 10 y 60 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pueda concluirse que se haya atribuido al Estado, con carácter monopólico y excluyente, la facultad de resolver controversias entre particulares.

Hung (2001, 115) continúa señalando, que, tal como se desprende el artículo 26 Constitucional, la utilización de los órganos de administración de justicia es una facultad de los ciudadanos y no una obligación. Más aun cuando este precepto debe ser coordinado en su aplicación con el artículo 20 del texto Constitucional que establece la garantía constitucional de las personas al libre desenvolvimiento de su personalidad sin otras limitaciones que aquellas que deriven del derecho de los demás individuos del orden público y social. Luego, indica una

serie de principios orientadores que deben regular el arbitraje en el sistema venezolano, entre los cuales cuenta, *el principio de autonomía de voluntad de las partes, el principio pro arbitraje, el principio de la libertad de formas, el principio de que las partes están a derecho, el principio de la autonomía del pacto arbitral y el principio de la competencia de la competencia.*

Esta doctrina tiene una importancia fundamental para enfocar el estudio del arbitraje, particularmente por los criterios interpretativos que de ella pueden extraerse para abordar al arbitraje en nuestro sistema.

Longo (2004, 33), no duda en señalar, respecto al arbitraje, que se trata de:

... un elocuente derecho humano, escindido de la actividad jurisdiccional, aún cuando proyecte efectos sobre la misma, que debe su justificación a la autodeterminación de la voluntad del individuo y que se ubica dentro del ámbito constitucional y legalmente permitido de la libre autonomía del querer, saber y entender de todo sujeto de derecho, con todas las limitaciones y restricciones que el ordenamiento jurídico imponga.

Más recientemente Hernández-Bretón (2005, 23) construye una serie de razonamientos dirigidos hacia el reconocimiento de un *derecho fundamental al arbitraje*. Inicia recordando la fuerza suprema y normativa de nuestra Constitución (artículo 7 de la Constitución), con fines de orientar su interpretación y aplicación; luego se enfoca en el análisis histórico del arbitraje en las Constituciones de nuestros comienzos

republicanos, arribando a la Constitución vigente (artículos 253 y 258). Destaca que el mandato constitucional de promover el arbitraje debe ser visto como una intención de ofrecer opciones a los justiciables para dirimir sus controversias. De ahí que el derecho al arbitraje (como una opción) es un derecho *fundamental de rango constitucional*, que se manifiesta como una variante del derecho de acceso a la justicia y tutela efectiva. Luego analiza de manera sistemática los postulados constitucionales establecidos en los artículos 2 (valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano), 3 (fines del Estado venezolano) y 19 (principio de progresividad de los derechos humanos) de la Constitución. Añade otro ingrediente, cual es el artículo 22 de la Constitución, que establece la no taxatividad de los derechos fundamentales.

Esto lo hace para traer a colación la última norma Constitucional (1858) que antes de 1999 había consagrado el derecho al arbitraje, rescatando, no sólo el valor histórico sino su valor actual como derecho inherente a la persona. Los razonamientos del autor desembocan en un derecho de acceso a la justicia y a la *tutela jurisdiccional* (que no sólo judicial) *efectiva*, que tienen estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad, el cual cuenta con respaldo constitucional (artículo 20 de la Constitución). Todo esto sirve para sostener y defender la vigencia del principio *pro arbitraje*. Concluye Hernández-Bretón (2005, 34):

Todo lo anterior nos muestra que la consagración de un derecho fundamental al arbitraje se alinea en la corriente

que propaga el desarrollo de las relaciones entre el juez y el árbitro –valga decir entre la justicia ordinaria y justicia arbitral – dentro del cuadro de una nueva cultura arbitral. Esa nueva cultura en pleno desarrollo se apoya en la idea de colaboración como instrumento fundamental. Esta colaboración que se expresa en los más diversos temas y actitudes – siendo uno de ellos la legislación favorable al arbitraje – también se la deben dar recíprocamente árbitros y jueces, sin ánimos de imponer jerarquías ni superioridades. Hoy día se experimenta un reconocimiento universal de las bondades del arbitraje.

Como se ha apreciado precedentemente desde una perspectiva constitucional, el arbitraje tiene plena vigencia, y asimismo, existe un *derecho fundamental al arbitraje*. Este derecho se presenta con una composición compleja. En primer lugar, como *derecho fundamental* exigible frente al Estado, es decir, como un derecho inherente al libre desenvolvimiento de la personalidad (libertad) y como derecho de acceso a la justicia, al proceso y a la jurisdicción. En un segundo sentido, como *derecho patrimonial* exigible frente al co-contratante.

No sólo la doctrina ha reconocido la existencia de un derecho fundamental al arbitraje, también el órgano que *iure condito* es el auténtico interprete de la Constitución así lo ha destacado. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, destacando que en el arbitraje se encuentra involucrado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ha dicho:

Así, el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el

imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en “(...) la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08-. (Sentencia N° 1541/2008).

Pues bien, decir que el arbitraje goza de la protección *ius* fundamental parece infértil sino se le procura proteger como cualquier derecho constitucional, con un debido mecanismo de tutela, con una garantía.

Ahora, **¿Cómo tutelar este derecho?** Cuando se habla de un derecho al arbitraje se trata de argumentar a favor de un mecanismo de justicia, que un tanto más pacífico que la justicia oficial, ofrece un cauce a las partes lleno de libertades con una mayor apariencia de bondad y efectividad. Es decir, se trata de un derecho a un instrumento de justicia (proceso arbitral), aceptado voluntariamente por las partes. De manera que el derecho al arbitraje no es otra cosa que *el derecho al proceso arbitral*, y que tiene como acicate los principios que sistemáticamente han sido mencionados (Hung, 2001, 115).

Volviendo a la interrogante inicial, para tutelar este derecho habrá primero que ubicar quiénes serán los posibles agentes que lo vulneren. Sin lugar a dudas el Estado es el primer sujeto sospechoso de vulnerar este derecho, esto por un mal entendido enfrentamiento (más virtual que real) entre justicia oficial y justicia arbitral, y en segundo lugar, los particulares. El

Estado por su permanente y necesaria relación con la función arbitral. Como señala De Jesús S (2005, 17) “los jueces venezolanos son protagonistas del desarrollo del arbitraje en Venezuela”.

Esto es así pues *de lege data* existe una permanente relación entre jueces y árbitros, en casos como, el nombramiento de árbitros en caso de desacuerdo; *asistencia* de los tribunales oficiales para la evacuación de pruebas y ejecución de medidas cautelares; nombramiento de árbitros en caso de recusación e inhibición; conocimiento del recurso de nulidad contra el laudo; el reconocimiento y ejecución del laudo; y el conocimiento de la excepción de arbitraje comercial. Las primeras son relaciones de colaboración entre la justicia oficial y la justicia arbitral; la penúltima y antepenúltima, relaciones de control, y la última una relación circunstancial pero es indispensable tenerla presente como posibilidad. Quiere decir esto que la relación entre jueces y árbitros, es determinante en la vigencia de la institución y así en la vigencia del derecho al arbitraje. Por lo tanto, el Estado, a través de sus órganos, esencialmente del Poder Judicial es el principal vindicado como posible transgresor de la vigencia del arbitraje.

Respecto a los particulares, resulta fácil observar que puede una de las partes que ha suscrito el contrato arbitral, intentar una demanda ante los órganos del Poder Judicial para someter al conocimiento de éstos el

asunto reservado con carácter exclusivo y excluyente a la resolución de árbitros. Las implicaciones de esta actuación dependerán de la circunstancia particular del caso. A todo evento, frente a esta actitud de una de las partes surge la posibilidad de la otra de resistir el ejercicio de la acción ante la instancia judicial haciendo valer el efecto negativo del acuerdo, a saber, a través de la excepción de arbitraje. Esta posibilidad de excepcionarse, es en nuestra opinión, el modo racional y legítimo de procurar la tutela del derecho al arbitraje, *derecho al proceso arbitral*. Con lo cual volvemos al planteamiento anterior, cual es la actitud del Juez del Estado frente a un planteamiento de tal naturaleza.

En este sentido, el Estado, por una razón, que puede parecer contingente entre nosotros (en virtud del conjunto de normas Constitucionales que garantizan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos el arbitraje) está en el deber de organizar su sistema de respuesta de manera coherente con fines de garantizar la tutela efectiva de los intereses de las partes y ofrecer cauces efectivos para que las partes resuelvan sus conflictos. La razón aparentemente contingente deja de serlo cuando no sólo nos paseamos por el derecho comparado y observamos normas constitucionales que lo garantizan, sino también cuando nos dirigimos a instrumentos internacionales que obligan a los Estados a brindar a sus ciudadanos cauces efectivos y garantistas para resolver conflictos; cuando aceptamos el estado de crisis en que se

encuentra la justicia oficial; cuando aceptamos que el arbitraje es el órgano de justicia natural del comercio internacional; cuando aceptamos las ventajas que ofrece este instituto, y principalmente, cuando aceptamos la libertad ganada por el hombre a través de la historia. Así las cosas, parece natural concluir con una idea interpretativa con suficiente base y sustento que permita interpretar los asuntos relacionados con el arbitraje de manera de promoverlos y no obstruirlos irracionalmente, por ideas paternalistas y fundadas en una falsa moral Republicana.

Pues bien, para contextualizar las ideas precedentes, recalcamos que la idea interpretativa a que nos referimos tiene como órgano destinatario y fundamental a los órganos del Poder Judicial, en cuanto a sus relaciones con el instituto arbitral. Una de esas relaciones, entre otras, es la perspectiva de enfoque de la *excepción de arbitraje comercial*.

El reconocimiento constitucional del arbitraje dentro de un sistema de justicia, en una constitución garantista no significa únicamente la reedición de un suceso histórico, paralelo a la formación de nuestra República, sino que tiene una importancia real relacionada directamente con el ejercicio de las garantías procesales constitucionales; que, no sólo son alcanzadas por la vías o mecanismos oficiales de justicia, sino también por aquellos mecanismos que, como el arbitraje, son formulas heterocompositivas de justicia. Con el reconocimiento de un *derecho fundamental al arbitraje* es

necesario encontrar mecanismos procesales para hacerlo efectivo, y según entendemos, un mecanismo procesal para tal fin lo es la excepción procesal de arbitraje, que se erige como *garantía de ese derecho fundamental*.

Es fácil hoy entender que la vigencia del arbitraje involucra la vigencia misma de la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho fundamental protegido por nuestra Constitución e instrumentos internacionales, pues al optar los sujetos por una vía distinta a la oficial, en ejercicio de su libertad, están en el derecho que se le respete esa libre escogencia de un mecanismo alternativo de solución de controversias, sin imponérseles límites caprichosos, provenientes de interpretaciones poco reflexivas que no cuentan con un fundamento legislativo expreso. Como señala Duque (2007, 266):

... como los hombres caminan antes que la ley del Estado y esta detrás de los hombres, estos buscan poner otro derecho por delante. Su propio derecho. Es así como para resolver la crisis de la justicia los hombres han inventado nuevas formas de Derecho de solución que no olviden la base contractualista de la sociedad. Esas formas tratan de asegurar la convivencia en la resolución de las controversias privadas. Se trata de alternativas para sus propios conflictos que no buscan tampoco la eliminación de la Justicia estatal sino el compartir con ella la solución de los conflictos privados. Pero el de evitar su ineficiencia. Como alternativas se presenta un nuevo escenario de la Justicia en la cual el Estado cede espacios de su monopolio judicial a la sociedad para que esta actúe en su lugar para ganar niveles apreciables de aceptación.

A lo anterior se suma una posición doctrinaria y jurisprudencial que reconoce y reclama expresamente la reinterpretación del ordenamiento

jurídico bajo la óptica constitucional. El Título I de la Constitución, denominado *Principios Fundamentales*, consagra la base axiológica del Estado venezolano, y los principios ahí establecidos constituyen el eje principal de la actuación del Estado y los asociados. De manera pues que el ordenamiento jurídico debe ser reinterpretado a la luz de todos los principios, valores y directrices que la constitución estableció y se impone por tanto una redimensión en la función de los operadores jurídicos, fundamentalmente, en la de los Jueces. Las normas constitucionales son testimonio y prescripciones del nuevo pacto social que suscribimos los venezolanos en 1999, y de ahí que todo el orden jurídico y su actuación debe adecuarse a ese orden supremo reconocido en aras de procurar, con las limitaciones propias de todo fenómeno jurídico, el respeto y logro de los principios y valores establecidos.

Así lo ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia dictada en fecha 19 de julio de 2001:

[...] La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung von Gesetze*). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y

autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo (Sentencia N° 1309, 19 de julio de 2001. Magistrado Ponente: José Delgado Ocando [*Hermann Escarrá*]).

La supremacía y fuerza normativa de la Constitución es hoy día un tema fuera de discusión (Picó, 1997, 24), y así se reconoce expresamente en el artículo 7 de la Constitución de Venezuela: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

De manera pues, que la lectura de nuestro ordenamiento está condicionado a la observancia de esas reglas y principios de rango supremo, que son la traducción de la voluntad soberana de un pueblo que los consideró fundamentales y esenciales para lograr el proyecto de Estado documentado en la Constitución. Como señala Ortiz-Ortiz (2001, 47):

Lo que mantiene viva la unión de los hombres en sociedad no se agota en su voluntad libremente manifestada, sino la comunión en un mismo sentimiento de valores, que bien pueden ser racionalizados a través de la legislación positiva, sin embargo lo que le da carácter vinculante y obligatorio no es sólo la autoridad del Estado en redactarlas, sino en la medida en que tal función creadora responda a unas mismas querencias, necesidades, creencias y, fundamentalmente, valores.

La reinterpretación del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta la fuerza normativa y suprema de la Constitución, es pues un asunto impostergable e ineludible, que requiere, claro está, superar antiguos dogmas interpretativos, la mayoría resabios del positivismo jurídico formalista, pues de aquella depende la eficacia práctica y efectiva de los postulados constitucionales. Como señala Balaguer (1997, 25):

... la interpretación de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley. De ahí que no pueda ser solamente interpretación de la Constitución, sino, sobre todo, interpretación constitucional del ordenamiento. Sólo así resulta posible que la Constitución cumpla, bajo un sustrato social pluralista, su función de reconstrucción del ordenamiento: con la inevitable pérdida de sustantividad como norma que se deriva de la integración entre Constitución y ordenamiento.

La misma autora señala que “la interpretación de las normas en un Estado social y democrático de Derecho ha de efectuarse teniendo en cuenta el marco constitucional de ese Estado” (Balaguer, 1997, 25). Esa redimensión que ha traído el constitucionalismo moderno y la dignificación del hombre y sus valores a través de él, encomienda al Poder Judicial, como garante de su integridad, el deber de asegurar su vigencia, y así lo establece el artículo 334 de la Constitución de 1999, inserto en el Título VIII denominado “*De la Protección de esta Constitución*”, Capítulo I “*De la Garantía de esta Constitución*”, cuando prescribe que:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la esta Constitución.

Como lo señalara Ferrajoli (2004, 68) una de las consecuencias del constitucionalismo moderno es que “La jurisdicción ya no es simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”. No olvidamos, aclaramos, que el fenómeno producido por el constitucionalismo moderno, y estudiado particularmente por la teoría de la protección constitucional va más allá de los enunciados que hemos mantenido en este trabajo, sin embargo, queremos valernos de sus postulados fundamentales para destacar, que dado el carácter normativo y superior de la Constitución, y la declaración de principios y valores considerados superiores a nuestro ordenamiento jurídico, se impone el deber particular de *todos los jueces* de resguardar y tutelar de manera efectiva el conjunto de valores y principios ductores de nuestro Estado, independientemente de que no se esté ante procedimientos constitucionales o de jurisdicción constitucional (v.gr. amparo, revisión constitucional, nulidad por inconstitucionalidad) o ante el llamado control difuso de la constitucionalidad. Queremos aludir al rol del Juez ordinario quien a diario se enfrenta con pleitos que en apariencia involucran situaciones jurídicas que no trascienden de lo legal, más sin embargo, en la gran mayoría, están en jaque principios y valores constitucionales.

Este argumento, ciertamente contingente, que sin embargo es universal en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, permite fijar

pautas interpretativas mucho mas adecuadas para abordar problemas delicados, como el referido a la justicia y el proceso. Ahora, si a lo anterior agregamos un pleno reconocimiento jurisdiccional al arbitraje la ecuación *pro* arbitraje es sin duda una consecuencia irrefutable.

En este sentido, cabe destacar que, apriorísticamente, lo propio de la actividad jurisdiccional es que es originaria del Poder del Estado, Poder que se genera en el complejo acto de su creación. Este acto, que Rousseau (S/F, 21) denominó contrato social y que se formaliza en un instrumento que conocemos con el nombre de Constitución, sirve de base para la generación de un conjunto de situaciones y relaciones, entre ellas, una de tantas, la renuncia que hace cada ciudadano a hacerse justicia por mano propia, confiando a ese nuevo coloso creado por la voluntad soberana y popular (Estado), la solución de conflictos y tutela de intereses con la promesa de alcanzar la paz, la seguridad y la Justicia a través de la recta aplicación del Derecho.

Bajo esta perspectiva, muchos han dicho que la jurisdicción es una potestad exclusiva de los órganos del Estado, materializada a través de la rama del Poder que la detenta de manera originaria, a saber, el Poder Judicial; y en vista de que el acto generador y fundamental que da vida al arbitraje reside en la manifestación de la voluntad privada de los particulares, rechazan que este tenga naturaleza jurisdiccional. En

síntesis, *parte* de esta doctrina sostiene que la potestad jurisdiccional es privativa del Estado, y siendo así, la voluntad manifestada por los particulares de someter a árbitros no puede constituir una fuente para atribuir a éstos jurisdicción. También se advierte que al carecer los árbitros del *imperium*, como elemento integrador de la potestad jurisdiccional, no puede afirmarse que aquellos ejerzan ésta.

Como lo señaláramos con anterioridad y asimismo lo indica calificada doctrina, la definición de la actividad jurisdiccional parte desde un enfoque incorrecto, dando fundamental preeminencia al elemento orgánico del fenómeno jurisdiccional. En este sentido afirma Alvarado (2008, 139):

... para singularizar inconfundiblemente la actividad jurisdiccional en el plano en el cual se desenvuelve la corriente doctrinal mayoritaria, que se asemeja exclusivamente con lo que se podría llamar *criterio tradicional*, no debe concretarse a mostrar *lo judicial* diferenciado sólo de *lo administrativo* sino también de *lo arbitral*. De ello se deriva importante conclusión: para definir la esencia de la actividad jurisdiccional habrá de tenerse en cuenta que ella es la que cumple *siempre* la autoridad con motivo de un proceso (y no de un procedimiento), sustituyendo intelectual (acto de sentencia) y volutivamente (acto de ejecutar lo sentenciado) la actividad de los particulares.

Así pues, no debe quedar duda que la jurisdicción es función. En lo que respecta al arbitraje ha indicado calificada doctrina (De Maekelt y Madrid, 2003, 752) en una lapidaria expresión, “el principio pacta sunt servanda es el gran pilar del arbitraje”. El acuerdo se informa de las normas que regulan al contrato (v.gr. artículos 1.133, 1.159 y 1.264 del Código Civil, etc.), pero la particularidad de este tipo contractual es que sus elementos

obedecen a la intención de las partes de someterse a árbitros desplazando por efecto de la ley y la voluntad, la jurisdicción de los órganos oficiales en una jurisdicción *ad hoc* (permítasenos abusar de los términos) que detentarán los árbitros para resolver la el litigio. Puede resumirse señalando que el contrato, acuerdo, convenio o pacto arbitral, es un *contrato procesal* (Caivano, 2008, 105). Como dice elocuentemente Álvarez (2008, 131), “el arbitraje es el resultado de un convenio pero no es el convenio mismo”.

Como fenómeno perceptible el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, ya que el mismo existe como fenómeno procesal, siendo cosa muy distinta, aunque no indiferente, el que su génesis (la chispa que provoca el fuego) provenga de la voluntad privada y que por esa misma razón las partes puedan disponer durante el *iter* arbitral del mismo.

Las razones para afirmar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje son varias. Por un lado se alza un argumento de carácter normativo que involucra a nuestra Constitución vigente con la *mens legis* de la Ley de Arbitraje Comercial. En este sentido, y rescatando lo dicho precedentemente sobre el sistema de justicia, encontramos el sustancial contenido del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El mencionado artículo 253 de la Constitución debe ser coordinado con el artículo 258 de la Constitución, que como señalamos

ordena al legislador la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, el arbitraje.

Cuando se toman en cuenta estas normas para dar contenido a la institución arbitral, mecanismo de heterocomposición procesal por esencia y naturaleza, cuyas decisiones tienen posibilidad de alcanzar la fuerza de la cosa juzgada, en el contexto universal de efectivo acceso a la justicia y la resolución de conflictos, es necesario tener en cuenta que este mecanismo no tiene como finalidad única dar una solución al conflicto, pues existen otros mecanismos prestos por el Estado que contribuyen a este fin (p.ej. instancias administrativas con estructura triangular que no obstante no son proceso), sino hacerlo mediante un *proceso*, fenómeno único e irrepetible, en atención a la Justicia, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y con vocación definitiva.

En este sentido, no basta con afirmar que el árbitro ejerce su función a través de un procedimiento, que se manifiesta a través de una estructura triangular con fisonomía idéntica a la que se manifiesta en los procesos oficiales, pues si bien esto es cierto, el procedimiento arbitral obedece a un fenómeno, denominado *proceso*. Por ello el propio legislador utilizó el término *proceso* en la Ley de Arbitraje Comercial.

