



venamcham
CAMARA VENEZOLANO-AMERICANA DE COMERCIO E INDUSTRIA



Comité
de Arbitraje

Disponible en PDF



El arbitraje
El acuerdo de arbitraje

Negocio jurídico
Elementos y clasificación

**Arbitrabilidad
y orden público**

Versión

WEB



Editorial

Presidente del Comité de Arbitraje:

Dr. Hernando Díaz-Candia, socio del Despacho de Abogados WDA legal, S.C.

Analista Legal del Comité:

Abg. Sabrina Tamayo de la Dirección de Análisis e Información de VENAMCHAM

Presentación

El Comité de Arbitraje de Venamcham está conformado por abogados con experiencia en la resolución de conflictos a través de medios alternativos. Cuenta con miembros de escritorios de abogados y de prestigiosas empresas afiliadas a Venamcham. El Comité no administra arbitrajes ni vende servicios.

Nuestra misión principal es promocionar e impulsar el arbitraje a través de investigaciones y mecanismos políticos constructivos, con visión crítica y aportes novedosos. Servimos como caja de resonancia o especie de semi <<think tank>> para probar y cuestionar ideas y proposiciones contenidas en sentencias judiciales y en laudos arbitrales, o hechas por nuestros miembros o invitados especiales. Esperamos que en la concepción del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, el vocablo <<alternativo>> evolucione para dejar de transmitir una contraposición a modelos oficiales comúnmente aceptados, y pasar a comunicar una capacidad de alternar con función y extensión igual o al menos semejante a dichos modelos oficiales.

Con lo anterior en mente, nos enorgullece presentar aquí para su difusión breves resúmenes de exposiciones hechas en el seno del Comité durante 2010-11. Cualquier persona interesada en el arbitraje tiene una oferta abierta para asistir a una de nuestras reuniones a exponer sus ideas y someterlas a propagación y a un análisis constructivo. Para aceptar nuestra oferta, o para formular comentarios o preguntas al Comité, pueden escribirnos a los correos electrónicos hernando.diaz@wdalegal.com o stamayo@venamcham.org.

Hernando Díaz-Candia
Presidente del Comité de Arbitraje

MIEMBROS DEL COMITÉ DE ARBITRAJE

Miembro: Representante

WDA LEGAL, S.C.: Díaz Candia, Hernando

MARQUEZ, HENRIQUEZ, ORTIN & VALEDON, S.C.: Valedón, Carlos

ESCOVAR LEÓN ABOGADOS, S.C.: Escovar, Ramón

ESCOVAR LEÓN ABOGADOS, S.C.: Croes Campbell, Juan Enrique

BENSON, PEREZ MATOS, ANTAKLY & WATTS: Chacón García, Lubín

TORRES, PLAZ & ARAUJO, S.C.: Escudero Estévez, Jesús

HOET PELAEZ CASTILLO & DUQUE ABOGADOS: Torrealba, José Gregorio

MATHISON, LUPINI Y ASOCIADOS: Gorrin, Guillermo

BADELL & GRAU DESPACHO DE ABOGADOS: Badell Madrid, Rafael

AYALA DILLON FERNANDEZ & LINARES CONSULTORES JURIDICOS: Dillon, Desmond

TORRES, PLAZ & ARAUJO, S.C.: Monteverde Mancera, Luis Gonzalo

D'EMPAIRE REYNA ABOGADOS: Perera Riera, Pedro

TRAVIESO EVANS ARRIA RENGEL & PAZ, S.A.: Rengel Núñez, Pedro A.

WDA LEGAL, S.C.: Weininger, Bernardo

MERCANTIL, C.A. BANCO UNIVERSAL: Fernandes, Luis Alberto

TINOCO, TRAVIESO, PLANCHART & NUÑEZ: Lepervanche Michelena, Carlos

S. C. MELONE & MELONE: Bariona, Mario

BENSON, PEREZ MATOS, ANTAKLY & WATTS: Barnola Quintero, José Pedro

ESCRITORIO RODRIGUEZ & MENDOZA: Michelena, Santos A.