La forma que adopta el arbitraje para su desarrollo es procesal, con todo aquello que este fenómeno de la ciencia jurídica implica: Dos partes

discutiendo en perfecta posición de igualdad ante un tercero imparcial que les ofrece y debe garantizar sus derechos (Alvarado, 2008, 44). Como señala Oppetit (2006, 57):

... Este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el momento que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra el mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje institucional), así sea en formas adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que esta sea.

Hablar de administración de justicia a través del proceso, como ocurre en el arbitraje, sin incluir a la jurisdicción es una abierta contradicción, pues ambas instituciones se mutuo definen; pertenecen al “fundamental trinomio sistemático” (Calamandrei, 1973, 109) de la ciencia procesal, a saber, acción, jurisdicción y proceso. Así las cosas, que interpretando conjuntamente los enunciados constitucionales contenidos en los artículos 253, 257 y 258 de la Constitución vigente y su exposición de motivos en concordancia con la denominación del Capítulo IV de la Ley de Arbitraje Comercial, y sus artículos 12, 22, 33.4, 34, 40, 42, 44.e), 45 y 49.e), es necesario reconocer que la potestad resolutoria de los árbitros es jurisdiccional o procesal. En este orden, cabe destacar que la actividad del árbitro no es actividad administrativa, tampoco legislativa, ni mucho menos actividad meramente privada, por sus características y efectos.

Entre las razones ontológicas para afirmar que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, es que el producto del proceso arbitral, esto es, el laudo, tiene la posibilidad de alcanzar la fuerza de la res iudicata. De manera tal que la cosa juzgada en el arbitraje, es deducible, con el necesario respaldo legal, de la función jurisdiccional de los árbitros, que como función jurisdiccional al fin, persigue la paz y seguridad jurídica entre los asociados evitando la multiplicación de juicios y las sentencias contradictorias, promoviendo y asegurando la composición con fuerza definitiva de las controversias intersubjetivas.

Asimismo, es imprescindible tener en cuenta que en nuestra legislación el único título capaz de permitir la intromisión de un sujeto de derecho en el patrimonio de otro es un *título de ejecución*, vale decir, una sentencia definitivamente firme o un acto equivalente. En este sentido, respecto al arbitraje, estando definitivamente firme el laudo no es necesario obtener algún tipo de homologación o autorización para proceder a la ejecución, pues la Ley de Arbitraje Comercial no establece esta exigencia; de manera que el laudo definitivamente firme es título suficiente para iniciar la fase de ejecución del proceso.

Así, de conformidad con el artículo 1.930 del Código Civil:

Los bienes, derechos y acciones, sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o **un acto equivalente**, y que se haya determinado el crédito, cualquiera que sea su naturaleza, en una cantidad de dinero...

Todos estos actos son netamente jurisdiccionales y al establecer la norma en cuestión *actos equivalentes*, no se refiere a actos provenientes de otra función del Estado, como por el ejemplo la administrativa o la legislativa, cuya esencia tiene fundamentos ontológicos distintos a la jurisdiccional, y que si bien pueden afectar el patrimonio de uno o varios sujetos de derecho no lo hacen con vocación definitiva, pues siempre el afectado tendrá abiertas las puertas del *poder de poderes* para atacar el acto o hecho que lo afecta en sus intereses. A mayor abundamiento, las sentencias arbitrales (*rectius*: laudos) producen hipoteca judicial sobre bienes del deudor de conformidad con el artículo 1.888 del Código Civil. Este argumento se suma para abonar la tesis de la cual nos hacemos partícipes, es decir, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

A lo precedente se suma que el reconocimiento que hace la Ley de Arbitraje Comercial a los árbitros para dictar *medidas cautelares*. Siendo que la institución de las medidas cautelares está íntimamente relacionada con la tutela jurisdiccional.

De manera pues, que al haber consagrado el legislador de la Ley de Arbitraje Comercial la potestad cautelar de los árbitros, haciendo especial mención a las *medidas cautelares*, reconoció de manera implícita que la función de los árbitros tiene naturaleza jurisdiccional, por ello, estableció la *garantía de la garantía* (Calamandrei, 1973, 159), elemento de

seguridad para hacer efectivo, eficaz y sobre todo real, la ejecución del contenido del laudo. Así las cosas, es en nuestro criterio, una declaración propia de la Ley, que aceptando los criterios que se manejan sobre la naturaleza de las medidas cautelares, declaró por esta vía que la función de los árbitros tiene naturaleza jurisdiccional.

Finalmente, encontramos un argumento fundamental que corrobora la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Se trata del efecto negativo del acuerdo arbitral. Así se desprende del enunciado que ofrece el artículo de 5 de Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, y es del tenor siguiente:

... 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.

La lógica del efecto negativo del arbitraje es evitar que coexistan dos mecanismos jurisdiccionales en operación (judicial y arbitral), es decir, dos procesos para resolver un mismo conflicto. No tendría sentido alguno no reaccionar jurídicamente frente a la coexistencia de dos conflictos idénticos planteados ante órganos jurisdiccionales diferentes. Conspira esto contra principios como el de seguridad jurídica y contra principios procesales como la celeridad y economía procesal, y con la génesis del arbitraje, es decir, la fuerza vinculante del acuerdo. En el ámbito judicial desde siempre han existido mecanismos para evitar estas situaciones. La existencia del efecto negativo del arbitraje obedece a razones similares a las que se presentan en otros supuestos judiciales, con el agregado de la

fuerza vinculante del acuerdo arbitral. Esto es, escogida la vía arbitral, *en principio*, queda excluida la vía oficial.

En este sentido señala Caballol (1997, 42):

... el efecto negativo no es más que la concreción, en el ámbito del arbitraje, de la segunda parte del artículo 1258 del C.c (Art. 1.160 C.c Ven), en cuya virtud los contratos no sólo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, « sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley ». Como lo pactado en el convenio es acudir al arbitraje y el arbitraje es jurisdiccional, el efecto negativo es una consecuencia que resulta de su naturaleza jurídica. El arbitraje como institución jurisdiccional precisa del efecto negativo para poder evitar que los tribunales lleven a cabo una actuación, que por su carácter irrevocable acabaría frustrando la posibilidad de celebrarlo. Si los tribunales dictan una resolución firme en el litigio será imposible acudir con posterioridad al arbitraje.

En nuestro entender, el fundamento del efecto negativo del acuerdo es la propia naturaleza jurisdiccional del arbitraje, y es que no es posible atribuir ese efecto, exclusivamente, a la fuerza contractual del mismo. Es así, ya que si bien el acuerdo como contrato obliga a las partes a un hacer (resolver la controversia a través de árbitros) y a un no hacer (no acudir a los tribunales oficiales), no tendría la aptitud por ese mero hecho de producir la exclusión de la justicia oficial. Hace falta algo más para excluir a la justicia oficial, y ese “algo” encuentra fundamento en la naturaleza jurisdiccional de la institución. Es decir, como contrato incumplido acarreará las consecuencias que todo incumplimiento produce; pero, va más allá de un simple contrato incumplido, pues al tratarse de un “contrato procesal”, surte eficacia en esta realidad: *impide la intervención*

de la jurisdicción oficial y limita legítimamente el ejercicio del derecho de acción de las partes ante los órganos oficiales para la cognición de pretensión. Como señala Cerri (citado por Henríquez, 2000, 40) “el fundamento del arbitraje voluntario es un poder negociador que incide sobre el derecho de acción”.

Quiere decir esto que las controversias en las cuales exista un acuerdo de arbitraje al ser sometidas al conocimiento de los tribunales de la República y activarse el mecanismo procesal idóneo, deben abstenerse de conocer. Se trata de una consecuencia exclusiva de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, pues no basta para su existencia afirmar que se debe al contrato de arbitraje (acuerdo arbitral). Como señala Caballol (1997, 43) “lo que en el ámbito de la Ley de Arbitraje llamamos *efecto negativo* es una característica inherente a todo sistema jurisdiccional”. Por los momentos queremos destacar que esta *eficacia procesal* (repárese en la frase que acabamos de señalar) del acuerdo de arbitraje, se debe a la naturaleza jurisdiccional de la institución. Si no fuera un mecanismo jurisdiccional, el efecto negativo del acuerdo y la consecuente exclusión de la justicia oficial sería una limitación inconstitucional al derecho de acción. Más no lo es.

La Constitución dicta pautas de protección y promoción de los mecanismos de resolución de conflictos, entre ellos al arbitraje, y se

compromete con la búsqueda de la justicia, la paz y la seguridad. Y para ello establece al *proceso* como instrumento fundamental para la realización de la justicia (la paz y la seguridad). Luego, a su vez, garantiza la libertad de todos los venezolanos de elegir el mecanismo de tutela que mejor convenga a sus intereses.

El proceso como alternativa final que tienen los particulares para resolver el conflicto. Esa alternativa final al ser la arbitral se equipara a la judicial en el sentido que esta no tiene una importancia jerárquica sobre aquella. De manera que el Estado, representado por el Juez, al interpretar el fenómeno arbitral debe hacerlo de la misma manera ontológica que sirve para interpretar el fenómeno judicial. Y tomar en cuenta que tras el arbitraje siempre queda abierta la posibilidad de instar a los órganos oficiales como contralores del arbitraje (v.gr. recurso de nulidad).

1.3. Corolario.

La constitucionalización del arbitraje, aparte de significar el reconocimiento histórico de nuestra tradición Republicana, sobrepasa los límites de la contingente regulación normativa, al ser totalmente coherente con la exigencia global de solución de conflictos reconocida en los instrumentos internacionales que garantizan el derecho de acceso a la justicia de toda persona.

Contextualizar esta realidad dentro de una figura creada formalmente en nuestra Constitución, como lo es el sistema de justicia, significa coordinar los elementos que lo componen para garantizar el cauce efectivo de solución de conflictos, entendido como un aparato de colaboración entre componentes de un mismo sistema. En un primer lugar, con el insustituible subsistema judicial, a la cabeza del sistema, y en segundo lugar, con los mecanismos de la llamada *justicia por consenso*, como lo denomina Duque (2007, 267), específicamente, el arbitraje.

Esto llama a argumentar, y reiteramos, en favor de una necesaria relación de colaboración tanto en el plano ideal como en el de la *praxis* entre estos componentes de heterocomposición, como señala Oppetit (2006, 45): “La justicia estatal y el arbitraje persiguen por vías distintas, pero complementarias el mismo ideal de justicia”.

Al margen de las interminables discusiones sobre la Justicia, habrá que entender que justicia arbitral y justicia oficial, en el contexto de mecanismos de resolución de conflictos, son mecanismos de heterocomposición que parten de una idea matriz, cual es garantizar a las partes un cauce de resolución efectiva de su conflicto a través de un *proceso* (con todas las implicaciones que este último fenómeno representa); de manera que, siguiendo a Oppetit (2006, 50), “la justicia,

globalmente considerada y cualquiera que sean las vías para administrarla, tiende a organizarse hoy en día alrededor de una ética común: la noción de debido proceso”.

Creemos que lo anterior, hace menester reinterpretar los fenómenos que han sido tratados con cierta ligereza, en particular, y para nuestro interés, la excepción de arbitraje, que viene a convertirse en *una genuina garantía procesal* para hacer efectiva la posibilidad de levantar trabas para acceder al arbitraje.

CAPITULO II

GARANTÍAS PROCESALES CONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Aprovechamos esta oportunidad para justificar el título de nuestro trabajo: Perspectiva procesal constitucional de la excepción de arbitraje comercial. Quizás parezca tarde, mas creemos que el hilo argumentativo que intentamos seguir hizo necesario esta postergación. La denominación utilizada: *procesal constitucional*, tampoco es una invención nuestra y mucho menos se usa con fines *esnobistas*.

Se justifica una perspectiva procesal constitucional: 1) En virtud de la fuerza normativa de la Constitución; 2) en virtud del reconocimiento de los mecanismos de Justicia en la Constitución; 3) en virtud de la consagración de garantías procesales en la Constitución; y 4) en el rol de común de los jueces como garantes de la eficacia de las normas constitucionales. La constitucionalización de los derechos y particularmente de derechos y garantías procesales fue conquista de mediados del siglo pasado. En este sentido, Casal (2008, 131) enseña:

Una preocupación fundamental del constitucionalismo europeo y latinoamericano desde mediados del siglo XX fue vitalizar las declaraciones de derechos y libertades públicas mediante la previsión y funcionamiento de medios procesales que aseguren el respeto de los derechos consagrados. Así como desde la celebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

y luego a lo largo del Siglo XIX se desarrolló la etapa de la proclamación y constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, la segunda mitad del siglo XX se caracterizó por los esfuerzos destinados a establecer cauces judiciales efectivos para su vigencia, dando lugar a la era de las garantías.

El derecho procesal constitucional, como una categoría del Derecho Procesal, se enfoca en el estudio de los institutos, mecanismos y métodos procesales de protección de la Constitución. Evitando la polémica del *nomen iuris* asumido, no nos interesa caracterizar sus notas resaltadas comúnmente, v.gr. tribunales constitucionales o salas constitucionales, actos sometidos al control, formas del control: difuso o concentrado, etc., sino afianzarnos de la idea de que todo derecho constitucional debe contar con un mecanismo procesal que posibilite su defensa ante los jueces (garantías idóneas), y parafraseando a García (2001, 8), el derecho procesal va cubriendo vacíos donde hay instituciones que defender.

Dada esta premisa puede preguntarse ¿Qué relación guarda el enunciado precedente con el arbitraje? La respuesta la hemos asomado entrelineas anteriores: El arbitraje como mecanismo de justicia (mecanismo procesal), contextualizado dentro de un sistema de justicia, y soportado por el ideal del *proceso*, toca, necesaria e inevitablemente fibras constitucionales. Tales fibras son, al menos: El *acceso a la justicia*; la *tutela jurisdiccional efectiva*; el *derecho a un Juez de confianza*; y el *principio pro actione* y

pro arbitraje. Todas estas menciones son ideas-fuerza que permiten llenar de contenido el mentado derecho al proceso arbitral.

2.1. Acceso a la justicia

Según el artículo 26 de la Constitución venezolana:

Toda persona tiene derecho de **acceso a los órganos de administración de justicia** para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela de los mismos y a obtener una decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia, gratuita, accesible e imparcial, idónea transparente y autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Sin intenciones de recontar todas las implicaciones que el enunciado normativo contiene, para nuestro interés señalamos que la norma constitucionaliza el derecho de acceso a los órganos de *administración de justicia*. Desde ya, adelantamos la perspectiva amplia de este derecho constitucional, es decir, no se trata sólo del derecho de acceder a los órganos oficiales de administración de justicia, sino también el derecho de acceso a los mecanismos de alternativos de resolución de conflictos, fundamentalmente el derecho de acceso al proceso arbitral.

Este derecho de acceso ha sido consagrado en los instrumentos internacionales de manera reiterada y amplia. Así, el artículo 8 numeral 1° de la Convención Americana de los Derechos Humanos:

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

Asimismo, el artículo 35 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, establece en su parte pertinente:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado competente el recurso.

En el mismo sentido, establece el artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

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

En el mismo contexto de derecho de acceso a la jurisdicción, la Parte II del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o

libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación había sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente judicial, administrativa o legislativa o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso judicial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Las mencionadas normas internacionales integran nuestro ordenamiento jurídico y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Poder Público, tal como lo prevé el artículo 23 de la Constitución de la República:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En el contexto de la constitucionalización de las garantías procesales, en especial referencia al derecho de acceso, señala Comoglio (2004, 215) la necesidad de concebir,

... las garantías mínimas y esenciales del acceso indiscriminado a los órganos de justicia y del derecho individual a un proceso justo, en el cuadro de una efectiva concretización de la tutela de los derechos humanos, así como reconocidos y consagrados en las Convenciones internacionales, a las que se han adherido los Estados.

Esta fuerte corriente de cambio y ampliación de la concepción del derecho de acceso a la justicia ha generado, entre otras, divisiones que sirven

para explicar y entender el tema. Una de ellas, ciertamente útil, es su visualización desde una doble vertiente, a saber, como derecho de acceso material y como derecho de acceso formal.

La primera vertiente del acceso a la justicia, es la del acceso material, que significa el *acceso real* a la justicia, o mejor aun, las condiciones que se ofrecen a los sujetos que intervienen en el fenómeno de administración de justicia para lograr y mantener el desarrollo de un *proceso* hasta su eficiente y eficaz conclusión. Este rubro se relaciona de manera inmediata y directa con la propia obligación del Estado de prestar y garantizar *todas* las condiciones necesarias para un real y efectivo acceso al aparato de justicia. En este rubro se inscriben condiciones de infraestructura, sistemas de información y asesoría, capacitación de funcionarios y auxiliares de justicia, remuneración, órganos de apoyo, etc., en fin, el conjunto de políticas aplicadas para garantizar un aparato que funcione conforme a las severas exigencias de eficacia y efectividad que establece la Constitución.

La segunda vertiente del acceso a la justicia es la del acceso formal. Esta perspectiva del acceso consiste en garantizar al titular del derecho de acción las posibilidades de pedir al órgano jurisdiccional y lograr sin trabas irracionales, la constitución y desarrollo de un proceso. La acción, acicate del derecho de acceso, goza de dinamismo, es decir, no se agota

con su ejercicio inicial (mediante la presentación de una demanda que contiene una pretensión), sino que vive durante el ejercicio de cada instancia (entendida como acto de petición).

Ahora, para nuestro interés solo interesa el momento inicial del acceso a la jurisdicción, momento paradigmático que condiciona la existencia de cualquier otro posterior por lógicas razones. Se trata de las condiciones o requisitos que se exigen para acceder a los órganos jurisdiccionales y para iniciar por tanto un proceso. En este sentido, esta perspectiva de acceso formal implica la mayor libertad, dentro la racionalidad del derecho, para iniciar un proceso, contando con una interpretación progresista de este derecho fundamental. Esto, como hemos afirmado precedentemente, tiene estrecha relación con el mandato constitucional contenido en el artículo 26 en concordancia con el artículo 257 de la Constitución. Sin embargo, en este aparatado queremos justificar el acceso a la justicia, como una posibilidad garantizada por la Constitución, sin una orientación específica. Es decir, como el derecho a la justicia, o mejor dicho, como un derecho a los mecanismos de justicia. Esto permite incluir instituciones que por lo general no son vistas dentro del concepto.

Es ciertamente un enfoque amplio. Como explica Casal (2008, 132):

No existe un concepto único de acceso a la justicia. A la diversidad de sus acepciones contribuyen circunstancias como la disciplina desde la cual se le examina, jurídica o sociológica; la perspectiva normativa que predomine, signada por la regulación o

jurisprudencia constitucional de un determinado país o bien, de los proporcionados por los organismos internacionales sobre derechos humanos, e incluso el enfoque que oriente el estudio del tema. El común denominador a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia reside en la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos o interés o para la resolución de conflictos.

Digamos ya que esta concepción amplia del derecho de acceso a los mecanismos de justicia incluye necesariamente a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Como señala nuestra doctrina:

... forma parte de este derecho, el posible uso que pueden hacer los particulares de las instancias que ha dispuesto el Estado para resolver conflictos adicionales al proceso judicial, tales como las Jefaturas Civiles y los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (Martínez y Perdomo, 2004, 34).

En el mismo sentido, señala Casal (2008, 134):

Tal sentido amplio es apropiado para la realización de una evaluación global de las instituciones y mecanismos vinculados con el acceso a la justicia que examine las relaciones de los sujetos con el sistema en todas sus etapas y modalidades, al igual que la calidad de la respuesta que reciben. Naturalmente, esta visión propugna el concepto del sistema de justicia, el cual se extiende a los tribunales como órganos del Poder Judicial, a la justicia de paz, al arbitraje, la mediación, la conciliación y otros medios alternativos de solución de conflictos.

Según afirma Casal (2008, 123):

... el acceso a la justicia supone la disponibilidad efectiva de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, *de manera oportuna* y con base en el ordenamiento jurídico... Conviene tener presente, además, que el cabal funcionamiento de las instancias ante las cuales se canalizan las demandas de justicia es un factor capital en la construcción de civilidad o ciudadanía y en la consolidación de los valores democráticos, al tiempo que ayuda a mantener la paz social y la seguridad jurídica. En sentido inverso, su

inadecuado desempeño puede erigirse en causa de exclusión y discriminación social, así como de impunidad e incertidumbre, con todas las consecuencias que de ello suelen derivarse.

Sin lugar a dudas hay un derecho de acceso a los mecanismos de justicia, entendido en sentido amplísimo. Incluye esto, por supuesto al arbitraje, es decir, un derecho de acceso al arbitraje como mecanismo de justicia. En este sentido, y rescatando ideas fundamentales dejadas atrás, esta amplia concepción justifica un entendimiento del instituido *sistema de justicia* como un bloque que actúa en armonía y coherencia para garantizar a los sujetos, usuarios o consumidores de la Justicia (como los denomina Morello), un efectivo acceso a los mecanismos que lo integran. E insistimos que si esto es así, como efectivamente lo es, no es posible concebir al arbitraje como un instituto enfrentado con la justicia oficial. Por el contrario, ésta y aquel son dos formas de buscar un mismo fin (llámese Justicia, Paz Social o resolución de conflictos) a través del mismo método (proceso), pero con particularidades propias de cada uno.

Si a esto sumamos que la nota común en el contexto que nos ocupa, es que tanto el órgano oficial como el arbitral responden a la denominación internacional de Tribunal, existe igual derecho de acceso a la justicia para quien escoja la vía arbitral como mecanismo para resolver su asunto. Es decir, no es que el derecho de acceso a la justicia oficial prime sobre el derecho de acceso a los árbitros. Quizás (o seguramente) el paternalismo del Estado ha sembrado esta idea. Por el contrario, escogida la vía

arbitral por voluntad de las partes, por la natural fuerza normativa de todo acuerdo y su esencia procesal, la vía de resolución del conflicto que, en principio, debe ser salvaguardada y garantizada es la arbitral y no la judicial. Esto es lógico, pues no pueden coexistir ambas vías. Una debe excluir a la otra.

Ya decíamos que la piedra angular del arbitraje es el principio *pacta sunt servanda*, con el correlativo efecto de limitar *legítimamente* el derecho de acción ante los tribunales oficiales en cuanto a la cognición del asunto, con la contrapartida de ofrecerlo ante el tribunal arbitral, reiteramos, por acuerdo de las partes.

En este sentido, debe enfatizarse que escogida la vía arbitral, en materia disponible, no se menoscaba el acceso a los órganos oficiales de justicia, es decir, la vía arbitral no obsta a las partes a acceder a la justicia, por el contrario la garantiza en otra sede (la arbitral), y lo que es más claro, por la propia voluntad de ellas. Más aún, escogida la vía arbitral la única instancia jurisdiccional estatal que se limita ante los jueces oficiales es la de *cognición*, con las facultades que dentro de ella se le permiten al árbitro (v.gr. medidas cautelares, régimen probatorio, incluido el aseguramiento de prueba), más otras quedan reservadas a los jueces del Estado, a saber, el uso de la fuerza (*imperium*), la ejecución del laudo.

asistencia en la ejecución de medidas cautelares, conocimiento de recursos contra el laudo,

Por ello, es conveniente adelantar que los jueces del Estado conservan *jurisdicción y competencia* para determinados aspectos del arbitraje cuya eficacia se proyecte en el sistema jurídico territorial de que se trate. Así, también es necesario desmitificar que el arbitraje impida el acceso a la justicia, ya que la justicia no debe entenderse como monopolio exclusivo del Estado, sino como función que por derivaciones históricas y justificación pactista (contrato social) es desempeñada de manera originaria por órganos del Estado, pero que de ninguna manera implica la renuncia a la libertad y derecho de escoger jueces privados para resolver los conflictos.

Esto lleva a su vez a sostener de manera impostergable que el acceso al arbitraje es también una forma de acceso a la justicia. Que dicho sea es antecedente de la justicia oficial, e incluso contribuye a justificar la propia existencia de la justicia oficial. Esto es, que, como se sabe el acuerdo que se ha denominado contrato social, tiene su justificación en un acuerdo multilateral de voluntades de un grupo dentro de un territorio con los fines de alcanzar la ordenación, la paz, seguridad y justicia. Es decir, al margen de la ficción significada en la tesis del contrato social, nos dice que todos hemos escogido nuestra forma de organización política, incluida en ella el

propio funcionamiento de órganos permanentes que resuelvan conflictos. Así, los jueces del Poder Judicial ejercen la función jurisdiccional porque nosotros mismos así lo consentimos. Pero a esta atribución pactista de función jurisdiccional permanente se suma un acuerdo también incluido, cual fue que la existencia de aquellos no menoscabaría la libertad y el derecho de escoger jueces privados que resuelvan los conflictos. Queda claro que la histórica forma de resolver conflictos no fue suprimida, sino conservada.

Así las cosas, es necesario tener presente que la vía arbitral no es un descubrimiento reciente que surgió como contendora de la justicia oficial, ésta surge por la necesidad de institucionalizar órganos permanentes de resolución de conflictos, en vista que la estructura social no podía, por distintas razones, sostener como única forma de resolver conflictos las vías arbitrales. Es decir, la justicia arbitral no era suficiente. Pero esa insuficiencia no significó su desaparición, por el contrario, y reiteramos, se conservó. Se conservó como libertad y derecho fundamental. Por lo tanto, las justificaciones sobre el acceso a la justicia son plenamente aplicables a la *justicia por consenso*, pues es una manera de ratificar la propia eficacia funcional del Estado y de las relaciones internacionales.

Ahora bien, como decíamos *supra*, una de las formas para garantizar el acceso a la justicia es el *acceso formal*. Esta perspectiva del acceso

consiste en garantizar al titular del derecho de acción las posibilidades de pedir al órgano jurisdiccional y lograr sin trabas irracionales la constitución y desarrollo de un proceso. Particular relevancia tiene esta mención sobre la eficacia del arbitraje. En el entendido que teniendo presente una controversia, que fue, por voluntad de las partes sometida a arbitraje (bien antes o durante el litigio), la constitución del proceso arbitral no puede contar con trabas irracionales que impidan su existencia. Para ello es necesaria, principalmente, la actuación predecible de los órganos oficiales, que consiste en integrar mecanismos racionales para conocer de incidencias que se planteen con motivo de una controversia que se les someta a conocimiento en la cual exista un acuerdo arbitral. Particularmente, al conocer de la *excepción de arbitraje* la cual tiene como núcleo hacer valer ante el juez la *eficacia procesal del acuerdo* (efecto negativo), sin someterla a solemnidades no discernibles del sistema jurídico vigente.

Ya nos hemos adherido a la existencia de un derecho al proceso arbitral. Este derecho, desde la perspectiva de *derecho fundamental*, significa un derecho de acceder a la jurisdicción arbitral como mecanismo escogido para resolver la controversia y la correlativa obligación del Estado de procurar salvaguardarlo, y a su vez, como la garantía de este derecho ante los tribunales oficiales. En este ultimo caso, se presenta la ya mentada relación de colaboración y deber de los jueces de promover el

arbitraje, en especial, el del Juez, al conocer de la excepción de arbitraje comercial.

Como conclusión de este número, es necesario destacar que el acceso a la justicia está planamente garantizado en nuestra Constitución y Acuerdos internacionales. Que dicho derecho se extiende al acceso al proceso arbitral como mecanismo de justicia. Y que para hacerlo efectivo es necesaria una interpretación racional de los jueces del Estado sobre la defensa o *excepción* por medio de la que se haga valer el efecto negativo del acuerdo de arbitraje, que funciona como una genuina garantía del derecho al arbitraje. Interpretación coherente con los postulados *iusfundamentales* de acceso a la justicia.

2.2. Tutela jurisdiccional efectiva y arbitraje.

Con la denominación *tutela judicial efectiva* se hace referencia a un derecho fundamental garantizado a las personas para contar con mecanismos jurisdiccionales aptos y capaces de satisfacer las pretensiones jurídicas que planteen. En este sentido, sostiene Ortiz-Ortiz (2001, 142):

El Estado de Derecho, es, ante todo un “estado de tutela”, esto es, una organización jurídica mediante la cual se ampara y protege a los ciudadanos en el goce efectivo de sus derechos subjetivos (individuales y colectivos).

Según indica Ortiz-Ortiz (2001, 143), el origen de la tutela judicial efectiva debe buscarse en el artículo 24 de la Constitución de Italia de 1947, y los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Según la Constitución italiana:

Artículo 24 de la Constitución Italiana. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari. (Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento. Se asegura a aquellos de menor recurso, con instituciones pertinentes, los medios para actuar y defenderse frente a cada jurisdicción. La ley determina las condiciones y los modos para la reparación de los errores judiciares).

Por su parte la Ley Fundamental de Bonn de 1949, establece en su numeral 4° del artículo 19:

Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer el recurso, quedará abierta la vía judicial.

El artículo 103.1 establece:

Todos tienen derecho a ser oídos ante los tribunales.

Asimismo, la tutela judicial efectiva fue prevista expresamente en la Constitución Española de 1978. El artículo 24 prevé:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

No han sido pacíficas las definiciones sobre tutela judicial efectiva. Algunos incluyen en ella al derecho de acceso y del debido proceso, otros los excluyen. En nuestro humilde criterio, la tutela efectiva debe ser entendida como un derecho ontológicamente independiente, que no divorciado del acceso a la justicia y el debido proceso. En el entendido que los mecanismos de justicia sirvan de manera real y verdadera para los fines para los cuales fueron instituidos.

En general, que la justicia sirva para tutelar pretensiones e intereses y resolver los conflictos, no como una promesa vacía, sino como una realidad materializable. Es decir, no basta con que los órganos jurisdiccionales existan y/o se garantice el acceso, ni que se garantice el debido proceso; es necesario que funcionen *bien*, con calidad y emitan pronunciamientos en tiempo, a través de procedimientos que tengan correspondencia con los planteamientos pretensionales que eleven a su conocimiento los sujetos, proveyéndoles de respuestas oportunas y que puedan ejecutarse efectivamente. Es decir, estamos más cerca de una búsqueda objetiva de resultados: El proceso como mecanismo que resulte efectivo a las pretensiones. Que las tutele de verdad.

¿Cómo conseguirlo? Creemos que para ello resulta menester alcanzar varias condiciones: la *ragionevole durata* o duración razonable del proceso; la correspondencia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional con las pretensiones sometidas a conocimiento del órgano; idoneidad del tribunal en cuanto a su competencia, capacitación y actividad de juzgamiento para resolver el conflicto; la posibilidad de asegurar preventivamente (medidas cautelares) y definitivamente (ejecución de la sentencia definitivamente firme) la efectividad del proceso.

Ahora bien, para tomar estas premisas y usarlas como justificación del arbitraje es necesario hablar no ya de tutela *judicial* efectiva sino de *tutela jurisdiccional efectiva* como bien lo señala Hernández-Bretón (2005, 29):

... Lo cierto del caso es que el derecho al arbitraje tuvo reconocimiento constitucional expreso en Venezuela y que tiene carácter de derecho fundamental, asociado al derecho de acceso a la justicia, a la tutela efectiva a secas, o tutela jurisdiccional efectiva – la cual va a resultar una versión ampliada del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 26 constitucional.

Si de tutela efectiva se trata, creemos que resulta mucho más conveniente hablar de *tutela jurisdiccional efectiva* o de *tutela procesal efectiva*, como versión ampliada de la tutela judicial, pues con ello se quiere significar que el proceso y la jurisdicción deben ser capaces de satisfacer, real y verdaderamente, las pretensiones de tutela que los particulares les planteen. Luego, si se admite, como lo hemos hecho, que

la *jurisdicción* no es monopolio exclusivo del Estado y que existen mecanismos, particularmente el arbitraje, que lo demuestran, la tutela efectiva no es sólo *judicial*, sino también *jurisdiccional*.

En este sentido, la doctrina ha sostenido que a través del arbitraje es posible alcanzar el *desiderátum* de tutela efectiva, pues la solución de conflictos mediante los órganos judiciales resulta insuficiente ante las demandas de una sociedad que crece ferozmente, mundializada con la llegada de los mecanismos que aquel pretérito futuro nos había prometido, sumado a un estado patológico de crisis por la cual atraviesa la justicia oficial en la mayoría de los países. Así, señala Caivano (2008, 25):

Si no se admite la utilización sin trabas de otras formas de solucionar los conflictos, se deja al ciudadano en una situación de indefensión y a la sociedad sin remedios adecuados para la solución de los conflictos. En este sentido, el arbitraje puede ser una de las fórmulas a través de las cuales se asegure a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente, administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles. Así, el arbitraje asume una clara función social, desde que puede, junto con otros métodos alternativos, constituir una malla protectora de la justicia que retenga asuntos que no requieren el desgaste del sistema judicial.

El arbitraje debe ser visto como un mecanismo más para resolver conflictos. No como un antagonista de la justicia oficial, sino como un colaborador. Por otra parte, tampoco debe considerarse que el arbitraje sea la *panacea* para revertir el estado de caos de la justicia oficial. Por el contrario, si bien el arbitraje puede ayudar a la descongestión de causas

en tribunales oficiales esa no es su finalidad, y en todo caso sería una finalidad contingente y accidental, más nunca una justificación racional de su existencia. El arbitraje, como señala Caivano (2008, 39), debe independizarse de la crisis judicial. En este sentido Benetti (2001, xiv) señala:

El arbitraje es un sistema alternativo de gran utilidad, sin que tampoco pueda creerse que sea el medio ideal para resolver los problemas que aquejan a nuestra administración judicial, la cual de otro lado debe ser fortalecida sin ahorrar esfuerzo alguno, como pilar fundamental que es de la organización republicana de nuestra sociedad.

Ahora, volviendo al tema del arbitraje y la tutela jurisdiccional efectiva, rescatamos lo dicho precedentemente en cuanto a algunas condiciones necesarias para obtener tutela efectiva. A saber: la *ragionevole durata* del proceso o duración razonable; la idoneidad del mecanismo jurisdiccional con las pretensiones sometidas a conocimiento del órgano; idoneidad del tribunal en cuanto a su competencia, capacitación y actividad de juzgamiento para resolver el conflicto. Cuando alguna de las partes eligen al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, se supone, han tomado en cuenta las ventajas que el arbitraje puede procurarles.

Tales ventajas son caracterizadas por la doctrina. Sin embargo, queremos manifestar que la caracterización de las ventajas no significa de manera alguna indicar presupuestos necesarios para acudir al arbitraje, sino las circunstancias que, por lo general, hacen atractivo y conveniente a este

mecanismo de resolución de conflictos. Haciendo una apretada síntesis, las ventajas del arbitraje son:

- La *rapidez* o *celeridad* en la resolución del litigio. Las partes escogen un(os) juez(ces) privado(s), llamado(s) árbitro(s), que en la mayoría de los casos se dedican de manera exclusiva a resolver el litigio, lo que constituye una ventaja básica en cuanto a la celeridad el proceso arbitral. Además, las leyes de arbitraje establecen lapsos de duración del proceso, o las mismas partes lo fijan, o los reglamentos de los centros que administran arbitrajes institucionales prevén una duración. Con esto es evidente que las partes saben con antelación al litigio y durante él, cuánto tardará su resolución.
- En estrecha relación con el punto anterior, figura el hecho que existen determinados contratos y relaciones jurídicas de larga duración, donde es necesaria una renegociación permanente por distintas causa y el arbitraje se presenta como un mecanismo efectivo para solucionar en tiempo y sin obstruir la continuidad de la relación entre las partes.
- La *especialidad* de los árbitros para resolver conflictos. De hecho, aparte de la justificación anterior, la principal razón para escoger la vía arbitral se debe a la complejidad del asunto sobre el que versa el conflicto. Esta *especialidad* en cuanto al arbitraje institucional es mucho más probable, en el entendido que, por lo general, la

mayoría de las instituciones que prestan el servicio tienen respaldo profesional y especializado, y rigurosas normas y procedimiento para la selección de los árbitros.

- La *complejidad* de los asuntos en conflictos es causa eficiente para someterlos a arbitraje. Al tener los conflictos naturaleza compleja sucede que el conocimiento para la mejor posible solución del mismo está en pocas manos. Esto no obsta, demás está decirlo, que puede cualquier sujeto someter su conflicto a arbitraje, sin necesidad que sea complejo o que su árbitro sea especializado, pues basta que *confíe* en él. Con relación a los asuntos complejos señala Morello (1990, 149):

... se va coloreando un modelo de justicia contenciosa que no puede alojarse ni ser abastecido con comodidad funcional dentro de los parámetros estereotipados que diagraman los procesos simples, seriados, reiterativos o con predominio exclusivo de hechos de circumscripción expresa.

Enfrentamos controversias que no son homogéneas ni en la comprensión fáctica o jurídica pueden parificarse a las habituales. Perfiles netamente diferenciados, otros matices y dificultades, adornan la esencia de los procesos complejos.

- El costo del arbitraje. El arbitraje implica un costo *predecible* para las partes, como dicen Feldstein y Leonardi (1998, 21) posibilita a las partes calcular los riesgos económicos del trámite arbitral. Esto no implica que un conflicto sea más económico litigarlo ante la justicia arbitral que frente la justicia oficial; ocurre que en ésta última se conoce cuándo se inicia el proceso, más no cuándo termina. En el arbitraje sí. Lo cual representa un ahorro para las

partes. Como señalaba Couture: “En el proceso el tiempo es más que oro, es justicia”.

- En el arbitraje hay *inmediación*. Esto permite a las partes estar en contacto con los árbitros durante el desarrollo del proceso, y éstos están en contacto directo con las pruebas.
- Existe *confianza* en el árbitro como juez privado. Por lo general, dado que las partes conocen al árbitro, pues son ellas quienes, en principio, lo eligen, confían en él. Confían en su imparcialidad como juzgador y en sus capacidades y aptitudes para resolver el conflicto. Claro que no en todos casos es así.
- La *informalidad* del procedimiento arbitral es otra de las ventajas del proceso arbitral. El arbitraje como mecanismo es por esencia *dispositivo*, son las partes quienes lo acuerdan y ellas mismas pueden establecer los trámites del procedimiento. En este mismo sentido pueden pactar que el mismo sea mucho más informal que lo que las propias leyes de arbitraje prevén, con la salvedad que debe respetarse el contenido mínimo de las garantías procesales de las partes y las potestades jurisdiccionales de los árbitros. En todo caso, en el proceso arbitral las formalidades y solemnidades propias de los procesos judiciales están atenuadas, más no desaparecidas.
- La *confidencialidad* o privacidad es un motivo esencial para someter una controversia a arbitraje. La mayoría de los

ordenamientos garantizan a las partes que su controversia no será pública, en el entendido de publicidad como regla de juzgamiento que informa a los procesos oficiales. De ahí que se sometan a arbitrajes asuntos que requieran, parcial o total, reserva.

- Menor grado de enfrentamiento entre las partes. Como señalamos *supra*, siguiendo las ideas de Alvarado, el arbitraje nace de un *principio de autocomposición*. Quiere decir que las partes para resolver un conflicto están de acuerdo en algo: en cómo resolverlo. Esto no ocurre p.ej., en los casos que el conflicto trasciende a la esfera judicial, última etapa de escalada del conflicto en la cual es muy difícil o casi imposible, que las partes lleguen al mínimo grado de entendimiento, e incluso a que conserven sus relaciones. En el arbitraje, por lo general, están concientes que tarde o temprano pueden surgir diferencias que los lleven a un conflictos, pero con el fin de no interrumpir o romper su relación en tales casos la vía arbitral, que parte de ese mínimo acuerdo, puede servir no sólo para resolver el conflicto sino para conservar la relación. No obstante, no debe olvidarse que el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición, por lo tanto adversarial y adjudicativo. En este sentido, señala Mezgravis (2006, 399):

El arbitraje, si bien es cierto que es un proceso adversarial, no es menos cierto que se desarrolla en un clima mucho menos hostil que el judicial. El simple hecho de que sea confidencial, y que las partes estén en contacto directo y permanente con los árbitros, hace que ellas mismas moderen sus conductas y agresividad.

- El arbitraje excluye juicios que aumenten el congestionamiento de la justicia oficial. Como indicamos, la justicia arbitral no es una fórmula mágica de salvación de la crisis de la justicia oficial, pero su eficacia y actuación hace un favor a ésta. Esto puede ser visto por las partes como un motivo para acudir al arbitraje, en el entendido que prefieren someterse a una justicia predecible en cuanto a costos y duración en tiempo, que a una congestionada e impredecible en cuanto a costo y tiempo. A pesar que el arbitraje no debe vivir de la crisis de la justicia, hay que ser sinceros y aceptar que es un motivo, tangencial, que lleva a las partes a celebrar un acuerdo arbitral. Pero la aspiración es, como señala Caivano (2008, 41):

... que el arbitraje comience a ser visto como una formula digna de ser considerada a la hora de escoger la manera de dirimir una contienda, con total abstracción de cómo se encuentre funcionado el Poder Judicial. Nos parece que atar su suerte a la crisis judicial es minimizar su validez, condicionar su efectiva vigencia, y perder de vista su actitud general como método alternativo de resolución de conflictos.

- La deslocalización del tribunal arbitral es interesante motivo para pactar “jueces nómadas”. No sujetos a los límites territoriales e incluso de acceso temporal (horas de despacho, etc.).
- O simplemente la solvencia moral del árbitro, puede ser determinante para dejar en sus manos la resolución de conflictos.

En síntesis, las ventajas del arbitraje o razones para estimarla un mecanismo de justicia apropiado para resolver un conflicto, pueden sintetizarse en la siguiente expresión de Morello (1990, 155):

Se ha señalado en este orden, que se opta por el proceso arbitral cuando se busca “el juicio de personas a quienes se considera particularmente idóneas en determinada materia o de especial confianza; el deseo de obtener la resolución de una controversia en forma mas rápida y menos dispendiosa; la conveniencia de sustraer el proceso de publicidad o la necesidad de valerse de ciertos documentos que transgreden las exigencias fiscales, esos matices de reserva –y el carácter confidencial de las actividades- de las Cortes de Arbitraje internacionales contribuyen igualmente (en especial en el área de las relaciones empresariales) a considerar al conflicto (controversia) como un episodio más de su accionar, que al ser circunscripto a la composición arbitral no producirá una fractura en el orden de las relaciones permanentes (sin gravitar de forma negativa en el futuro de las mismas).

Si tomamos en cuenta que los sujetos tienen un derecho universalmente reconocido de acceso a los órganos de justicia, entendidos en un sentido amplísimo, pero que además tienen derecho a que la tutela que pretenden ante éstos sea *efectiva*, real y verdadera, pero también eficaz, sin duda alguna la vía arbitral debe ser entendida como un mecanismo adecuado para tal fin. Como señalan Feldstein y Leonardi (1998, 56 y 58):

...en pocos años se han multiplicado las relaciones personales, sociales, políticas, culturales y económicas y esa tendencia se acentúa... el arbitraje aparece con fuerza incontenible como el medio más apto para lograr zanjar los diferendos que engloban problemas novedosos de un orden mundial nuevo... Estos cambios jurídicos estructurales están reclamando, ante conflictos y divergencias, formas de solución ajustadas a sus necesidades. Requieren una justicia nueva, en el sentido de que ella contenga reglas flexibles, actuales, confiables y a la vez previsibles. La justicia del Estado nace a través de un largo proceso burocrático, el arbitraje tiene suficiente fluidez como para convertirlo en herramienta adaptable a cada caso.