DESPACHO DE ABOGADOS MIEMBROS DE MACLEOD DIXON, S.C.: Saghy, Pedro

MANTELLINI & ASOCIADOS: Cuotto Arellano, Igor

S.C AARONS & ASOCIADOS, ABOGADOS: Aarons P., Fred

CONTENIDO

- 5** **ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO**
Por el Dr. Hernando Díaz Candia del Despacho de Abogados WDA Legal S.C.
- 7** **INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE**
Por el Dr. Ramón Escovar Alvarado del Escritorio Jurídico Escovar León Abogados, S.C.
- 13** **NUEVOS AVANCES SOBRE ARBITRAJE EN EL FORO VENEZOLANO:**
Por el Dr. Gilberto A. Guerrero-Rocca Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
- 18** **ACTUALIDAD PRÁCTICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES. ANÁLISIS DE LAUDOS RECIENTES EN ARBITRAJE DE INVERSIONES CONTRA VENEZUELA Y NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN.**
Por el Dr. J. Eloy Anzola, árbitro internacional
- 21** **EL CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA**
Por la Dra. Milagros Betancourt, Directora del CEDCA
- 23** **ARBITRAJE Y CASACIÓN**
¿MÁS RIESGOS, MÁS GARANTÍAS?
Por el Dr. Pedro Saghy del Despacho de Abogados Macleod Dixon
- 25** **APROXIMACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS MEDIANTE EL ARBITRAJE**
Por el Dr. Carlos Lepervanche M., socio principal del Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez .

Arbitrabilidad y orden público

Por el Dr. Hernando Díaz Candia del Despacho de Abogados WDA Legal S.C.

El arbitraje es una institución jurídica inspirada en métodos políticos de resolución de conflictos entre comerciantes, utilizados desde la época medieval y con precedentes en la antigua Grecia, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, con consentimiento de las partes y en exclusión —al menos parcial— de la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante una controversia a través de la aplicación de normas o principios preexistentes. El origen del arbitraje fue —en importante medida— ajeno al Derecho y perteneciente a la estricta equidad, razón por la cual, en tales orígenes, los actos que lo concluían carecían de coerción jurídica.

Con su desarrollo histórico el arbitraje pasó gradualmente a ser reconocido por el orden jurídico, inclusive transnacional. En el siglo XXI se le puede ubicar, por tanto, en una paradoja: su actual fuerza se basa en normas jurídicas que en sus orígenes parecía querer escapar. Esa paradoja plantea una cuestión particular: ¿Cómo puede congeniarse la arbitrabilidad, es decir, la disponibilidad o posibilidad para ser resuelto en arbitraje, de un asunto en el que se involucre el orden público? Con el orden público se asocia una rigidez, que en Venezuela ha llevado a reflejar en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial que no son arbitrables, entre otras, las controversias “que sean contrarias al orden público” y las “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público.”

No es obvio entender que el arbitraje tenga flexibilidad —que no arbitrariedad— en la valoración de las pruebas y en el método de razonamiento jurídico empleado para su conducción y culminación, pero que sin embargo puedan arbitrarse conflictos en los que se involucre el orden público. De hecho, muchas veces en los foros jurídicos la imperatividad se justifica con base en el involucramiento del orden

público, llegando a decirse: «una norma es de orden público», para concluirse que las cuestiones en las que deban aplicarse normas imperativas no son arbitrables.

Es fundamental recordar, primero, que cuando existen normas de aplicación inmediata o normas imperativas, no necesariamente existen normas que establezcan un orden público; y segundo, que aun cuando efectiva y realmente se involucren normas que establezcan un verdadero orden público, ello no excluye de plano la arbitrabilidad del asunto. El arbitraje —al menos el arbitraje de Derecho— no relaja necesariamente el orden público, ni lo menoscaba. El *ius imperium* del Estado es importante y está sujeto a reglas especiales de Derecho Público; ello implica que el ejercicio del *ius imperium* no puede ser juzgado en sola equidad, sino necesariamente en Derecho, y que los árbitros deben aplicar el Derecho con una rigurosidad y minuciosidad científica no menor a la de un juez, aunque el árbitro pueda —y deba— emplear un modo de obrar y razonar distinto al del Poder Judicial.

Debe tenerse en cuenta además, que al menos en materia doméstica los laudos arbitrales siempre estarán sometidos, aunque limitadamente, al recurso de nulidad del laudo ante la jurisdicción judicial. Ello debe atenuar la preocupación de quienes piensan que el Poder Judicial siempre debe controlar las controversias que involucren al orden público.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, además, ha desechado progresivamente la transabilidad —es decir, la renunciabilidad a derechos— como único elemento general para establecer la arbitrabilidad, favoreciendo el denominado principio tuitivo. Bajo el principio tuitivo, el arbitraje es excluible, en general, en ciertas áreas o materias especiales en las que deben tutelarse o ampararse sustantivamente quienes en el arbitraje serían

débiles jurídicos. Asimismo, en lo particular, ciertas cláusulas arbitrales concretas pueden considerarse inválidas si atentan en sí mismas, intrínsecamente, contra el derecho a la defensa y el debido proceso de una parte². Pero no puede excluirse el arbitraje de grandes parcelas, prima facie, con el pretendido objeto de proteger la prevalencia del orden público.

La defensa de la arbitrabilidad de cuestiones de orden público es un asunto que se acerca más a la esfera del ius-naturalismo que a la del ius-positivismo (ciertamente el texto del artículo 3 la actual Ley de Arbitraje Comercial venezolana podría estar redactado distinto); pero, en todo caso, la no arbitrabilidad de dichas cuestiones debe debatirse con argumentos sólidos y no simplemente emocionales, exponiendo generalidades como la de que el Estado somos todos y que no puede privatizarse la justicia. La libertad del individuo frente al Estado debe ser expansiva, y es contrario a esa libertad que al individuo se le limite su facultad de sustraerse de la jurisdicción judicial, para acceder a la justicia sustantiva frente al Estado, con la excusa de proteger a este último y a un etéreo orden público. La función básica y tradicional de toda Constitución es organizar el Estado y disponer las libertades y derechos de los ciudadanos frente a ese Estado, y a partir de los artículos 253 y 258

de la Constitución venezolana de 1999 puede considerarse que acceder al arbitraje y sustraerse parcialmente de la jurisdicción judicial es una libertad de los particulares frente al Estado. Cuando el Estado consiente en el arbitraje está ejerciendo, y no renunciando, su soberanía.

La flexibilidad hace que el arbitraje funcione de manera distinta al Poder Judicial, pero no lo hace absolutamente inaceptable para resolver cuestiones que involucren al orden público. Por el contrario, al acrecentar la separación del Poder Estatal, el arbitraje puede ser particularmente ideal para juzgar objetivamente la legalidad de los actos del Estado. Debe reconocerse, en todo caso, que el arbitraje no es necesariamente una panacea generalizable, pues al ser una institución en la que los árbitros —que no son jueces regulares— ganan honorarios no despreciables, se corre el riesgo de desfigurarlo en un negocio con fines de lucro o al menos rentable. El arbitraje no es ideal para todas las controversias, pues el mismo implica —entre otras cosas— sufragar gastos como honorarios de árbitros y de centros administrativos que no se sufragan en jurisdicciones judiciales, así como la constitución de tribunales ad-hoc o accidentales. Pero el arbitraje debe ser promocionado porque así lo requiere la Constitución y porque es un mecanismo que facilita el acceso a la justicia sustantiva y no formalista.

1. Según el Diccionario de la lengua española, «tuitivo» (del lat. tuitus, part. pas. de tuēri, defender) es un adjetivo de uso jurídico equivalente a: «Que guarda, ampara y defiende».

2. Una cláusula arbitral podría atentar intrínsecamente contra el derecho a la defensa, por ejemplo, si bajo ella el nombramiento de los árbitros queda al designio de una sola parte y fuera del control u objeción posterior de la otra parte.