Pero con ello no postulamos la perfección *per se* del arbitraje, sino el respeto y reconocimiento que debe el Estado a la elección legítima que hagan las partes de este mecanismo por considerarlo según las circunstancias que muevan sus intereses, la vía idónea para resolver sus conflictos, sea una ilusión o no, es la elección soberana de la libertad inherente a cada cual. Por lo tanto, la *tutela jurisdiccional efectiva* además de resultados reales, es también expectativa legítima. Y en el arbitraje, los tribunales deben tener presente tales circunstancias. La justificación fundamental del arbitraje es la libertad del hombre frente al Estado, la República y la democracia. Luego, es evidente que “existe una relación directa entre arbitraje y democracia” (Feldstein y Leonardi, 1998, 58).

Una sociedad que no sabe brindar soluciones sencillas y prácticas a sus miembros conforma un entorno de baja calidad de vida por estar perturbada la relación social (Feldstein y Leonardi, 1998, 62).

Para cerrar este número, citamos la opinión de Caivano (2008, 101), quien refiriéndose a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, señala:

En el aspecto valorativo del problema, también ha sido dicho que para lograr su objetivo (mantener la paz y dar soluciones a los conflictos) no basta a la organización social con establecer una jurisdicción y dictar las normas por las cuales se habrá de regir. Es necesario, además, que la solución que esa jurisdicción procura, llegue en tiempo y forma, pues una definición tardía del conflicto equivale a una denegatoria de justicia.

2.3. Derecho a un “juez” de confianza

Una idea que ha persistido, digamos que desde siempre, es que los hombres son libres de resolver sus conflictos de la manera que se ajuste a sus intereses siempre y cuando no se transgredan los intereses comunes del conglomerado (conocido como interés general [nacional, internacional], orden público [nacional, internacional], *ius cogens*, etc.). Dentro de esta lógica, existió antes de los procesos oficiales esta posibilidad, cual fue el origen histórico del arbitraje, como antecedente del proceso. Con el debido respeto, saltando indiscriminadamente en los tiempos de la historia, es preciso destacar que esa posibilidad subsistió y subsiste. Aún con la llegada de la República y sus Poderes, la idea de resolver el conflicto con persona de confianza se mantiene.

¿Y esto porqué?

Como señalamos *supra* hay una escala de remedios que tienen las partes para resolver sus conflictos legítimamente. Partiendo desde el arreglo directo, en un extremo, hasta el litigio judicial, en el otro. Todos los mecanismos puestos a la orden de las partes, parten de la idea de *razón*, en el entendido de que buscan que las partes consigan *motu proprio* razonar para resolver su conflicto, o que sea un tercero quien dé razón a las partes, *para que entren en juicio aquellos que no lo tienen* (Carnelutti, 2007, 33). En este último escenario, las partes pueden acudir a los órganos oficiales, en cuyo supuesto, en principio, no habrá un ápice de

razones encontradas entre ellas. Pero también las partes en un punto anterior al de escale judicial del conflicto, pueden *encontrar razones* para que un tercero sea quien lo resuelva.

Parece innecesario argumentar a favor de la libertad de las partes para escoger un Juez de su confianza, sin embargo, nada debe darse por entendido, más cuando se trata de hacer valer derechos y justificarlos.

Ciertamente el arbitraje por regla general se pacta con anterioridad a la existencia del conflicto. En este estado de cosas, las partes comúnmente se limitan a pactar el acuerdo de arbitraje sin alusión alguna al árbitro (la persona) que resolverá la eventual y futura controversia. Sin embargo, así no elijan al árbitro en el instante de suscribir el acuerdo, hay una posibilidad de elección que nuclea a la institución, al punto que una vez surgido el conflicto la posibilidad se hace realidad. Es pues una posibilidad que otorga un *plus* al arbitraje como mecanismo de justicia, y se relaciona de manera inmediata y directa con la libertad que tienen los hombres de elegir. Aunque parezca odioso resaltar las ventajas del arbitraje en demérito de la justicia oficial, es un punto de comparación inevitable, pues ambos son los mecanismos de heterocomposición más familiarizados, a saber, con la idea de proceso. Por lo que vale decir que en el proceso judicial difícilmente se ve esta libertad, aunque no está excluida, pero en todo caso se trata de formulas que parten de los

mismos principios del arbitraje. La elección por las partes de un juez es pues una razón esencial que destaca la relación del arbitraje con la libertad del hombre.

La conquista de la razón justificó la libertad del hombre como principio rector del mundo contemporáneo y como derecho fundamental esencial. El hombre nace libre, y esta libertad sólo puede ser restringida o limitada para tutelar otros bienes y derechos, siguiendo un método o parámetros para su limitación. La libertad está consagrada en la Constitución de Venezuela en el artículo 20, según el cual:

Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

El hombre es fin en sí mismo. El Estado y todas las derivaciones burocráticas que de él dimanar son creaciones del hombre y para el hombre. Es decir, el Estado no es un fin en sí mismo, sino una organización creada por el hombre, para conseguir fines y objetivos propios que la asociación entre personas comporta. Sobre esta base el hombre al asociarse y crear sistemas de normas no renunció a sus derechos y libertades naturales, más sólo los limitó en determinados ámbitos, dejándola incólume y en su estado de naturaleza en otros. La libertad fue uno de esos ámbitos. Libertad personal (Artículo 44 de la Constitución), libertad de asociación (Artículo 52 *eiusdem*), libertad económica (Artículo 112 *ibidem*), libertad de expresión (Artículo 57

eiusdem), libertad de religión y culto (Artículo 59 *eiusdem*), libertad de conciencia (Artículo 61 *eiusdem*), garantía de juzgamiento en libertad como regla (Artículo 44 y 49 *eiusdem*), libertad de trabajo (Artículo 87 *eiusdem*), libertad cultural y científica (Artículo 98 *eiusdem*), libertad de educación (Artículo 103 *eiusdem*), libertad de elección y disposición de bienes y servicios (Artículo 117 *eiusdem*), etc. En fin, el conjunto de derechos y garantías de la Constitución están destinados, en una u otra forma, a proteger *la libertad* del hombre.

En el ámbito que nos ocupa, el artículo 20 de la Constitución antes transcrito sirve de plataforma para justificar desde la perspectiva *iusfundamental* la libertad implícita en la elección del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos. La libertad es conservada y protegida desde esta plataforma general de la libertad y desde otras como la prevista en el artículo 258 de la Constitución, según el cual:

La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces y juezas de paz serán elegidos y 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.

En la elección voluntaria de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es patente la exteriorización de la libertad del hombre, pues todos cuentan con un necesario *gen* de consensualidad, es decir, la libertad de elección del medio de resolver los conflictos que nos

conciernen. El sistema Judicial es un aparato necesario en la configuración del Estado, pero no es obligatorio acudir a él para heterocomponer los conflictos, pues existe la opción de elegir soluciones que parten de un principio de autocomposición, p.ej., el arbitraje, que facilitan a las partes la posibilidad de que dentro de su esfera de libertad seleccionen el remedio que mejor se adapte a sus necesidades, intereses y posibilidades.

La más ubérrima expresión de libertad en el sentido antes enunciado es la libertad y derecho de escoger personas que merezcan su confianza para resolver su litigio. En este sentido Borjas (1979, 13) nos decía:

...el derecho a comprometer y el arbitramento, que es su consecuencia, no emanan, como se asevera generalmente, del libre derecho que de contratar y de disponer de sus cosas tienen las personas capaces de obligarse, sino del derecho natural que corresponde a cada cual de pedir y obtener justicia y de que le sea administrada por persona que merezca su confianza. Si solo se tratara, al comprometer, de celebrar un avenimiento en que se dispusiese del derecho o de la cosa en litigio, el juicio y la decisión arbitrales no serían en fin de fines sino una transacción, una verdadera transacción extrajudicial, y no como realmente son, un juicio y una sentencia susceptibles de revisión en alzada; un arreglo amistoso entre partes, y no un acto jurisdiccional. La ley y no las partes es la que inviste a los árbitros de la autoridad necesaria para ejercer la función de sentenciar, que es un acto de soberanía.

Como se verá esta libertad de elección, que se exterioriza en toda su expresión en el arbitraje, va de la mano con las referencias previas que hacíamos sobre el acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, en el entendido que éstos dan una fuerza tremenda a la justificación de la

libertad de elección de jueces privados (árbitros). Aparte de ello, la libertad que puede estar implicada en la elección del mecanismo de resolución de conflictos que prefieran las partes, estará en cierta medida relacionada con libertades puntuales, como p.ej., la libertad económica, pues el arbitraje, particularmente el comercial, está diseñado para resolver conflictos comerciales que requieren un abordaje expedito para la continuidad de operaciones de agentes del comercio.

Las razones para elegir un árbitro varían en cada caso, y, como señalamos, están directamente relacionadas con las propias ventajas del arbitraje. Las partes por razones que le son propias, prefieren que su conflicto actual o eventual sea resuelto por árbitros y no por la justicia oficial. Como señala Oppetit (2006, 41):

... las formas de justicia privada adquieren por ellas mismas una legitimidad independiente de todo reconocimiento estatal. El juez privado, quien no puede apoyarse como el juez público de la inserción en el aparato estatal en cuyo nombre dice el derecho y resuelve los litigios, encuentra en su aptitud a juzgar una legitimidad propia, fundada en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, su competencia y su neutralidad: la adhesión voluntaria del justiciable se sustituye al efecto de autoridad que sólo conoce la justicia pública.

2.4. Principio *pro actione* y principio *pro arbitraje*

Como principio *pro actione* ha entendido la doctrina moderna y jurisprudencia la necesidad de interpretar al ejercicio del derecho de acción de manera *progresiva*, o mejor entendido, como interpretación

favorable al ejercicio del derecho de acción. Es decir, que la interpretación de las normas procesales debe siempre estar orientada a permitir el ejercicio efectivo del derecho de acción y acceso a la justicia sin trabas irracionales que impidan el efectivo ejercicio de este derecho. En este sentido señala Casal (2008, 138) que el acceso a la justicia:

... no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o que restrinjan injustificadamente dicho acceso. Además, en virtud de esta derivación del derecho a la jurisdicción se ha reconocido el principio *pro actione*, es decir, el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también obliga a evitar todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que pueden ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo. El libre acceso a la justicia se opone asimismo a cualquier discriminación.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido el mentado principio. Así, en sentencia N° 389 del 7 de marzo de 2002 (ratificada en fecha 9 de octubre de 2006, caso: *Inmobiliaria MV Lander Gallegos*, ponencia: Carmen Zuleta de Merchán), reconociendo la vigencia del valor justicia previsto en el artículo 2 de la Constitución, señaló, que tal como lo prevé la norma fundamental, se realiza a través del proceso. Y dentro de las garantías para el desarrollo de éste se encuentra la garantía de una justicia “sin formalismos o reposiciones inútiles” o la del no sacrificio de la justicia por “la omisión de formalidades no esenciales”, previstas expresamente en sus artículos 26 y 257, sosteniendo que el principio de informalidad del proceso se constituye en una de sus características esenciales. Como tal –continúa la

Sala – es elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales.

Señala la Sala que a la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso. Continúa señalando –el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Respecto a las formalidades como limitación, señala la Sala Constitucional:

... Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumplan con los elementos antes descritos es que debe contraponer el

incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*.

Resulta pertinente citar sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 90/1983 del 7 de noviembre de 1983, que precisó:

'Ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justiciados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente'.

De allí que para poder desestimar o inadmitir la pretensión del justiciable tenga que analizarse los elementos descritos en párrafos anteriores, para luego determinar si esos eran formalismos intrascendentes o no esenciales, caso en el cual el proceso debe seguir, o por el contrario si esos formalismos eran trascendentes o esenciales, caso en el cual, puede terminarse el proceso anticipadamente.

Es evidente pues, que conforme al criterio de la Sala Constitucional las formalidades para el planteamiento y postulación de pretensiones (y también de *excepciones*, demás está decirlo), deben cumplir ciertos requisitos. De manera que la formalidad por la formalidad no es un argumento racional. Adelantándonos a nuestras conclusiones, estas ideas serán el eje de argumentación para justificar que la *excepción de arbitraje en Venezuela*, al no tener ninguna norma legal que la prevea expresamente, en cuanto a su forma de postulación, debe ser entendida racionalmente sin que sea prudente establecer formalidades no regladas.

En otro fallo de la Sala Constitucional, recaído en el caso: *Alí José Rivas y otros*, fechado 15 de diciembre de 2005, expediente n° 05-1212, ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño dejó establecido el alcance del principio *pro actione*, señalando el deber de entender que las condiciones y requisitos para el acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción, toda vez que

(...) el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional n° 1.064/2000 del 19 de septiembre).

Continúa la Sala:

...En aras de lo anterior, deben reflexionar nuestros órganos jurisdiccionales sobre las posturas o criterios mantenidos por esta Sala así como por órganos jurisdiccionales en el Derecho Comparado, en cuanto a la correcta ponderación a la que deben ser sometidos los requisitos de admisibilidad cuando estos de alguna manera pudieren constituir una vulneración a la tutela jurisdiccional, tutela esta que debe brindar el estado a través del acceso efectivo a la justicia... Omissis...

En este sentido, la manera en que deben entenderse las formalidades para el planteamiento de pretensiones, demandas, excepciones, defensas y demás peticiones, si bien tienen que estar en armonía con las formas procesales previamente establecidas, la forma debe estar ordenada a conseguir una finalidad racional, legítima y útil. Justificar las formas es justificar el propio orden del proceso, y así, la grandísima seguridad

jurídica. Conceptúa la forma Alsina “como el modo de expresión de la voluntad”. Luego Alsina (1982, 714) justifica la necesidad de las formas procesales señalando:

a) La lealtad del debate, la igualdad de la defensa y la rectitud en la decisión, exigen que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas... Omissis... c) Pero las formas tienen, por el contrario, el inconveniente de que imponen una demora en la tramitación de los procesos, elevan su costo y, cuando son excesivas, los términos se invierten, por que el derecho sustancial para cuya realización han sido establecidas, resulta sacrificado a las exigencias de las formas. Dos son los intereses a conciliar en esta materia: la celeridad y la seguridad... Omissis... d) La dificultad está en encontrar el término medio adecuado, según las necesidades y condiciones de la vida en un momento determinado.

Para Alvarado (2008, 221) la forma permite mantener el orden mínimo que se requiere para asegurar la vigencia de dos valores de la mayor importancia para la pacífica convivencia de los hombres: la certeza y la seguridad jurídica. Sin embargo, señala que:

... esta exacta idea no puede generar un formalismo extremo, del cual debe huir el legislador pues a menudo crea un abismo insondable entre el proceso y la realidad de la vida. Pero no puede negarse seriamente que debe respetar e imponer un mínimo de formas en orden a la naturaleza del derecho en general y, muy especialmente, de los actos procesales... (Alvarado 2008, 221).

Ciertamente la mayoría de los ordenamientos jurídicos adoptan la regla procesal o principio de *legalidad de las formas*, en oposición al de *libertad de las formas*. Lo propio de la legalidad de las formas procesales es garantizar *legalmente* reglas claras y previas para efectuar un debate seguro y predecible en cuanto a su desarrollo. Nuestro Código de

Procedimiento Civil asume aquella regla de la legalidad de las formas; así en su artículo 7 establece:

Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

Ahora, como es lógico, fue imposible que el legislador previera todas las posibles necesidades procesales en el Código o en cualquier otra ley. Muchas actuaciones judiciales o de las partes no están expresamente reglamentadas. La *excepción de arbitraje* no se encuentra prevista en la ley, al menos no en el caso del arbitraje comercial, pero para nadie es secreto que esta defensa tiene como objeto separar a los jueces oficiales del conocimiento de un asunto reservado con carácter exclusivo y excluyente al conocimiento de árbitros. De manera que esta falta de regulación legal de la forma procesal de plantear la excepción no puede conspirar contra su propia eficacia. Por el contrario, y rescatando los argumentos sobre el principio *pro actione*, dado que con ella se pretende no sólo ejercer el derecho a la defensa sino también el *derecho al proceso arbitral*, se impone la necesidad de alcanzar una interpretación racional e idónea para lograr el fin de la defensa, para ello no es necesario acudir a solemnidades o formas no escritas en nuestra Ley.

A lo anterior se suma un principio arbitral presente en la materia y que tiene relación directa con el tema, fundamentalmente en el asunto interpretativo. Se trata del principio *pro arbitraje*. Según Hung (2001, 118):

... Si partimos del hecho de que nuestro legislador ha consagrado el proceso arbitral tanto en el CPC como en la LAC, y además ordena en la CBV la promoción de tal medio de solución de conflictos (Art.258), es coherente llegar a la conclusión de que nuestro ordenamiento positivo está interesado en su plena vigencia, en su aplicación y en el cumplimiento de sus finalidades específicas. Como corolario de este postulado, creemos que es posible afirmar la vigencia del principio a favor del arbitraje; principio conforme al cual se debe tratar de sostener su validez en todos aquellos casos de duda, siempre que tal admisión no conduzca a una violación de normas de orden público ni atente contra las buenas costumbres...

Con relación al principio *pro arbitraje* ha señalado la Sala Constitucional:

(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje* (...) -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-.

Tanto el principio *pro actione* como el *pro arbitraje* influyen necesariamente en la manera de concebir la forma de plantear la excepción de arbitraje. La excepción de arbitraje es una defensa invertebrada, en el entendido que no tiene forma o cauce legal establecido para su postulación. Va contra los principios mencionados el concebirla bajo parámetros *formulistas*, es decir, crear jurisprudencialmente formulismos se erige como aquellas causas o

barreras de acceso a la justicia que a menudo pasan inadvertidas (Casal, 2008, 134). Como señala Casal (2008, 126)

... entre los muchos factores que coadyuvan a los desajustes entre las exigencias de justicia de grupos numerosos de la sociedad y el marco legal vigente. Cabe mencionar, entre otros... el *formalismo jurídico que a veces silencia los reclamos de la realidad; la ciega subordinación del juez a la ley*, que prescinde de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos...

Como se ha tratado de dejar explicado, la excepción de arbitraje comercial tiene una particularidad, cual es que la misma funciona como mecanismo que permite abrir a una de las partes la puerta del arbitraje. Es decir, es una garantía procesal para el acceso al arbitraje. Ahora, esta garantía que se activa mediante el mecanismo procesal adecuado (excepción) debe ser redimensionado, en el entendido que su actual tratamiento (excepción de falta de jurisdicción) desde su imposición jurisprudencial, no se compagina con los postulados desde donde se proyecta el arbitraje como institución, y mucho menos, para hacerla funcional.

Por otra parte, recordamos que no se trata ya de un mero problema de legislación local, sino de incumbencia global. El arbitraje es el foro por excelencia para resolución de disputas internacionales, y esto lo califica como un mecanismo de justicia sin fronteras. Pero además obliga a los posibles sujetos involucrados a tener una actitud receptiva a su respecto como una opción más de justicia. Esto puede concretarse asumiendo una

actitud *pro actione* respecto al planteamiento de la excepción de arbitraje comercial y *pro arbitraje* en el conocimiento de la misma; esto, pues no hay forma legal prevista que imponga un tratamiento solemne a esta defensa. Desde luego que en rigor es necesario agotar las fuentes que puedan servir para llenar de contenido a esta defensa, donde el recurso a la analogía será la mejor herramienta.

Por los momentos rescatamos las siguientes ideas: el arbitraje ha sido contitucionalizado en la Constitución de 1999, como reedición de tradición republicana; esta constitucionalización se contextualiza en un texto supremo que consagra y protege la justicia, y para su función y alcance se institucionaliza al sistema de justicia. Dentro del sistema de justicia, y sus tantos componentes, muy importantes resultan los medios alternativos de resolución de conflictos, dentro de los cuales se inscribe el arbitraje. Asimismo, el arbitraje como mecanismo de justicia encuentra protección en normas constitucionales y su relación estrecha con las garantías procesales constitucionalizadas como el acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a un “juez” de confianza, y el principio “pro” actione y principio “pro” arbitraje. Esto nos ofrece una base para concebir la excepción de arbitraje desde una perspectiva procesal constitucional.

CAPITULO III

LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE COMERCIAL

Ya hemos delineado la existencia de un derecho fundamental al arbitraje, o mejor dicho, al proceso arbitral. Ahora bien, todo derecho para ser satisfecho necesita de una efectiva garantía. Por garantía, siguiendo a Morello (1998, 21) podemos entender “la protección práctica que se dispensa a los derechos del hombre, de manera que la inexistencia o fracaso de una garantía no significa la negación de un derecho sino su inaplicabilidad positiva por la inexistencia de aquella”.

Asimismo, señala Linares (citado por Morello, 1998, 25) que “... las garantías son los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre...”.

Si existe un derecho fundamental al arbitraje, es coherente con estos argumentos armar a dicho derecho de alguna garantía: *la excepción de arbitraje*. Señala Morello (1998, 131) que “solo existen los derechos cuando ellos cuentan con garantías que operan sin cortapisas”. En tal sentido y siguiendo al mismo autor, la corporeidad de la garantía supone 1) un derecho o situación jurídica a tutelar asegurada por la Constitución,

2) un riesgo, peligro o amenaza de su vulneración y 3) un medio o técnica jurídica instrumental suficientemente idóneo para disipar ese riesgo o peligro, y prevenir la comisión de daños (Morello, 1998, 14).

Eso que Morello llama la *interpretación original y osada de cada garantía*, sirve para valorar el tema que nos ocupa, la *excepción de arbitraje*, como un tema que no ha sido tratado con sinceridad. La excepción de arbitraje es una garantía procesal por medio de la cual una de las partes pretende hacer valer la *eficacia procesal* de un acuerdo arbitral (efecto negativo), y con ello, su pretensión a que se solucione la controversia por la vía escogida consensualmente. La excepción de arbitraje comercial es una garantía específica, aunque innominada legalmente, para hacer valer el acuerdo de arbitraje, y más aun, para hacer valer el derecho al proceso arbitral.