3. Se ha discutido así, por ejemplo, si en materia arrendaticia el principio tuitivo debe o no excluir la aceptación del arbitraje. **Cfr. Guerrero Rocca, Gilberto Alejandro: «¿Sigue siendo el arbitraje un medio alternativo para la resolución de controversias en materia arrendaticia: comentarios al tratamiento jurisprudencial»**. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia n.º 18. Caracas Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 101-131.

Interpretación del acuerdo de Arbitraje

Por el Dr. Ramón Escovar Alvarado del Escritorio Jurídico Escovar León Abogados, S.C. ⁴

SUMARIO

PLANTEAMIENTO. I. La interpretación del acuerdo de arbitraje en la jurisprudencia venezolana. II 1. Normas Aplicables al Acuerdo de Arbitraje. **CONCLUSIONES.**

PLANTEAMIENTO

1. La Constitución de la República (en lo sucesivo la "Constitución"), a través de sus artículos 253 y 258, consagra el principio pro-arbitraje como rector del arbitraje comercial internacional y del sistema de justicia venezolano. Uno de los corolarios de este principio es la utilización de la interpretación pro-arbitraje como método de análisis de los supuestos relacionados con el arbitraje. De acuerdo con la interpretación pro-arbitraje cualquier duda debe ser resuelta de manera de expandir la eficacia del derecho de las partes de acudir a arbitraje. Cabe destacar que en Venezuela el principio pro-arbitraje ha sido consagrado en el texto fundamental, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones donde ha sido por vía legal o jurisprudencial. Por ejemplo, en los Estados Unidos, fue a través del Federal Arbitration Act que se consagró el Liberal Arbitration Policy; en Francia, ha sido más bien a través de decisiones jurisprudenciales (v.gr sentencia de la Sala de Casación francesa de 2 de mayo de 1966 (caso: Trésor Public c. Galakis) en la que expresamente se estableció la posibilidad de someter a arbitraje los contratos administrativos de naturaleza comercial internacional).

2. Específicamente, los artículos 253 y 258 de la Constitución consagran el arbitraje como una institución básica del sistema de justicia venezolano al mismo tiempo que exigen su promoción, exigencia esta que no sólo debe ser cumplida por el legislador sino que también por todos los órganos del poder público venezolano;

especialmente, por los órganos de administración de justicia. Dichas normas exigen una política judicial pro-arbitraje, la cual adquiere una importancia determinante en el análisis de los acuerdos de arbitraje y, concretamente, en los métodos interpretativos utilizados para tal fin. Por estas razones la jurisprudencia posee un peso decisivo en hacer valer los postulados constitucionales.

3. A continuación analizaremos los métodos interpretativos aplicados por la jurisprudencia judicial venezolana al analizar acuerdos de arbitraje y las normas de Derecho venezolano aplicables al acuerdo de arbitraje comercial.

La Interpretación del Acuerdo de Arbitraje en la jurisprudencia venezolana

4. Si bien la mayor parte de las sentencias que sobre el tema del arbitraje comercial han dictado las diferentes salas del Tribunal Supremo de Justicia destacan la importancia de la consagración del arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sólo contado número utiliza una interpretación que proporciona eficacia práctica al derecho fundamental al arbitraje. Adicionalmente, un número importante de sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha aplicado un método de interpretación restrictiva al analizar supuesto de hechos relacionados con el arbitraje.

5. Un ejemplo en el que nuestro supremo tribunal ha utilizado la interpretación pro-arbitraje fue la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de nueve de octubre de 1997 (caso Embotelladora Caracas y otros c. Pepsi-Cola Panamericana), en el que, aplicando armónicamente la Convención de Nueva York y la de Panamá, se dispuso que la

⁴ Universidad Católica Andrés Bello ("UCAB"), Abogado. Universidad de Nueva York (Estados Unidos de América), Magister en Derecho Comparado. Universidad Central de Venezuela, Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado. Profesor de Derecho Internacional Privado y de Resolución Alternativa de Conflictos de la UCAB. Ejerce el Derecho en Escovar León Abogados S.C.