Respecto a las garantías de los derechos, señala el profesor Casal (2008, 131):

La garantía de los derechos por medio de instrumentos procesales adecuados y efectivos no es sólo un camino escogido por las naciones en virtud del progreso de su cultura jurídica, sino también **una obligación derivada del Derecho Internacional (resaltado añadido).**

Con este enfoque de la excepción de arbitraje como garantía de vigencia del arbitraje, no se pretende satisfacer un capricho académico, sobrevalorando al arbitraje, sino procurar contextualizar la institución

arbitral y la herramienta procesal idónea para garantizar la vigencia y desarrollo mismo. Los tribunales son sin duda la aduana del arbitraje, la excepción la herramienta para darle eficacia.

Sentadas ya las bases para un enfoque procesal constitucional de la excepción de arbitraje, nos ocuparemos en concreto del tema. Para tal empresa es necesario abordar el panorama de análisis rescatando las siguientes ideas: el arbitraje ha sido contitucionalizado en la Constitución de 1999, como reedición de una tradición republicana; esta constitucionalización se contextualiza en un texto supremo que consagra y protege la justicia, y para su función y alcance se institucionaliza al sistema de justicia. Por lo tanto, dentro del sistema de justicia, y sus tantos componentes, muy importantes resultan los medios alternativos de resolución de conflictos, dentro de los cuales se inscribe el arbitraje. Así las cosas, el arbitraje como mecanismo de justicia encuentra protección en normas constitucionales y su relación estrecha con las garantías procesales constitucionalizadas como el acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a un “juez” de confianza, y el principio “pro” actione y principio “pro” arbitraje.

Ahora, el arbitraje está resguardado por el principio *pro* arbitraje, el cual se fundamenta en primer lugar en el reconocimiento normativo de la institución (tanto Constitucional como legalmente), en segundo lugar, en

la presunción de legitimidad del acuerdo bilateral que lo instrumenta (acuerdo de arbitraje) que al presentarse bajo la forma de contrato vincula a las partes a las obligaciones propias de este contrato (procesal), y en tercer lugar, en el principio *kompetenz-kompetenz*, que es una regla propia del derecho procesal, con particular manifestación en materia arbitral.

Pues bien, según hemos visto existen suficientes ideas-fuerza para justificar al arbitraje y su vigencia, pero como todo fenómeno jurídico, los argumentos enunciados representan una visión teórica del problema, al margen de la situación práctica que le da razón. Problematizando el asunto para los fines conclusivos de este capítulo, tenemos la situación conflictiva-hipotética típica: Ante alguna relación jurídica, de carácter privado, susceptible de transacción e independientemente de su naturaleza (contractual o no), las partes acuerdan someter sus conflictos eventuales (o actuales, de ser el caso) a la decisión de árbitros. La decisión es tomada por razones que cada parte ha estimado conveniente, como p.ej. la naturaleza de la relación amerita una resolución predecible en tiempo, etc.

Presentado el conflicto una de las partes decide desconocer el acuerdo y acudir a los tribunales oficiales para resolverlo ante un juez del Estado. Plantea su demanda, la cual es admitida y asimismo es emplazado el

demandado para dar contestación. Enterado el demandado de la demanda planteada en su contra debe hacer valer el acuerdo de arbitraje, pues para él, por lo motivos tomados en cuenta en su oportunidad, es preferible resolver este conflicto ante árbitros y no frente a la jurisdicción del Estado. Sin embargo, no cuenta con una defensa nominada en el ordenamiento jurídico venezolano. ¿Qué debe hacer entonces? La respuesta está en el planteamiento de la *excepción de arbitraje comercial*, que como hemos señalado, es en nuestro ordenamiento una excepción innominada e invertebrada. Según se explicará veremos que su tratamiento es ambiguo por falta de rigor en su estudio.

Por ahora podemos señalar que quien acude a tribunales en violación del acuerdo de arbitraje, enfrenta dificultades para justificar su violación, entre otras ir contra su propia voluntad. Por otra parte, dado que quien no ha violado el acuerdo conserva su derecho al proceso arbitral, con las expectativas legítimas que cada derecho comporta, el ejercicio de la excepción de arbitraje se presenta como la garantía para defender ese derecho. Y así, la proposición de la excepción de arbitraje comercial lo sitúa en una inigualable posición inicial de ventaja en cuanto a la situación de la parte que, en principio, violó el acuerdo. Posición dada por la deferencia del legislador hacia el arbitraje.

Por lo tanto, con las siguientes ideas pretendemos reconocer, en el contexto interpretativo que hemos tratado de construir, la idoneidad específica del remedio técnico (garantía), cual es, la *excepción de arbitraje comercial*.

3.1. Conceptos generales sobre la excepción y breve desarrollo.

Como es sabido el proceso como método de debate único e irrepetible, adopta una forma que permite a, por lo menos, dos sujetos discutir razones frente a un tercero imparcial. Hay un primer sujeto que inicia el procedimiento mediante la acción procesal, poniendo en movimiento el aparato jurisdiccional al cual presenta una demanda (documento) que contiene su pretensión jurídica. Esta pretensión va dirigida contra otro sujeto u otros, para someter su voluntad a la voluntad del pretendiente. Dado que el proceso es medio de debate entre iguales, se le permite al sujeto pasivo de la pretensión, es decir, contra quien va dirigida, acudir para defenderse. En sentido jurídico, ejercer su defensa en juicio. Con esto se cumple el imperativo de garantizar el *principio de contradicción* del proceso, que, como señala Calamandrei (1973, 239), es manifestación del carácter *bilateral de la acción*.

En ejercicio de este derecho de defensa el demandado puede asumir varias actitudes, una de ellas es reaccionar contra la acción y pretensión

del actor. En un sentido amplio se entiende que cualquier actitud de defensa que asume el demandado contra el demandante puede entrar dentro de la denominación de *excepción*. Sería así *excepción* cualquier defensa o contradicción, independiente de su contenido y finalidad, que el demandado postulará en su oportunidad de defensa. Otra significación más restringida que se le da a la palabra *excepción* se refiere al rechazo basado en razones que el juez no podría tener en cuenta si el demandado no las hubiese hecho valer (Calamandrei, 1973, 240).

La *excepción*, como institución procesal, tiene origen en el período del proceso romano clásico o proceso formulario. Como es sabido durante esta época el proceso se divide en dos fases, una *in iure* ante un magistrado, y otra *apud iudicio* ante un juez. En este periodo cuando el pretor redactaba la formula se permitió agregar una añadidura a ésta, cual fue la *exceptio*, según la cual se ordenaba al juez *apud iudicio* tener en cuenta determinadas circunstancias que por lo general quedaban fuera del debate en condiciones normales (p.ej. la *exceptio de pactum de non petendo*, *exceptio doli*, *exceptio metus*). La *excepción* no nace como un derecho general de contradicción del demandado, como se entiende hoy; señala Chiovenda (2005, 297) que “se trataba en todo caso de una concesión del pretor, íntimamente unida con la función correctiva del *ius civile*, que el magistrado ejercía en el proceso formulario, no de un

derecho del demandado a impugnar la acción”. Más adelante se entiende la *excepción* en un sentido amplío.

Chiovenda (2005, 295 – 298) entiende la *excepción* en tres sentidos: en sentido general, como cualquier medio del que se vale el demandado para justificar la demanda de desestimación, y, por tanto, también la simple negación del fundamento de la demanda actora; en un sentido más estricto comprende toda defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho constitutivo afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del hecho constitutivo afirmado por el actor, y, por tanto, la acción; y en sentido todavía más estricto, la excepción comprende sólo la contraposición al hecho constitutivo afirmado por el actor de hechos impeditivos y extintivos tales que por sí mismos no excluyen la acción; pero que dan al demandado el poder jurídico de anular la acción. Esta es la que Chiovenda denominada *como* excepciones en sentido propio, como contraderecho que tiene el demandado frente a la acción, un derecho potestativo dirigido a la anulación de la acción.

Devis (1985, 239) aborda el tema de la actitud del demandado frente a la pretensión actora diferenciando entre defensa en sentido general, defensa en sentido estricto, excepción e impedimentos procesales. Para el autor colombiano por defensa en sentido general debe entenderse todo medio

de oposición a la demanda, a la imputación o al proceso, tanto los que se refieran a la pretensión como al procedimiento y cualquiera que sea su contenido y sus efectos. Por defensa en sentido estricto se entiende cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que ese se apoya, o su exigibilidad o eficacia en ese proceso.

En lo que respecta a *la excepción* esta existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo a su pretensión o que consisten en diferentes modalidades de aquellos hechos razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado.

Finalmente, los *impedimentos procesales* se refieren a los simples defectos de procedimiento, a la falta de algún presupuesto procesal de la acción o previo del proceso o del procedimiento (Devis, 1985, 240). Para el autor citado, la excepción es una forma de atacar la pretensión actora, no la acción; y enfoca su estudio en las llamadas excepciones *sustanciales* o de mérito. Define a la excepción como:

... una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que

consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos (Devis, 1985, 243).

Las defensas destinadas a denunciar algún defecto procesal o presupuesto, las denomina, según el ordenamiento colombiano, *excepciones previas*, entre ellas, la falta de jurisdicción, competencia, vacíos en la redacción de la demanda, etc. Y divide a las *excepciones previas* en relativas o temporales y absolutas y definitivas según que permitan la continuación del proceso o le pongan fin.

Morales (1991, 164) sigue de cerca las ideas de su coterráneo, pues describe la excepción desde una perspectiva sustancial, como “la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo, que excluye los efectos de la pretensión”, sin desconocer la existencia de excepciones procesales, que llama “previas”. El autor indica “se da propiamente el nombre de *defensa*, a la negación que el demandado formula frente al derecho alegado por el demandante, y de excepción al obstáculo temporal o perpetuo a la pretensión” (Morales, 1991, 166).

La excepción es conceptualizada por Couture (1997, 269) en un primer sentido, como la acción del demandado, en este sentido equivale a “defensa; poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él, haciendo valer los

medios de oposición inherentes a su derecho"...; en una segunda acepción del vocablo alude a su carácter material o sustancial, como pretensión del demandado; y en tercer lugar, entiende el maestro uruguayo por *excepción* "denominación dada a ciertos tipos específicos de defensas procesales, no sustanciales, dilatorias, perentorias o mixtas, mediante la cual el demandado puede reclamar del juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga procesal de contestarla". Couture señala la relevancia implicada en reconocer la teoría de los presupuestos procesales para el estudio de la *excepción*, destacando que "la excepción es un medio legal de denunciar al juez la falta de presupuestos necesarios para la validez del juicio" (Couture, 1977, 122), sin embargo, reconoce que no en todos los casos la postulación de una excepción implica la defensa de un presupuesto procesal.

Para Alvarado (2008, 185) la *excepción* es una actitud de contradicción que tiene lugar cuando el demandado, oponiendo resistencia a la pretensión del actor, afirma la existencia de un hecho de carácter impeditivo, extintivo o invalidativo respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda. Para el autor en el tratamiento del tema relativo a las excepciones existe una anarquía terminológica que conduce a un necesario caos interpretativo, y para evitarlo, estudia las excepciones desde los posibles objetos de cada una. Y así divide las excepciones en aquellas que atacan la acción con el objeto de lograr su extinción o su

paralización temporal; aquellas que atacan la pretensión, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia; y aquellas que atacan la oportunidad en la cual se debe sentenciar, con el objeto de evitar la creación de un caos jurídico (Alvarado, 2008, 186).

Según señala Alsina (1982, 85):

La palabra excepción tiene doble contenido: uno substancial que comprende toda defensa que el demandado opone a la pretensión jurídica del actor: otro procesal, que se refiere al modo de provocar la intervención del órgano jurisdiccional (formas de demanda) y a los requisitos para que haya relación procesal válida (presupuestos procesales).

Es lugar común en el tema relativo a las excepciones procesales hacer mención a la obra Oskar von Bülow publicada en 1868 titulada “La Teoría de las Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales”. En efecto, se señala que a partir de este autor la ciencia del proceso tiene un antes y un después, pero particularmente su obra tiene aún especial relevancia en el abordaje del tema de las excepciones procesales. Bülow (2008, 10) señala que el proceso es una *relación jurídica* entre el tribunal y las partes, relación que además de *pública* es *continua*, avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso. Esta relación que se desenvuelve gradualmente entre el tribunal y las partes, hace la esencia del proceso, en el entendido que como cualquier otra relación (Bülow se refiere a las relaciones jurídicas privadas) para su constitución son necesarias condiciones o requisitos a los que se sujeta su nacimiento.

En este sentido dice Bülow (2008, 12) “se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quien es capaz o está facultado para realizar tal acto”. Estas condiciones en la relación procesal se corresponde con: 1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal, la capacidad procesal de las partes y legitimación de su representante; 2) las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil; 3) la redacción y comunicación de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales; y 4) el orden entre varios procesos.

Dice Bülow (2008, 13):

En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tampoco tenida en cuenta hasta hoy, que ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión “presupuestos procesales”.

Ahora, según amonesta el autor en su obra, aquel conjunto de reglas ha ocupado un modestísimo y apartado rincón del sistema del proceso, a saber, el de la teoría de la contestación a la demanda “y encontraremos allí los presupuestos procesales, con el pobre e inadecuado ropaje de las *excepciones dilatorias*” (Bülow, 2008, 18). Consideró el autor que las *excepciones procesales* no son otra cosa que *presupuestos procesales expresados negativamente*, en forma de excepción, y que se le ha dado

importancia inmerecida a aquellas, cuando lo necesario es el estudio de los supuestos de hechos de la relación jurídico procesal. Sin duda para Bülow no es buena una *teoría de las excepciones procesales*, por el contrario es necesario partir de una *teoría de los presupuestos procesales*. En efecto, el autor es partidario de eliminar las *excepciones procesales* del sistema procesal, señalando al efecto:

... El problema ha de resolverse especialmente para cada supuesto procesal y una respuesta completa sólo puede alcanzarse después de una concienzuda investigación particular de las teorías de las competencias, de los poderes del tribunal, de la legitimación procesal, de los requisitos del objeto litigioso civil, etc. Mas la única condición esencial previa para tal investigación es considerar a esas teorías desde el punto de vista de la *relación procesal* y de los *presupuestos procesales* y *eliminar* totalmente del sistema procesal civil las excepciones procesales. Que se pierda este pomposo ornato del más caprichoso latín canónico, nadie lamentará seriamente (Bülow, 2008, 274).

Para nuestro interés, la rica doctrina de Bülow sirve para enfocar el estudio de las excepciones desde una visión no aislada e independiente, en el entendido que el estudio de las excepciones, como defensas que son, tiene sentido en la medida que conozcamos la contra-cara de la institución que trata de defender la excepción.

La doctrina ha construido divisiones o clasificaciones de las excepciones. Según el carácter personal se las divide en absolutas y relativas; se las divide también en declinatorias, perentorias, dilatorias y mixtas; sustanciales y procesales, propias e impropias, personales y reales, etc. La clasificación que más éxito ha tenido es la que las divide en dilatorias y

perentorias. Según alguna doctrina, las dilatorias tendrían relación con el tiempo señalado para oponerlas, mientras que las perentorias podían ser alegadas en cualquier estado del juicio; para otros, la diferencia entre unas y otras, radica en que mientras las *perentorias* tendían a extinguir completamente el derecho del actor o a perimir o anular el procedimiento, las dilatorias tendían a suspender el ejercicio de la acción o el curso de la actuación procesal.

En este último sentido señala Ferrero (1974, 79): “La división entre dilatorias y perentorias no se refiere al tiempo en que son interpuestas las excepciones, sino a la naturaleza de las mismas, según si paralizan o extinguen la acción”. Por su parte Bülow (2008, 235) señala: “La diferencia consiste en que las perentorias son una limitación permanente y las dilatorias, temporarias del derecho del actor. Las primeras se oponen a la acción en toda circunstancia, las últimas pueden evitarse por el actor”. En todo caso, ambas excepciones tuvieron en su origen un genuino contenido material, como demostró Bülow (2008, 231) en su oportunidad.

Durante el proceso extraordinario “se hace la distinción de la potestad del juez de declarar de oficio ciertas circunstancias favorables al demandado (*ipso iure*), y la facultad del demandado de hacer valer ciertos medios como defensa (*ope exceptionis*), que fueron en sentido propio las

excepciones” (Ferrero, 1974, 35). En la etapa del procedimiento extraordinario surgen excepciones como la de oscuro libelo y de incompetencia, con lo que aparecen las *excepciones procesales*.

La división entre excepciones *dilatorias* y *perentorias* es acogida en las *Instituciones* de Justiniano, Libro Cuarto, Título XIII, 7 y 8. “7. De estas excepciones, unas nacen de las leyes u otros actos con fuerza de tal, y otras de la jurisdicción pretoriana”, “8. Llámese a unas perpetuas y perentorias, y a otras temporales y dilatorias” (Ortolán, 2006, 346).

También en las Partidas de Alfonso El Sabio se hizo la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias. De estas últimas hace especial referencia la Ley IX, del Título III de la 3ª Partida según la cual:

Por quales defensiones se puede excusar el demandado de non responder a la demanda... son de tal natura que aluengan el pleyto et non lo rematan, et llamanlas en latín *dilatorias*, que quiere tanto decir como alongaderas, et son estas: como si algunt home ficiese pleyto con su deudor que los maravedís o la cosa quel debie non gela pediere fasta tiempo o día señalado, et después deso gela demandase en juicio ante del plazo; et si emplazasen a alguno ante el judgador de cuyo fuero non fuese; et si la una parte contradixiese al personero de la otra razón porque non debe seer personero, o diciendo que la personería que traen non era cumplida segunt derecho, et por ende que non era tenudo a responder a la demanda quel facien: ca tales defensiones como estas o otras semejantes dellas, poniéndolas el demandado ante que responda a la demanda et averiguándolas, deven seer cabidas...

La clasificación en Venezuela ha perdido relevancia aparente, pues el Código de Procedimiento Civil vigente (1986) descartó cualquier

inclinación por alguna clasificación de *excepciones*. En efecto, la antigua división que se desprendía del texto del Código de Procedimiento Civil de 1916, entre excepciones dilatorias, de inadmisibilidad (serían estas lo que alguna doctrina denominó excepciones mixtas) y perentorias (artículos 247 y siguientes). Respecto a la clasificación del derogado Código de Procedimiento Civil venezolano señala Borjas (1979, 66):

La clasificación más importante de las excepciones, y la que tiene verdadero interés práctico, es la que establece nuestra ley procesal, como se ha visto en el comentario del artículo 247, en excepciones dilatorias, de inadmisibilidad y perentorias, según tengan por objeto paralizar temporalmente el procedimiento, desechar la demanda y no dar entrada al juicio, o atacar la acción del demandante para destruir o enervar sus efectos.

No obstante algunas normas conservaron el *nomen iuris*. Por ejemplo, el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil vigente:

En la contestación de la demanda el demandado deberá expresar con claridad si la contradice en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación, y las razones, defensas o **excepciones perentorias** que creyere conveniente alegar...

La intención del legislador del Código vigente parece haber sido evitar la problematización que tal división produjo con la clasificación de excepciones en nuestro Código de 1916. Señala Rengel-Romberg (1991, 41) que la proposición de las cuestiones previas tiene reservada la función de resolver acerca de la regularidad del procedimiento, ya sea para determinar si se cumplen las condiciones en las cuales los sujetos procesales (juez y partes) deben actuar, ya sea para resolver sobre la regularidad de la demanda o de cualquier otro requisito de la instancia.

Nuestro Código abandona aquella división entre excepciones *dilatorias* y *perentorias*, hecho este que no impide que se siga utilizando con fines científicos.

Pues bien, dentro de las cuestiones previas establecidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil no se encuentra reglada expresamente la excepción de arbitraje o excepción de compromiso (sin embargo veremos que de la letra del Código es posible construir esta excepción o al menos una *incidencia procesal para hacerla valer*). Esta falta de regulación normativa no es óbice para construir una defensa como la excepción de arbitraje. En efecto, si atendemos a las amonestaciones Bülow, nos damos cuenta que cuando se habla de una excepción (como la de arbitraje) se la trata de llenar de contenido sin atender a la contracara que ella (la excepción) procura defender o salvaguardar.

En nuestro caso, es claro que la excepción procura proteger el derecho al proceso arbitral de alguna de las partes (fin mediato), cuestionando la capacidad del tribunal oficial por virtud del efecto negativo del acuerdo (fin inmediato). De manera que se trata de un problema que se enmarca en la teoría de la competencia (y no con una prohibición de admitir la acción o

pretensión, como lo ha dicho calificada doctrina). Esto nos acerca e indica a qué género de excepciones o defensas se refiere la de arbitraje.

Ahora bien, la norma que como veremos es el fundamento del régimen actual de excepción es el ordinal 1° del referido artículo 346, según el cual:

Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas:

1° La falta de jurisdicción del juez, o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriedad, de conexión o de continencia...

La Ley de Arbitraje Comercial tampoco prevé, *expresamente*, la excepción. La norma más allegada, y que en efecto es el fundamento de la referida excepción, es el artículo 5, que en su único aparte establece:

... 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.

Como se evidencia de la lectura de esta norma, se colige con suficiente claridad los efectos del acuerdo de arbitraje. Esto, en nuestra opinión ofrece suficientes elementos jurídicos para construir, sobre la base de ella, la excepción en nuestro sistema. *La excepción de arbitraje* tendría carácter *dilatorio*, en el entendido que no se dirige a destruir el derecho del actor sino a impedir que su discusión se haga ante el órgano oficial; y se inscribe, por tanto, en el género de *excepciones declinatorias*; pues

impide que el órgano oficial conozca la controversia bajo el argumento de que existe otro órgano con competencia para decidirlo.

A los efectos de tratar de contribuir a un mayor entendiendo de la estructura de la excepción, nos proponemos a continuación describir cómo está prevista la misma en otros ordenamientos jurídicos. Que no significa que haremos un análisis comparativo, sino una mera aproximación de las normas vigentes en algunos otros Estados.

Así las cosas, otros ordenamientos han previsto expresamente la *excepción de arbitraje*, otros han regulado una incidencia. Veamos.

En Argentina el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su Libro Sexto, Proceso Arbitral, prevé una incidencia para *demandar* la constitución del tribunal arbitral. Así, el artículo 742 es del tenor siguiente:

Podrá demandarse la constitución del tribunal arbitral, cuando una o más cuestiones deban ser decididas por árbitros.

Presentada la demanda con los requisitos del artículo 330, en lo pertinente, ante el juez que hubiese sido competente para conocer en la causa, se conferirá traslado al demandado por diez días y se signará audiencia para que las partes concurran a formalizar el compromiso.

Si hubiese resistencia infundada, el juez proveerá por la parte que incurriera en ella, en los términos del artículo 740.

Si la oposición a la constitución del tribunal arbitral fuere fundada, el juez así lo declarará, con costas, previa sustanciación por el trámite de los incidentes si fuere necesario.

Si las partes concordaren en la celebración del compromiso, pero no sobre los puntos que ha de contener, el juez resolverá lo que corresponda.

Ciertamente la norma no está redactada como si se tratara de una *excepción*; más lo hace como si se tratara de una *acción*. En efecto es así. Según comenta Caivano (2008, 115), el carácter obligatorio de la cláusula compromisoria (acuerdo) se traduce en acciones y excepciones tendientes a hacer efectivo el pacto arbitral. Por un lado, si una parte se niega a celebrar el compromiso, la contraria tiene una acción judicial para compelerlo. Si se inicia la demanda en sede judicial, el demandado podrá oponer la *excepción de incompetencia*, y el juez deberá declinar a favor de los árbitros. Señala el autor que si bien el Derecho argentino no cuenta con una norma que consagre la *excepción de convenio arbitral* se la puede llegar a individualizar por aplicación de los principios generales. En sentido similar comenta Gozaini (1995, 140) al destacar los efectos del acuerdo:

La principal consecuencia se asienta en excluir la actividad jurisdiccional futura, posibilitando que las partes aleguen la *excepción de incompetencia* si una de ellas, ante la crisis contractual o conflicto emergente, promoviese acción judicial...

Para Alsina (1982, 90) el compromiso arbitral da lugar a la *excepción de incompetencia de jurisdicción o declinatoria*. En efecto, señala que “procede la excepción cuando en el contrato se convino que cualquier dificultad deba ser dirimida por árbitros” (Alsina, 1982, 90). También para Alvarado (2008, 194) la excepción viable en caso mediar un acuerdo de arbitraje es la *excepción de incompetencia*. De la doctrina argentina es

claro que existe acuerdo de que el medio idóneo para plantear la excepción es la *incompetencia*.

La Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia (Ley N° 1770) de 1997 prevé expresamente la excepción que comentamos, denominándola *excepción de arbitraje*. Así, el artículo 12 es del siguiente tenor:

- I. El convenio arbitral importa la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje.
- II. La autoridad que tome conocimiento de una controversia sujeta a convenio arbitral debe inhibirse de conocer el caso **cuando lo solicite la parte judicialmente demandada**. En este caso, **dicha parte puede oponer excepción de arbitraje** en forma documentada y antes de la contestación. **La excepción será resuelta sin mayor trámite**, mediante resolución expresa.
- III. Constatada la existencia del convenio arbitral y sin lugar a recurso alguno, la autoridad judicial competente declarará probada la excepción de arbitraje o, pronunciándose únicamente sobre la nulidad o ejecución imposible del convenio arbitral desestimaré la excepción de arbitraje.
- IV. No obstante haberse entablado acción judicial, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar laudo mientras la excepción esté en trámite ante el juez.

La claridad de la norma boliviana es patente. Se reconoce la autonomía de la excepción para hacer valer el arbitraje, denominándosela *excepción de arbitraje*. Se la cataloga implícitamente como una excepción *propia*, es decir, como aquellas que deben ser alegadas a instancia de parte (*ope exceptionis*). Se la desembaraza de formulismos o solemnidades, requiriéndose que se proponga en forma documentada y antes de la contestación. Se establece la ausencia de recurso y se limita la

competencia del juez de la excepción a pronunciarse sobre su nulidad o ejecución imposible.

En Colombia *la excepción de compromiso o cláusula compromisoria* se encuentra prevista en el Código de Procedimiento Civil en el numeral 3° del artículo 97:

El demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas:

... Omissis...

3. Compromiso o cláusula compromisoria.

... Omissis...

Norma que debe ser coordinada con el artículo 117 del Decreto N° 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos que prevé:

Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

La doctrina colombiana se encuentra dividida. Para Morales (1991, 377) tanto el compromiso como la cláusula compromisoria que dan pie al planteamiento de la *excepción de compromiso* derogan la jurisdicción común y en el fondo equivalen a la falta de jurisdicción, pero el Código le dio entidad autónoma en vía de claridad. Siendo aplicables los principios que sobre la excepción de falta de jurisdicción aplican en Colombia, entre ellos, que puede proponerse en cualquier momento pues es insaneable, y

puede ser alegada inclusive como motivo de casación. Para Morales (1991, 168), la excepción de compromiso es una excepción perentoria del proceso, pues ésta, como excepción perentoria mata el proceso en el cual el derecho se ejercita.

Según señala Benetti (2001, 119), parte de la doctrina encabezada por Martínez Niera consideran que se trata de una *excepción de falta de competencia* en el juez, quien sin embargo conserva jurisdicción para el conocimiento de los demás procesos que la ley le adscribe, y que la misma debe ser declarada *ope exceptionis*, y no de oficio, criterio compartido por Monroy (citado por Morales, 1991, 119). Para Rafael Gamboa (citado por Morales, 1991, 121), no se trata de una derogación sino de una subrogación de competencia, pues el tribunal arbitral tiene jurisdicción por ministerio de la ley y competencia en el hecho concreto por la voluntad de las partes.

Para Benetti (2001, 122) en el caso del proceso arbitral, las figuras de jurisdicción y competencia se confunden:

... la jurisdicción del árbitro se reduce apenas a la competencia para conocer de la cuestión litigiosa que se plantee, de manera que si se declara incompetente pierde al mismo tiempo la jurisdicción.

Para Devis (1985, 249) la excepción de compromiso es una excepción previa absoluta o definitiva, es decir, una excepción por medio de la cual

se hace valer *impedimentos procesales* con pretensiones de ponerle fin al proceso. Sin embargo, procura denominarla *excepción previa*, dejando la denominación de *excepción dilatoria* para aquellas que ha denominado la doctrina como de mérito o de fondo, para dilatar la exigibilidad del derecho pretendido por el demandante. Tanto *la cláusula compromisoria* como *el compromiso* originan incompetencia del juez ante quien se formule la demanda con desconocimiento de dicho pacto. En caso de *cláusula compromisoria*, la excepción se alega como motivo de reposición o como excepción previa, pero debe alegarse oportunamente o de lo contrario se produce renuncia implícita a la vía arbitral. Mientras que cuando media *compromiso* después de surgido el litigio, se produce una pérdida de competencia para el juez, quien debe suspender el trámite a los fines de la constitución del tribunal arbitral.

La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador (Ley N° 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997), regula la excepción en forma autónoma en su artículo 8, que es del siguiente tenor:

Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral.

El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de

la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciara el proceso según las reglas generales.

La norma describe las formas de renunciar al arbitraje, y al señalar la renuncia tácita, regla la *excepción de convenio arbitral*. La sujeta a simples requisitos, como su proposición en la oportunidad procesal de excepcionarse *ope exceptionis* y la prueba de las afirmaciones, que en caso del excepcionante consistiría en la prueba del acuerdo y del excepcionado de todo lo que considere. La ley ordena se dé traslado (se notifique) al excepcionado del planteamiento de la excepción. El efecto de la estimación de la excepción es el archivo de la causa.

La Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003 de 23 de diciembre), establece en su artículo 11:

1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.
2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.
3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar a un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

Norma que debe ser coordinada con los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000 de 7). Establecen:

Artículo 39. El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia.

Artículo 63.1. Mediante declinatoria y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponde el conocimiento de esta a Tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros.

Según señala Córdón (2005, 138), la Ley de Arbitraje de 2003 hace desaparecer la *excepción* de arbitraje que estaba prevista en el artículo 11 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje, y se equipara el planteamiento del efecto negativo del acuerdo arbitral, tanto en el ámbito internacional como en el interno, a la falta de competencia judicial internacional o a la falta de competencia territorial, defectos procesales ambos denunciabiles sólo a instancia de parte por el cauce de la *declinatoria*, que siempre deberá plantearse con carácter previo. Destaca de la Ley española vigente el reconocimiento expreso de los efectos positivos y negativos del acuerdo, así como la naturaleza *ope exceptionis* de la excepción. También que la misma no suspende el curso de la prosecución de las actuaciones arbitrales y el mantenimiento de la potestad cautelar de los jueces oficiales.

Sobre la influencia de la Ley de arbitraje española en nuestra manera de concebir la excepción de arbitraje volveremos *Infra*, cuando demosremos que el tratamiento vigente en Venezuela de la *excepción* siguió muy de cerca al derogado artículo 11 de la Ley de Arbitraje española de 1988 y de la interpretación ofrecida en una importante obra del catedrático

español Lluís Caballol Angelats, titulada *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje* (1997).

La Ley de Arbitraje de Guatemala de 17 de noviembre de 1995, dedica una norma a reglar la excepción de arbitraje, denominándola genéricamente *excepción de incompetencia*. El artículo 11 de la Ley dispone:

1. El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la *excepción de incompetencia*.

Se entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omita interponer la excepción de incompetencia.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, habiéndose hecho valer la excepción de incompetencia, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Como la mayoría de las leyes de arbitraje hasta acá mencionadas, la Ley guatemalteca consagra expresamente el efecto positivo y el negativo del acuerdo, y señala que para hacer valer éste último la excepción pertinente es la *excepción de incompetencia*. Excepción que tendrá que hacerse valer so pena de entenderse *prorrogada* la competencia de los tribunales oficiales. Por otra parte, también consagra el carácter no obstativo del litigio en el cual se plantea la excepción, frente al procedimiento arbitral.

En Perú, para el año 1974 (Ferrero, 96) señalaba que la excepción de arbitraje es una excepción de incompetencia. Al respecto indicaba el autor: “Algunas legislaciones consideran como excepción a la de arbitraje, cuando sin respetar el compromiso pactado, una de las partes demanda ante un fuero común. Sin necesidad de crear una nueva excepción, procederá en este caso la de incompetencia, por ser juzgador competente el árbitro o el tribunal arbitral”.

El Código Procesal Civil peruano establece en sus artículos 446.13° y 448:

Artículo 446. Excepciones proponibles. El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

... Omisso Medio...

13. Convenio arbitral.

Artículo 448. Sólo se admitirán los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven.

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia.

Norma a ser coordinada con el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje de 2008, que prevé la *excepción de convenio arbitral*:

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

La norma vigente amplió la anterior, también prescrita en el artículo 16 de la Ley General de Arbitraje N° 26.572, que establecía:

Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral. Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el artículo 1°. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo.

Sobre esta norma comenta Lohmann (2005, 269):

Permítaseme dedicar unos minutos a enunciar –más que a explicar o proponer soluciones sin el apropiado debate previo–; enunciar digo, esos conflictivos o ásperos puntos de contacto, limitándome a los más frecuentes y llamativos.

2º. La excepción judicial de arbitraje, que en estricto es una pugna jurisdiccional con claro desequilibrio, pues quien la resuelve no es precisamente independiente, ya que puede resolver en su propio favor. La excepción está prevista en los artículos 446.13º y 448, segundo párrafo del Código Procesal Civil (en adelante CPC), y en el artículo 16 de la LGA. La regulación normativa es, en la práctica, manifiestamente obstructiva del arbitraje. No es difícil solucionar los inconvenientes con sólo unos retoques a la legislación que me limito a anunciar:

2.1 La excepción de arbitraje sí debe suspender la tramitación del proceso principal, pues precisamente persigue que la materia discutida no sea conocida judicialmente. Debe, pues, modificarse el artículo 447 del CPC. Lo contrario permite que durante el trámite de la excepción, desgraciadamente lento, haya que continuar el litigio en sede judicial. Además, hay contradicción, pues el artículo 16 de la LGA establece que «encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo».

2.2 Atendiendo a que la excepción arbitral necesariamente debe fundarse en el documento que acredite la existencia del convenio, no debe serle de aplicación el trámite a que alude el artículo 449 del CPC, sino inmediato pronunciamiento una vez absuelto el traslado de la excepción. La audiencia de obligatoria realización cuando el Juez no declara infundada la excepción de plano, constituye una dilación innecesaria cuando la prueba es documental. Bien sabemos que, desgraciadamente, la carga procesal hace que las audiencias ocurran dos o hasta tres meses luego de su citación y que debe citarse a una segunda fecha en caso de inasistencia a la primera.

2.3 El artículo 450 del CPC dispone que el auto que declara fundada la excepción es apelable con efecto suspensivo. Es decir, que quedan en suspenso los efectos de la decisión del Juez amparando la excepción, lo que no sólo contradice el artículo 16 *in fine* de la LGA, sino que ostensiblemente prolonga la duración del trámite la excepción.

2.4 Y para coronar el problema, el artículo 385.2º del CPC permite el recurso de casación contra los autos de la Corte Superior que en revisión pondrían fin al proceso judicial, de manera que cabe el recurso de casación contra la resolución que declare fundada la excepción de arbitraje.

Finalmente podemos mencionar el Código General del Proceso de Uruguay (Ley 15.982), que en el título VIII regula todo lo relativo al proceso arbitral, y en particular en su artículo 475 recoge el efecto negativo del acuerdo:

La cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someterán a la decisión de los árbitros.

Del catálogo normativo mencionado, un hecho particular no escapa a la vista, y es que la excepción o defensa para hacer valer el efecto negativo del acuerdo de arbitraje es un tema controvertido (Fernández, 2008, 688). La cuestión no lo es menos en nuestro País como veremos. Pero algo sí es común en los órdenes normativos aludidos, y es: 1) la excepción o defensa de arbitraje se plantea *ope exceptionis*, es decir, se la califica como *excepción propia*, 2) se la desembaraza de mayores formulismos, 3) debe ser planteada en la primera comparecencia del demandado, y que 4) en todos los casos produce la separación del juez del conocimiento de la causa, o mejor dicho, la extinción del proceso judicial. Características comunes arrojan rasgos que pueden ser universalizados con pretensiones científicas, parangonados con nuestro instituto y ofrecer una solución, que sin ser mimética de las soluciones ajenas, obedezca a la misma esencia.

Antes de entrar al análisis del instituto en nuestro derecho, no podemos dejar de mencionar las normas internacionales que prevén el efecto negativo del acuerdo y el deber propio de cada Estado de dar cabida a la

excepción de arbitraje en caso de *arbitraje comercial internacional*; vigente en Venezuela está la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras – Convención de Nueva York de 1958 (G.O. N 4.832 Extraordinario de 29/12/1994), que establece en su artículo II:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. **El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.** (destacado añadido).

3.2. Estado actual de su tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

Resulta necesario sobrevolar por el estadio de la situación en nuestro País para obtener un panorama general que permita atar cabos entre institutos que tienen la misma composición genética. Como anunciamos entre líneas con anterioridad, según nuestro entendimiento la defensa de arbitraje no aparece en Venezuela con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial. Antes bien, creemos que pudo deducirse del Código de Procedimiento Civil de 1986. Como bien se conoce el Código de rito

vigente dio un paso importante en materia de arbitraje al prever mecanismos para hacer valer la eficacia procesal del contrato arbitral. También es conocido que bajo la vigencia del Código se diferencia aún la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. La cláusula compromisoria como una cláusula prevista en un contrato en la cual se somete las controversias eventuales o potenciales a la decisión de árbitros; mientras que el compromiso es el acto jurídico autónomo e independiente mediante el cual las partes someten sus controversias a arbitraje.

El compromiso o la cláusula compromisoria son causa eficiente para sustraer la competencia de los jueces, y otorgársela a los árbitros, es decir, para producir el efecto negativo. La situación ideal se da cuando las partes están plenamente de acuerdo en llevar adelante el arbitraje de rito, y formalizan bien el compromiso o la cláusula arbitral.

Ahora, puede ocurrir que existiendo una cláusula compromisoria o compromiso arbitral una de las partes desacuerde en someterse al arbitramento, es decir, a formalizarlo. Para regular esta situación el Código estableció en su artículo 609:

Si existiere cláusula compromisoria, las partes formalizarán el compromiso siguiendo en un todo las exigencias establecidas en el artículo anterior; **pero si alguna de las partes se negare a formalizarlo, la otra podrá presentar el instrumento público o privado en el cual conste la obligación de comprometer al Tribunal que deba conocer o esté**

conociendo de la controversia, expresando las cuestiones que por su parte quiera someter a arbitramento. Presentado dicho instrumento, el Tribunal ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso en el quinto día siguiente, en cualquier hora de las fijadas en tablilla a que se refiere el artículo 192... Omissis...

Creemos que esta norma no está redactada en forma clara, entre otras razones porque el encabezado debió ser una norma independiente que regulara la cláusula compromisoria; sin embargo de su inteligencia se colige que el contenido que sigue luego del punto y coma “;” aplica tanto al compromiso arbitral como a la cláusula compromisoria. Y más aun, de su lectura es posible prever la situación de que sea el sujeto pasivo del proceso quien plantee una defensa o mejor, una *excepción*, para lograr la constitución del tribunal arbitral y la exclusión del tribunal oficial.

En efecto, la norma reza en su parte pertinente: “... la otra [parte] podrá presentar el instrumento público o privado en el cual conste la obligación de comprometer al Tribunal que deba conocer o **esté conociendo de la controversia...**”. De suponer que si el tribunal oficial está conociendo la controversia es porque una de las partes sustanciales inició el procedimiento judicial; luego, si inició el procedimiento a despecho de una cláusula compromisoria o compromiso arbitral es evidente que, en principio, el sujeto que se niega a formalizar el compromiso es la parte actora. Luego, la parte demandada puede *exigir* la formalización del compromiso por la vía de la incidencia que plantea la norma en cuestión.

Y por tratarse de una reacción o contradicción del demandado que ataca la competencia del juez oficial, lógico es etiquetarla como una excepción procesal. De manera que, en nuestra opinión, la *excepción de arbitraje* estaba ya en nuestro Código de Procedimiento Civil de 1986.

Ahora, tal “excepción” asumía una forma poco clara, para ser honestos, no propiamente como *excepción* o *cuestión previa*, sino como “incidencia procesal” (Baumeister, 1997, 324). Como explica Baumeister (1997, 326), la incidencia procesal de arbitraje tendría como objeto resolver sobre la validez y eficacia del compromiso o cláusula compromisoria, y su enfoque natural sería el de calificarla como incidencia *Principal*, utilizada con el objeto único de que el convenio quede formalizado, mediante demanda dirigida a compeler al contrario a acudir y formalizar el arbitraje. Sin embargo, puede enfocársela como mecanismo *ad hoc*, para hacer valer la existencia del convenio “cuando una de las partes suscritora del mismo, de *improbus* acude a la vía jurisdiccional y llama al proceso a su contraria, y con ello incurre en franco desconocimiento del citado pacto” (*Idem*).

En este último caso la incidencia es calificada como *Accidental*. La vía *principal* sería aquella por medio del cual el actor pretende la constitución del tribunal arbitral, mientras que la *accidental* aquella que pertenece al demandado que pretende la vía arbitral.

Sin lugar a dudas la interpretación en cuestión se desprende del texto del Código de Procedimiento Civil de 1986, es decir, la posibilidad de plantear una incidencia, bien principal (digamos que activa-acción) o accidental (digamos que pasiva-excepción) para hacer valer la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral regulado según la ley de rito civil.

Ahora, la posibilidad última es explicada por Baumeister (1997, 327) siguiendo el criterio de que el arbitraje del Código de Procedimiento no es un mecanismo jurisdiccional *strictu sensu*, por lo que no resulta posible hacer valer su existencia a través de la *falta de jurisdicción* (no da lugar a la regulación de la competencia – jurisdicción), ni se contempla como causa de pérdida o suspensión de la actividad jurisdiccional, lo que obliga a la parte demandada a plantear una *incidencia de cláusula compromisoria o compromiso arbitral*. Por ello, recomienda el autor, en el contexto que nos ocupa, que ante la falta de regulación de una cuestión previa o defensa anticipada de acuerdo arbitral, la parte demandada debe hacer valer la existencia de la cláusula o compromiso como defensa previa (opuesta antes del acto de contestación de la demanda), siendo recomendable el planteo de la existencia de una “cuestión prejudicial”, en el sentido de que sea resuelto previo al juicio ordinario el incidente relativo al arbitraje.

Por ello el autor, quizás o sin quizás, en consideraciones preliminares al Proyecto de la Ley de Arbitraje Comercial vigente que hizo públicas, sugirió la siguiente redacción del artículo 6 del Proyecto (hoy artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial vigente):

El acuerdo de arbitraje estará constituido por indubitable manifestación de voluntad escrita de las partes, contenida en cualquier documento o conjunto de instrumentos, conformes a la cual deciden que la resolución de todas o algunas de las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas, respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, sea resuelta por árbitros arbitradores o de derecho, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria.

Dicha manifestación de voluntad puede estar contenida en una cláusula contractual o ser producto de un acuerdo independiente en que se lo contemple.

El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria y existiendo, se lo deberá hacer valer en la primera oportunidad de incorporarse al proceso por cualquiera de los interesados ante el tribunal que conociere sobre los asuntos que deban ser resueltos por arbitraje, so pena de que al no hacerlo se reputé reasumida la jurisdicción por los jueces naturales.

El órgano judicial ante quien se hiciera valer oportunamente la existencia de un acuerdo de arbitraje, y constatada que fuere su existencia documental, suspenderá ipso facto el curso de la causa, ordenando a las partes tomar las providencias del caso para constituir el Tribunal Arbitral conforme a dicho acuerdo. Todo lo actuado hasta esa oportunidad será nulo y sin efecto alguno (Baumeister, 1998, 433).

La propuesta del doctrinario abarcó en cierta medida las omisiones que no previó el Código de rito en materia de arbitraje, como: la oportunidad de hacer valer la *defensa* o *excepción* de arbitraje y los efectos de su

proposición o ausencia de proposición. Sin embargo, la recomendación en referencia no fue acogida, y la Ley vigente nada estableció definitivamente sobre la excepción de arbitraje.

Su régimen ha sido elaborado por la Sala Política Administrativa del actual Tribunal Supremo de Justicia, entendiendo que la eficacia del contrato de arbitraje (cláusula compromisoria o compromiso según el Código de rito o acuerdo de arbitraje según la vigente Ley de Arbitraje), se hace valer como defensa a través de la *cuestión previa* de falta de jurisdicción. No obstante, sobre este criterio, hay antecedentes jurisprudenciales previos a la actual composición del Tribunal Supremo como la sentencia dictada por la otrora Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en el caso *Embotelladora Caracas C.A., y otras c/ Pepsi Cola Panamericana*, dictada el 9 de octubre de 1997.

Pero fue la actual Sala Político Administrativa quien circunstancialmente ha fijado el régimen de la defensa previa (excepción) de arbitraje (comercial). En este sentido, la sentencia N° 1209 dictada en fecha 19 de junio de 2001, caso: *Hoteles Doral c/ Corporaciones L'Hoteles*, es, digamos, el *leading case*. El caso versó sobre una demanda de resolución de contrato de concesión entre estas dos empresas, cuyo conocimiento correspondió a un Juzgado de Primera Instancia Civil y Mercantil de Caracas. Emplazada la parte demandada, propuso la cuestión previa de

falta de jurisdicción de conformidad con el artículo 1° del Código de Procedimiento Civil, por existir una *cláusula arbitral* en el contrato discutido. El tribunal de instancia declaró con lugar la cuestión previa, y remitió las actuaciones en consulta legal a la Sala Político Administrativa.

La Sala Político-Administrativa señala como puntos de juricidad relevante para resolver la consulta: la necesidad de determinar la validez de la cláusula compromisoria para advertir o no su eficacia, particularmente el relativo a la capacidad “de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros” (i), el carácter expreso, inequívoco e incuestionable de las cláusula de enervar cualquier conocimiento judicial sobre los conflictos (ii); y la existencia de conductas procesales de las partes, orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje, como: no renunciar tácitamente al arbitraje bien por efectuar cualquier actuación diferente al planteamiento de la “declinatoria de competencia” o si bien planteándola no se haga en “*forma*”, es decir, de conformidad con el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, esto último – según la Sala – por requerirse una especial técnica para el planteamiento de la excepción (iii).

La Sala resuelve el caso rechazando la eficacia del acuerdo por no cumplir con el segundo de los requisitos enunciados, es decir, no estar

redactada la cláusula en forma manifiesta e inequívoca, sino en forma optativa.

Sin embargo, la importancia de esta decisión no fue, únicamente, la solución del caso particular, que en nuestra opinión estuvo ajustada a derecho. Sino el establecimiento de una serie de requisitos y condiciones para la eficacia de la excepción de arbitraje no previstos en la ley, así como la ambigüedad cometida en el texto al mencionar indiferentemente la *falta de jurisdicción* y la *incompetencia del tribunal*, sin aclarar cuál de las dos instituciones aplica, como cauces procesales para hacer valer la eficacia del acuerdo. Asimismo, el fallo, luego de *reconocer* la vigencia constitucional de los medios alternativos de resolución de conflictos y el mandato dirigido no solo al Poder Legislativo, también al Judicial, de promoverlos, declara la intención de “*salvaguardar la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso tergiversado que de ellos se pretenda, en aras de alterar o defraudar los cánones y principios del sistema ordinario de administración de justicia*”, considerando que el arbitraje es una *excepción y eclipse* a la competencia constitucional de los tribunales. La Sala deja ver una ideología monopolizadora de la *función* jurisdiccional.

De aquella fecha a la fecha en que esto se escribe se han dictado un montón de decisiones sobre tema y aunque se ha aminorado el rigor con

que se concibió la excepción de arbitraje, se continúa ratificando aquella decisión N° 1209/2001.

En la sentencia N° 1713/2004 de la Sala Político-Administrativa caso *Ciudad Comercial Porlamar c/ Valentina Ancillai*, relativa a un juicio de oferta real y depósito por una obligación generada en un contrato de opción de compraventa con convenio arbitral incluido, en el cual la parte demandada propuso la falta de jurisdicción ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en la primera oportunidad de comparecer en juicio, la Sala declaró que no bastaba tal actitud procesal, sino que era necesario que en todo momento del proceso el excepcionante manifestara su voluntad de someterse al arbitraje. Es decir, según la sentencia la proposición de la *excepción de falta de jurisdicción* es condición necesaria más no suficiente para hacer valer la eficacia negativa del acuerdo arbitral, constituyendo *renuncia tácita* el no manifestar en todo momento, incluso después de planteada la excepción de arbitraje, la voluntad de someterse a arbitraje.

Lo particular del caso es que se trataba de un procedimiento de oferta real y depósito, donde no existe instancia para resolver excepciones, de manera que el oferido debe acumular todas sus defensas y excepciones en su escrito de defensa ex artículo 824 del Código de Procedimiento Civil, y por ello, no existe una incidencia o tramite previo de excepciones

que suspenda la causa lo que impone la *carga* a la parte demandada de plantear todas las defensas previas, perentorias, dilatorias, mixtas, no sustanciales y sustanciales o de fondo, y a seguir el procedimiento en su sustanciación hasta la oportunidad de la sentencia de mérito (que lógicamente deberá expedirse sobre las defensas previas antes que cualquier otro pronunciamiento).

Esta decisión ameritó críticas por parte de la doctrina, particularmente De Jesús O (2005, 196) indica que hay conductas procesales comprensibles que no significan renuncia tácita al acuerdo de arbitraje, señalando al efecto:

... El hecho de que el demandado en los casos en que se ve obligado por ley a oponer todas sus defensas en un solo acto, si además de la excepción de arbitraje opone sus defensas de fondo, creo que puede catalogarse de “comprensible”, de “razonable” o de “lógico”. En mi humilde criterio creo que declarar la renuncia tácita al arbitraje en estos casos es ir demasiado lejos. Las disposiciones constitucionales que promueven el arbitraje y las sentencias de nuestros tribunales que a título de *obiter dictum* destacan el deber constitucional de los operadores judiciales de promover el arbitraje pierden su vigencia en casos como el plantado.

La importancia de la materia ameritó una serie de trabajos del autor arriba mencionado, dedicados al estudio de los criterios en materia de arbitraje comercial denominados *Crónicas de arbitraje comercial*. De estos trabajos podemos destacar una idea fundamental del autor, y es que rechaza el criterio contenido en la sentencia N° 4650/2005 (*Inmunolab Laboratorios c/ Becton Dickinson Venezuela C.A.*) según el cual las decisiones

dictadas por los tribunales de instancia en materia de excepción de arbitraje deban ser conocidas por la Sala Político Administrativa en consulta obligatoria o por regulación de jurisdicción. (De Jesús O, 2006, 182).

En sentencia N° 5249/2005 (*Seforex c/ Fibranova*) la Sala Político-Administrativa relativiza el rigor con que se configuró la excepción de arbitraje en la decisión N° 1209/2001, destacándose varios avances (por ejemplo, se reconoce el principio de la competencia de la competencia), sin embargo, las exigencias no previstas en la ley siguen siendo destacadas por la Sala. En este sentido, la parte pertinente de la decisión destaca:

... De allí que tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas; de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable el estímulo de un estado de inseguridad perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias cada parte opondría, según su conveniencia, la sustracción o no de las causas al conocimiento del poder judicial.

En tal sentido, esta Sala considera necesario determinar la validez de la cláusula compromisoria, así como verificar si existe expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes; y, finalmente, constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, a fin de precisar la jurisdicción a la que corresponde dirimir la causa bajo análisis.

Desde esta perspectiva, se hace imprescindible en el caso bajo examen, analizar los siguientes elementos fundamentales:

a. Validez y eficacia de la cláusula compromisoria; esto es, el apego a los requisitos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

- b. Expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes.
- c. Disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje.

Otra importante decisión de la Sala Político-Administrativa respecto a la excepción de arbitraje es la sentencia N° 2080/2006 (*Tel-Free Venezuela, C.A. c/ Telecomunicaciones Movilnet, C.A.*), que a pesar de ratificar los contenidos fundamentales de la decisión N° 1209/2001 (*Hoteles Doral*), aminora el rigor formal del planteamiento de la excepción. Como parte de los requisitos consolidados a partir de la sentencia mencionada, el último es aquel que señala que la excepción de arbitraje debe ser planteada en “forma”; sobre esta exigencia la Sala señala:

... En cuanto al tercero de los elementos a analizar, esto es, que las partes hayan hecho valer en “forma” la excepción de arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, constata la Sala que la demandada Telecomunicaciones Movilnet, C.A. en la primera oportunidad que se presentó al juicio el 11 de enero de 2006, opuso la falta de jurisdicción del tribunal para seguir conociendo de la causa en atención a la existencia de una cláusula compromisoria previa, respecto de la cual ya se había producido un pronunciamiento definitivo e inapelable.

En efecto, aun cuando la demandada en la primera oportunidad que se presentó al juicio se limitó a solicitar que el tribunal declarara su falta de jurisdicción para tramitar y decidir la controversia, debido a la existencia de una cláusula arbitral, sin mencionar en concreto que lo hacía con fundamento en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante estima la Sala que lo importante es que la accionada en la primera oportunidad que compareció al juicio manifestó en forma inequívoca su disposición de hacer valer frente a la pretensión del demandante, la excepción de arbitraje, lo que ratificó mediante escritos presentados posteriormente en los que indicó expresamente que actuaba con fundamento en lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil; por lo cual esta

Sala, en aras de hacer justicia sin formalismos, considera que tal actuación fue ejercida oportunamente. Así se decide.

Como señala De Jesús O (2009, 188), el criterio en cuestión representa un avance en la materia al tratar a la excepción de arbitraje como si se tratara de una excepción autónoma, y más aún desembarazarla del rigor formal que aun la acompaña.

Los atisbos aislados de modificar el criterio han sido solo eso, observándose una recurrente confirmación y ratificación del criterio establecido en la sentencia N° 1209/01 de la Sala Político-Administrativa. Así, en 2009, podemos mencionar sentencias: 687/2009 publicada el 21 de mayo de 2009 (caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A c/ Oceanlink Offshore III AS*), 812/2009 publicada el 4 de junio de 2009 (caso: *Euro Delicias, C.A. c/ Delicocinas, C.A*); 1069/2009 publicada el 15 de julio de 2009 (caso: *Vanuatu S.A. c/ Desarrollos El Carite C.A*); 1627/2009 publicada el 11 de noviembre de 2009 (caso: *Inversiones Infeca 27 C.A. c/ Servicios Halliburton de Venezuela C.A.*). Sentencias que han reproducido el siguiente texto, referido a las condiciones de procedencia de la excepción de arbitraje:

- a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se

encuentran tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

b) La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia. b'1) La denominada "Renuncia Tácita al Arbitraje", cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en "forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil", la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando al fondo de la misma) o habiendo quedado confeso (confesión ficta).

También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no hay sido interpuesta en "forma" esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación procesal adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). **(Véase, entre otras, sentencias Nros. 1209 del 20 de junio de 2001 y 832, del 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A.).**

De manera que es éste último el criterio que rige en cuanto al planteamiento de la excepción de arbitraje comercial en Venezuela.

3.3. Incoherencia de su tratamiento con el sistema constitucional vigente

Sin lugar a dudas existe una antinomia evidente entre el tratamiento actual de la excepción de arbitraje en Venezuela y el sistema constitucional.

Así, al establecer el deber de pronunciarse el tribunal de la excepción o tribunal oficial sobre la validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, “sobre el apego y respeto de los requisitos y extremos que presuntamente la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo”, está extralimitando sus funciones en violación directa de los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial. Establece el artículo 7:

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A este efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

Por su parte, el artículo 25 reza:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre sus propias competencias, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje...

Según estas normas el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje. En la interpretación de esta norma se plantea el dilema de otorgar competencia exclusiva a los árbitros para conocer cualquier planteamiento relativo a la existencia o validez del acuerdo arbitral, o por el contrario, la concurrencia de aquella competencia con los jueces oficiales. Aquella salida sin lugar a dudas tiene más lógica, e impide que se utilicen a los jueces del Estado como instancia idónea para interrumpir o menoscabar la eficacia del acuerdo.

Además, creemos que hay una razón para privilegiar la competencia de la competencia de los tribunales arbitrales con carácter pleno. Hemos mencionado en páginas anteriores que el acuerdo de arbitraje tiene *eficacia procesal*. Como contrato procesal el acuerdo de arbitraje tiene un fin esencial: en caso de que una de las partes no cumpla el acuerdo, la otra parte puede hacer valer el efecto negativo. Este efecto es exclusivamente procesal y para que sea útil debe concebirse sin mayores exigencias. De manera que esta eficacia no puede confundirse con el análisis de fondo del acuerdo o eficacia sustancial. Esta última está reservada para los propios árbitros, y ciertamente afectará la *eficacia procesal*, pero ésta está dispuesta únicamente para resolver, en un

momento de crisis, sobre la aptitud del acuerdo para producir el efecto negativo, a saber, separar a los jueces del conocimiento del asunto.

De lo contrario, las instancias judiciales de control del acuerdo de arbitraje se multiplicarían, en claro desprecio de la celeridad, economía, seguridad jurídica y la igualdad procesal, pues quien incumple el acuerdo tendría una primera instancia judicial para impugnar el acuerdo arbitral (juez de la excepción); luego, en caso de que su impugnación falle tendrá una segunda instancia para solicitar la invalidez o ineficacia del acuerdo frente al árbitro (competencia de la competencia), y en caso de que el árbitro rechace aquella impugnación, tendrá una tercera instancia donde reconducir su pretensión de impugnación por la vía del recurso de nulidad del laudo (¿?). Esto, reiteramos, en evidente desprecio a principios tan caros como el de la seguridad jurídica, la celeridad, economía y la igualdad procesal.

Por eso, debe entenderse que el acuerdo de arbitraje produce *eficacia procesal* cuando cumple condiciones mínimas, a saber: 1) en cuanto al acuerdo de arbitraje: 1.1) que se demuestre su existencia por escrito, 1.2) en idioma español, 1.3) esté redactado en términos suficientemente claros (no patológicos) y 1.4) exista relación entre el acuerdo, las partes (legitimación aparente) y la pretensión (objeto y causa); 2) en cuanto al planteamiento de la excepción: 2.1) que se manifieste expresamente la

intención de hacer valer el efecto negativo del acuerdo, con el cumplimiento de la debida carga argumentativa que toda alegación requiere y 2.2) que se plantee como primera defensa en el proceso, vale decir, en la primera oportunidad de comparecer a ejercer defensas, sea cual fuese el tratamiento procesal de la comparecencia (p.ej. defensas previas planteadas acumulativamente con contestación al fondo [caso del procedimiento inquilinario ex artículo 35 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliario]). En este sentido, es indudable que puede ser planteada *ad eventum* en aquellos procedimientos que concentren el ejercicio de defensas (previas y de fondo) en un mismo acto.

Así pues, al tratarse de una *excepción dilatoria* debe ser planteada antes que cualquier otra excepción o defensa, incluso antes que las cuestiones previas relativas a la falta de jurisdicción o incompetencia objetiva regladas en el Código de Procedimiento Civil (cuantía, materia, territorio). Es decir, debe ser la primera, aunque no necesariamente la única, defensa planteada por el demandado.

Por otra parte, no tiene ningún fundamento el exigir que se cumpla con “el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo”, pues la legislación el mayor requisito que estableció fue que el acuerdo conste por escrito y que en él se deje

constancia de la voluntad de las parte de someterse a arbitraje, (artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial); además de algunas reglas particulares aplicables a los contratos con referencia a cláusulas arbitrales contenidas en otros contratos y en los contratos normalizados.

Asimismo, la capacidad no es un asunto que deba ser resuelto por el juez de la excepción de arbitraje, sino por el árbitro, pues la discusión de la capacidad implica el conocimiento sobre un asunto de fondo que escapa de la *eficacia procesal* del acuerdo, que es el tema que se discute con la excepción de arbitraje, y contradice la intención consignada en los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial. Los elementos de existencia y validez deben ser reservados al conocimiento de los árbitros, salvo que se trate de una evidente causa que impida al tribunal oficial dejar de pronunciarse (violación del orden público, buenas costumbres o contraría una norma imperativa). Esta reserva de competencia de los árbitros se hace patente en materia de arbitraje comercial internacional, donde de no respetarse del principio de la competencia de la competencia, puede que el Juez del Estado menoscabe, incluso, la escogencia de normas aplicables al acuerdo.

Sánquiz (2005, 177) advierte el excesivo rigorismo o formalismo que exigen los tribunales para la validez del acuerdo, afirmando al efecto que “Resulta no menos absurdo, que se pretenda condicionar la validez de

una cláusula arbitral a la inclusión en su redacción de fórmulas y frases solemnes no exigidas en la LAC”.

El conocido principio procesal de la competencia de la competencia en materia arbitral demanda carácter de exclusividad, para así evitar que se institucionalicen tácticas dilatorias del arbitraje; como la de demandar la nulidad del acuerdo en sede judicial.

Por otra parte, considerar que se ha renunciado tácitamente al arbitraje cuando no ha sido propuesta en “*forma*” la excepción de arbitraje comercial, es decir, a través de la cuestión previa de falta de jurisdicción, es exigir un formalismo no previsto en la ley. Nuestra ley no prevé forma alguna para el planteamiento de la *excepción de arbitraje*. La exigencia de su planteamiento en “forma” es un transplante irracional de una norma extranjera, a saber, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Española de 1988 (derogada), que en su parte pertinente establece:

... 2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer **en forma** la oportuna excepción.

Decimos que se trata de un transplante irracional por vía jurisprudencial, pues la sentencia N° 1209/2001 de la Sala-Político Administrativa, reiterada hasta la fecha, entre los fundamentos de derecho que utiliza

para su resolución, cita al autor español Caballol (1997, 88), quien analiza la excepción de arbitraje en España en atención a la Ley de 1988, que estableció como motivo de “renuncia tácita” al arbitraje el no planteamiento en “forma” de la excepción. Sin embargo, si se lee bien al autor, se observa que estos formulismos insustanciales no pueden ser tomados en cuenta como para estimar la renuncia tácita al arbitraje. Así, señala el autor:

La exigencia legal de que la excepción opuesta sea “la oportuna” no precisa de una atención singular. Si el demandado al invocar el efecto negativo del arbitraje opusiera una excepción distinta no podría dar lugar a que se tuviera por renunciada tácitamente el efecto negativo. En este caso habiéndose dado cumplimiento a los restantes aspectos del artículo 11.2 de la LA, en virtud del principio *iura novit curia* el juzgador podrá considerar alegada la excepción oportuna (Caballol, 1997, 76).

La ley venezolana no establece en qué “forma” debe plantearse la excepción de arbitraje comercial, y no hay razones *evidentes* para considerar que se trata de un caso de falta de jurisdicción, sin negar las similitudes, pues, en nuestro país con el nombre *falta de jurisdicción* se da tratamiento a dos situaciones jurídicas (*falta de jurisdicción* frente al juez extranjero [Competencia procesal internacional] y *falta de jurisdicción* frente a la administración pública), que producen una incapacidad absoluta de todos los órganos jurisdiccionales para juzgar el asunto (Ortiz, 2004, 302).

De manera que decir *falta de jurisdicción*, tiene significado si se lo contextualiza en alguno de los *dos* supuestos previstos expresamente en el Código de Procedimiento Civil o en algún otro no previsto pero que por su esencia sea un caso de falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos (p.ej. inmunidad de jurisdicción proveniente del Derecho internacional [agentes diplomáticos o consulares, etc.]). El criterio actual de la Sala Político-Administrativa llega a la conclusión de que la *excepción de arbitraje* guarda relación con la *excepción de falta de jurisdicción*, a lo que cabe preguntar ¿Con cuál de los supuestos? O ¿es que se trata, como lo ha sostenido en alguna de sus sentencias, de un tercer supuesto?

La excepción de arbitraje no es *falta de jurisdicción*. No es falta de jurisdicción por un argumento fundamental: En Venezuela se entiende por falta de jurisdicción la imposibilidad absoluta de que los órganos jurisdiccionales de Venezuela conozcan un asunto. En el arbitraje no existe tal imposibilidad absoluta, por el contrario la limitación se radica sólo en una fase del proceso (la cognición), debiendo las demás fases ser conocidas por los órganos jurisdiccionales que de no haber existido el arbitraje hubieren conocido e incluso con la posibilidad de que en curso de arbitraje intervenga la justicia oficial. En este sentido señala Longo (2004, 217):

... la Ley de Arbitraje Comercial, en no pocas situaciones, remite la solución de determinadas necesidades

procedimentales a conocimiento del juez competente, no es posible aceptar quietamente que el inicio del trámite arbitral suponga entonces una falta de jurisdicción de los tribunales.

De manera que es evidente que no existe un motivo racional para exigir que la excepción de arbitraje se plantee por el cauce de la falta de jurisdicción como “forma” necesaria para su proposición.

Esta exigencia no prevista en la Ley, atenta directamente contra derechos y garantías procesales constitucionalizados, particularmente impide el acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a un “árbitro” de confianza y menoscaba los principios interpretativos “pro” actione y principio “pro” arbitraje, pues tal exigencia no está prevista en norma alguna, en el contexto que hemos expuesto *supra*. Asimismo, viola la propia doctrina de la Sala Constitucional que en sentencia n° 389/2002 declaró:

... Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) **constatar que esté legalmente establecida**, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión. (resaltado añadido).

Se trata de la aplicación de un criterio de legalidad *aparente*. Aparente pues la exigencia no está prevista en la ley. Con relación a la legalidad como obstáculo al acceso de la justicia, Casal (2008, 126) señala que:

la legalidad se erige en obstáculo para la adopción de decisiones dirigidas a la consecución de la justicia social. Ante estas deficiencias normativas el sistema de justicia tiene un papel que cumplir, según el orden de recursos y competencias, pero muchas dificultades deberán ser superadas mediante una lucha cívica y democrática que cristalice en reformas legislativas.

El problema radica en determinar la naturaleza de la *excepción de arbitraje*, con lo cual solucionamos por completo el problema planteado. Para nosotros la *excepción de arbitraje* no representa un caso de *falta de jurisdicción*, es decir, no somos de la opinión, por las razones expuestas, de que ese espacio para un supuesto adicional de *falta de jurisdicción* que abren las normas vigentes deba ser llenado por la *excepción de arbitraje*. Esta y no otra sería la razón fundamental para dejar de aplicar las normas sobre *falta de jurisdicción*, y así, sustraer a la excepción de arbitraje del régimen procesal de la *falta de jurisdicción*, de la consulta y del recurso de regulación de jurisdicción ante la Sala Político-Administrativa.

La excepción de arbitraje tiene analogía con la excepción de falta competencia, es cierto. Como señala Ortiz (2004, 304) “el caso de los árbitros, no es más que un problema de competencia, partiendo de la base de que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional”. En todo caso, los jueces, sin exigir rigorismos no previstos en la Ley podrían, en el peor de los casos aplicar las normas sobre impugnación de competencia, pero, téngase en cuenta, *luego de que sea plantada la excepción*. De manera

que debemos reiterar el principio de libertad de formas en su planteamiento.

A todo evento las normas sobre incompetencia podrían aplicar a los fines de regular el régimen de recursos proponibles contra la sentencia que se pronuncie sobre la excepción de arbitraje, siempre y cuando el juez, previa declaración expresa, y en uso de sus facultades de dirección del proceso ex artículos 7 y 14 del Código de Procedimiento Civil haya reconducido la excepción de arbitraje por el cauce del procedimiento relativo a la impugnación de la competencia (cosa deseable dada la analogía). Aplicando *ex post* (luego del planteamiento de la excepción) las normas sobre regulación de competencia previstas en los artículos 67 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En caso de no hacerlo resultará aplicable el régimen ordinario de recursos (artículo 288 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y no el de regulación de jurisdicción. Pues, como mencionamos, no se trata de un caso de falta de jurisdicción.

Lo que queremos enfatizar es que en el estado actual de su tratamiento, la excepción de arbitraje no tiene una forma preconcebida en la Ley para su cauce, incluso, hay situaciones donde deben admitirse ciertas actuaciones procesales precisamente por la falta de regulación expresa de la excepción. Nosotros creemos que la excepción de arbitraje es una

excepción autónoma, garantía procesal del arbitraje, y que a falta de norma expresa que la regule, el juez, una vez planteada y verificado el cumplimiento de los requisitos mínimos que hemos considerado, *puede* reconducirla por la vía de la excepción de incompetencia. Garantía de que las partes cumplirán su acuerdo de sumisión y que los Tribunales la interpretarán como tal, sin exigencias y solemnidades no previstas en la Ley, y que a todas luces son insustanciales.

Asimismo, al haber sido el régimen de la excepción de arbitraje creado por vía jurisprudencial en los términos que se han señalado, se ha menoscabado el conocido principio de intervención mínima de los órganos judiciales (Kos-Rabcewics-Zubkowski, 1990, 86) y se confirma aquella denuncia sobre la “reticencia judicial” para con el arbitraje (Caivano, 2008, 60).

No hay motivos legítimos para afirmar que la justicia oficial puede controlar indiscriminadamente a la actuación de la justicia arbitral, pues, la intervención de aquella en asuntos de ésta sólo es dable en los casos y bajo los límites que el propio legislador ha previsto. Se impone pues la necesidad de interpretar de manera restringida los supuestos de intervención de la justicia oficial en la arbitral, pues ésta a pesar de ser parte del sistema de justicia, pertenece a un subsistema autónomo de heterocomposición procesal, con normas y principios propios que la

independizan de cualquier yugo o subordinación con la justicia oficial. Y cuando de un sistema se trata, no es posible jerarquizar un componente en perjuicio de otro, más aún cuando buscan un mismo fin.

CONCLUSIONES

1. La constitucionalización del arbitraje, aparte que significó el reconocimiento histórico de nuestra tradición Republicana, sobrepasa los límites de la contingente regulación normativa, al ser totalmente coherente con la exigencia global de solución de conflictos reconocida en los instrumentos internacionales que garantizan el derecho de acceso a la justicia de toda persona y a una tutela jurisdiccional efectiva.

Contextualizar esta realidad dentro de una figura creada formalmente en nuestra Constitución, como lo es el sistema de justicia, significa coordinar los elementos que lo componen para garantizar el cause efectivo de solución de conflictos, entendido como un aparato de colaboración entre componentes de un mismo sistema. Pero con especial relevancia respecto a los mecanismos de heterocomposición procesal, en un primer lugar, con el insustituible subsistema judicial, a la cabeza del sistema, y en segundo lugar, con los mecanismos de la llamada *justicia por consenso*, específicamente, el arbitraje.

Esto implica una necesaria relación de colaboración tanto en el plano ideal como en el de la *praxis* entre estos componentes de heterocomposición, y que al margen de las interminables discusiones

sobre la Justicia, habrá que entender que justicia arbitral y justicia oficial, en el contexto de mecanismos de resolución de conflictos, son mecanismos de heterocomposición que parten de una idea matriz, cual es garantizar a las partes un cauce de resolución de efectiva de su conflicto a través de un *proceso* (con todas la implicaciones que este ultimo fenómeno representa), y más aun, el derecho fundamental a un *debido proceso*.

Se hace menester reinterpretar los fenómenos que han sido tratados con ligereza, en particular, la excepción de arbitraje, que viene a convertirse en una genuina *garantía procesal* para hacer efectiva la posibilidad de levantar trabas para acceder al arbitraje en el contexto garantista de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2. La relación directa del arbitraje, particularmente, del tratamiento procesal de la excepción de arbitraje comercial con la eficacia normativa de ciertas garantías constitucionales es inocultable. Entre ellas el acceso a la justicia, planamente garantizado en nuestra Constitución y Acuerdos internacionales. Derecho que se extiende al acceso al proceso arbitral como mecanismo de justicia. Y que para hacerlo efectivo es necesaria una interpretación racional de los jueces del Estado sobre la defensa o *excepción* por medio de la que se haga valer el efecto negativo del

acuerdo de arbitraje. Interpretación coherente con los postulados *iusfundamentales* de acceso a la justicia.

Por otra parte figura el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, es decir que la tutela que pretenden los usuarios ante los órganos de justicia sea *efectiva*, real y verdadera, pero también eficaz, sin duda alguna la vía arbitral debe ser entendida como un mecanismo adecuado para tal fin. La *tutela jurisdiccional efectiva* además de resultados reales, es también expectativa legítima. La justificación fundamental del arbitraje es la libertad del hombre, la República y la democracia.

Y asimismo, la libertad del hombre, se exterioriza en toda su expresión en el arbitraje, en cuanto a la justificación de la libertad de elección de jueces privados (árbitros). Las razones para elegir un árbitro varían en cada caso, y, como señalamos, están relacionadas con las ventajas del arbitraje. Las partes por razones que le son propias, prefieren que su conflicto actual o eventual sea resuelto por árbitros y no por la justicia oficial. Pero más allá de ésta razón, su elección encuentra justificación en su *libertad*.

La excepción de arbitraje comercial funciona como una garantía procesal para el acceso al arbitraje. Su actual tratamiento (excepción de falta de jurisdicción) desde su imposición jurisprudencial no se compagina con los postulados Constitucionales, trascendiendo de problema de legislación

local al de incumbencia global. Por lo que es necesario asumir una actitud *pro actione* respecto al planteamiento de la excepción de arbitraje comercial y *pro arbitraje* en el conocimiento de la misma, donde el recurso a la analogía será la mejor herramienta, en un contexto de interpretación garantista.

3. Los conceptos generales sobre las excepciones procesales indican que la excepción de arbitraje es una excepción previa, particularmente una excepción procesal autónoma; en fin se trata de una excepción con rasgos propios que demandan un tratamiento diferenciado. Por tratarse de una excepción no expresamente regulada en nuestro ordenamiento, es necesario reinterpretar su cauce en aras de hacer efectivos los postulados constitucionales de acceso a la justicia, tutela jurisdiccional, derecho a un juez de confianza y materialización del principio *pro actione*, todos estos vinculados en su fuero interno con la institución arbitral.

Existe una situación lagunosa respecto de la excepción de arbitraje comercial. La solución jurídica para esta falta de plenitud es la técnica de la analogía. Sin embargo, no debe ejercérsela de cualquier manera, pues es necesario que su solución encuentre coherencia en un sistema jurídico donde la misma se perfila como garantía de un derecho fundamental: el derecho al arbitraje. Señala Ferrajoli (2004, 25) que “Las garantías no son otras cosas que técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la

distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.

En tal sentido, fijar apriorísticamente por vía *jurisprudencial* un cauce para su planteamiento es ilegítimo cuando se lo hace restringiendo irracionalmente el derecho al arbitraje. En cambio, aceptar sin más límites que los que la racionalidad jurídica ofrece, la libertad de formas como principio para plantear la excepción, respetando principios básicos, que obedezcan a la naturaleza y finalidad de la excepción, resulta coherente con el celoso sistema constitucional venezolano.

Como principios o pautas orientadoras para el planteamiento de la excepción de arbitraje, señalamos los siguientes postulados, a saber: 1) en cuanto al acuerdo de arbitraje: 1.1) que se demuestre su existencia por escrito, 1.2) en idioma español, 1.3) esté redactado en términos suficientemente claros (no patológicos) y 1.4) exista relación entre el acuerdo, las partes (legitimación aparente) y la pretensión (objeto y causa); 2) en cuanto al planteamiento de la excepción: 2.1) que se manifieste expresamente la intención de hacer valer el efecto negativo del acuerdo, con el cumplimiento de la debida carga argumentativa que toda alegación requiere (sin necesidad de invocar expresamente la *falta de jurisdicción* u otra excepción nominada), y 2.2) que se plantee como

primera defensa en el proceso, vale decir, en la primera oportunidad de comparecer a ejercer defensas, sea cual fuese el tratamiento procesal de la comparecencia. En este sentido, es indudable que puede ser planteada *ad eventum* en aquellos procedimientos que concentren el ejercicio de defensas (previas y de fondo) en un mismo acto.

A los fines de regular el régimen de recursos proponibles contra la sentencia que se pronuncie sobre la excepción de arbitraje, el juez que, previa declaración expresa, en uso de sus facultades de dirección del proceso ex artículos 7 y 14 del Código de Procedimiento Civil haya reconducido la excepción de arbitraje por el cauce del procedimiento relativo a la impugnación de la competencia (cosa deseable dada la analogía), deberá aplicar las normas sobre regulación de competencia previstas en los artículos 67 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En caso de no hacerlo resultará aplicable el régimen ordinario de recursos (artículo 288 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y no el de regulación de jurisdicción. Pues, como mencionamos, no se trata de un supuesto de falta de jurisdicción.

Referencias bibliográficas

Alcalá-Zamora y Castillo, N (1987). **Estudios diversos de derecho procesal**. Barcelona: Bosch.

Alsina, H. (1982). **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. (T. I.) Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

Alvarado, A. (2008). **Introducción al Estudio del Derecho Procesal**. (1ª parte). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

_____. (2004). **Debido proceso versus pruebas de oficio**. Bogotá-Colombia: Temis.

Álvarez, T. (2008). **Procesos civiles especiales contenciosos** (2ª ed.). Caracas: Ucab.

Balaguer, M (1997). **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Tecnos.

Baumeister, A. (1997). Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela. Informa al Comité AIDA CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, 51. 317 – 343. Caracas: Ucab.

_____. (1998). Algunos comentarios sobre el Proyecto de la Ley de arbitraje comercial. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, 52. 431 – 441. Caracas: Ucab.

_____. (1998). Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial. **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. 61-144. Caracas: Acienpol.

Benetti, J. (2001). **El Arbitraje en el Derecho Colombiano**. (2ª Ed). Bogotá-Colombia: Temis.

Bonnemaison, J. (2006) **Aspectos fundamentales del arbitraje comercial**. Caracas: TSJ.

Borjas, A. (1979) **Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**. (vol. IV y V). (5ª Ed). Caracas: Piñango.

Brewer, A. (1997) **Las Constituciones de Venezuela**. Caracas: Acienpol.

Bülow, O. (2008). **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. (Trad. Rosas Lichtschein). Buenos Aires: El Foro.

Caballol, L. (1997) **El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje**. Barcelona: Bosch.

Cabanellas, G. (1977). **Diccionario de Derecho Usual**. (T. IV., 11ª Ed). Buenos Aires –Argentina: Heliasta.

Calamandrei, P. (1973). **Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código**. (2ª ed., vol. I. trad S. Sentis). Buenos Aires: EJEa.

Caivano, R. et al (2006). **Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna**. (2ª ed). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Caivano, R. (2008). **Arbitraje**. (2ª ed). Argentina: Ad-Hoc.

Carnelutti, F. (2006). **Metodología del Derecho**. Buenos Aires: El Foro.

_____. (2007). **Cómo se hace un proceso**. (Trad. Sentis y Ayerra). Bogotá- Colombia: Temis.

Casal, J. (2008). **Los derechos humanos y su protección: Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales**. (2ª Ed). Caracas: UCAB.

Código Civil de Venezuela (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 2.990 (Extraordinario), julio 26 de 1982.

Código de Procedimiento Civil venezolano (1986). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 4.209 (Extraordinario), septiembre 09 de 1990.

Comoglio, L. (2004). *Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile*. Roma e America. **Diritto Romano Comune: Revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina**. 17. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 5.453 (Extraordinario), marzo 24 de 2000.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros – Convención de Montevideo (1979). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 33.144, enero 15 de 1985.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional – Convención de Panamá (1975). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 33.170, febrero 20 de 1985.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras – Convención de Nueva York (1958). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 4.832, diciembre 29 de 1994.

Cordón, F. (2005). **El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje**. España: Civitas.

Couture, E. (1977) **Fundamentos de derecho procesal civil**. (3ª ed.). Buenos Aires: De Palma.

_____. (1997). **Vocabulario jurídico**. Buenos Aires: Depalma.

Cuenca, H. (1980) **Curso de casación civil**. Caracas: UCV.

Chiovenda, G. (2005). **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. (Trad. Gómez y Greco). Buenos Aires: Valletta.

De Jesús S, A. (2005). Palabras. **Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Caracas: Acienpol.

De Jesús, A. (2005). La renuncia tácita del acuerdo de arbitraje y algunas conductas procesales “comprensibles”: Comentarios críticos a la Sentencia N° 1.713 de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela del 7 de octubre de 2004. **Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia**, 17. 181 – 196. Caracas: TSJ.

_____. (2006) Crónica de arbitraje comercial N° 1. **Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia**, 20. 169-242. Caracas: TSJ.

_____. (2006). Crónica de arbitraje comercial N° 2. **Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia**, 22. 231-258. Caracas: TSJ.

_____. (2009). Crónica de arbitraje comercial: Quinta entrega”.

Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia, 30. Caracas: TSJ.

De Maekelt, T., y Madrid, C. (2003) Al rescate del arbitraje en Venezuela.

El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Caracas: Ucab.

Devis, H. (1985). **Compendio de Derecho Procesal**. (T, I., 10ª Ed).

Bogota: ABC.

Duque, R. (2007). Justicia por consenso en el sistema de justicia y el debido proceso en el arbitraje. **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, 145. Caracas: Acienpol.

_____. (2007) El Sistema de Justicia. **Tendencias Actuales del Derecho Constitucional, Homenaje a Jesús María Casal Montbrun**. (T. II). Caracas: UCAB.

_____. (2001). *Discurso y trabajo de incorporación de Román J. Duque Corredor a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la Reforma del Estado, la redefinición de la función jurisdiccional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Caracas.

Escarrá, C. (2006). Tutela Judicial Efectiva. **Tendencias Actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso**. Caracas. UCAB.

Feldstein, S, y Leonardi, H. (1998). **El Arbitraje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fernández, J. (2008) **Tratado de arbitraje comercial en América Latina**. Madrid-España: Iustel.

Farrajoli, L. (2004). **Derechos y garantías. La ley del más débil**. (4ª ed). Madrid: Trotta.

Ferrero, A. (1974). **Derecho Procesal Civil. Excepciones**. (2º ed). Lima – Perú.

Gabaldón, F. (2002). Algunos temas en torno a la Ley de Arbitraje Comercial. **Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro Homenaje a Humberto Cuenca**. Caracas: TSJ.

García, D. (2001). **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá-Colombia: Temis.

Gaspar, S. (1998). **El Ámbito de Aplicación del Arbitraje**. Pamplona: Arandazi.

Guerra, V. (2005). Evolución del Arbitraje Comercial Interno e Internacional. ***Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias practicas***. Caracas: Aciropol.

González, J. (2008). Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial. **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**. 146. 219-317. Caracas: Aciropol.

Gozáini, O. (1995). **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Argentina: Depalma.

Henríquez, R. (2000). **El arbitraje comercial en Venezuela**. Venezuela: CACCC.

Hernández-Bretón, E. (2005) Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental. ***Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias practicas***. Caracas: Aciropol.

Hung, F. (2003) Apostilla a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia. **El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique** (vol. II). Caracas: UCAB.

_____. (2001). Principios orientadores del arbitraje en la ley de arbitraje comercial y los recursos contra el laudo arbitral. **XXVI Jornadas "JM**

Domínguez Escovar", Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. (2ª ed.) Barquisimeto.

Kos-Rabcewics-Zubkowski, L. (1990). **El Arbitramento en la legislación canadiense.** Bogotá – Colombia: Temis.

Ley de Arbitraje Comercial venezolana (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 36.430, abril 07 de 1998.

Lohmann, G. Interferencia Judicial en los Arbitrajes (2005). **Revista Peruana de Arbitraje.** 1. Consulta: 2009, diciembre 26 en: <http://www.limaarbitration.net/RPA1/texto.pdf>

Longo, P. (2004). **Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia.** Caracas: Editorial Frónesis.

Martínez. L. y Perdomo J. (2004). **El derecho a la jurisdicción en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Caracas: TSJ-MP-DEM-SADP.

Matthies. R (1996). Arbitrariedad y arbitraje. **Un análisis de la normativa acerca del arbitraje de derecho privado en Venezuela.** Caracas: Todtmann.

Mezgravis. A. (2006). Elección de medios autocompositivos y adversariales. ***Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso***. Caracas: Ucab.

Morales, H. (1991). **Curso de Derecho Procesal Civil**. (11° ed). Bogotá: ABC.

Morales, I. (2008). El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela. **La reclamación Venezolana sobre la Guayana Esequiba**. Caracas: Acienpol.

Morello A. (1990). **Contrato y proceso: Aperturas**. Buenos Aires: Platense – Abeledo Perrot.

_____. (1998). **Constitución y Proceso: La nueva edad de las garantías jurisdiccionales**. Argentina: Platense y Abeledo Perrot.

Oppetit, B. (2006). **Teoría del arbitraje**. (Trad. Romer S. et al). Colombia: Legis.

Ortiz-Álvarez, L y Lejarza, J. (1997). **Constituciones Latinoamericanas**. Caracas: Acienpol.

Ortiz, R. (2001). **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa**. Caracas: Fronesis.

Ortolán, M. (2006). **Instituciones de Justiniano**. (Ed. Bilingüe). Bogotá-Colombia: Facultad de Derecho.

Pico, J. (1997). **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona-España: Bosch.

Real Academia Española (1984). **Diccionario de la Lengua Española**. (t. II., 20ª ed). Madrid.

Redfern, A. et al. (2006). **Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional**. (4ª ed. en español revisada y adaptada por N. Marigo y F. Ossa). España: Arandazi.

Rengel-Romberg, A. (1991). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987**. (T, III). Caracas: Ex Libris.

_____. (1999). El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la Nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998). **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Acienpol.

_____. (2005) Naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral. **Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Caracas: Acienpol.

Rousseau, J.J. (S/F). **El Contrato Social**. Bogotá: Gráficas Modernas.

Sánquez, S. (2005). **El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano**. Caracas: FRG – UCAB.

Venezuela. Comité Venezolano de Arbitraje. [Base de datos en línea].
www.cvarbitraje.com.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. [Base de datos en línea].
www.tsj.gov.ve.

Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (1982). **Leyes y Decretos de Venezuela: 1841 – 1850**. 2. Caracas: Acienpol.