⁵ Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN: "Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental". Arbitraje Comercial Interno e internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 27.

finalidad de ambas convenciones era justamente facilitar la validez de los acuerdos de arbitraje.

6. También son ejemplos de aplicación de la interpretación pro-arbitraje los precedentes vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establecidos en las decisiones del 17 de octubre de 2008 (caso: Hildegard Rondón de Sansó), reiterado a través de la decisión de esa misma sala del 11 de febrero de 2009 (caso: Fermín Toro), y del 28 de febrero de 2008 (caso: Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia y Ramón Escovar Alvarado). Mediante estas últimas decisiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha analizado los artículos 26, 49, 253 y 258 de la Constitución para entender que: (a) el sistema de justicia ideado por el constituyente de 1999 está integrado por la justicia arbitral y la justicia judicial; (b) existe un derecho fundamental a ir a arbitraje; (c) el principio de la tutela judicial efectiva fue re-concebido de manera de incluir también la justicia arbitral; (d) el hecho de que a una controversia le sean aplicables normas imperativas o de orden público no conlleva a que la misma sea inarbitrable; (e) la suscripción de un acuerdo de arbitraje no implica renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial;

⁶ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 97, 11-02-2009 (caso: Fermín Toro y otros) <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/97-11209-2009-08-0306.html>

<http://www.tsj.gov.ve>

Cabe destacar que la noción de “orden público” no es equiparable a la noción de inarbitrabilidad. Al conocer de una determinada controversia, los tribunales arbitrales deben aplicar exactamente las mismas normas sustantivas que aplicaría un tribunal judicial que conocería un caso análogo. Especialmente, aquellas normas que tengan carácter de orden público.

En este sentido, debemos resaltar que el precedente de los casos Hildegard Rondón de Sansó y Fermín Toro, desecha el postulado según el cual los tribunales judiciales nacionales tienen jurisdicción exclusiva sobre litigios relacionados con contratos administrativos y/o de interés público, los cuales, según un dogma de la tradición administrativista venezolana, se encuentran reglados por “normas de orden público”. La noción de contrato de interés público contiene a aquellos contratos suscritos por la Administración que en un momento determinado detentan una importancia sustancial para un sector mayoritario de la sociedad y que objetivamente poseen una finalidad de utilidad pública (v.gr, la construcción de una autopista, un aeropuerto o un hospital) y no objetivamente mercantil o comercial. Véanse: José MELICH ORSINI: “La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público”. Revista de Derecho Público Nro. 7, Julio-Sept., Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981; Isabel BOSCÁN de RUEDA: “Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público”. Revista de Derecho Público Nro. 14, Editorial Jurídica Venezolana, 1983; Ramón José ESCOVAR ALVARADO: “Arbitraje en Contratos de Interés Público de Naturaleza Comercial Internacional”, Studia Iuris Civilis: Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

(f) el carácter imperativo del régimen regulatorio de materias consideradas como de “orden público” o imperativas debe ser entendido exclusivamente extensible a normas sustantivas y no a las procesales; y (g) los jueces deben aplicar una interpretación pro-arbitraje. De esta manera, un tribunal arbitral podrá conocer y decidir cualquier controversia que pueda ser conocida y decidida por un tribunal judicial con competencia en materia mercantil.

7. Ahora bien, el punto que, en nuestro criterio, es quizás más importante no tiene que ver con las veces que ha sido aplicado un método interpretativo que garantice la materialización del principio pro-arbitraje, sino con el hecho de que un buen número de decisiones jurisprudenciales venezolanas han aplicado el criterio interpretativo diametralmente opuesto: el restrictivo. Diversos de los problemas sensibles en materia de arbitraje son analizados por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia haciendo uso de la interpretación restrictiva y, por tanto, la institución arbitral ha quedado desnaturalizada y sin mayor evolución práctica, al margen de los postulados constitucionales.

8. De manera ilustrativa, en Venezuela la interpretación restrictiva ha sido utilizada por los tribunales nacionales para llegar a cada una de las decisiones siguientes: (a) condicionar la eficacia del acuerdo de arbitraje a que tanto el lenguaje utilizado en el mismo como el comportamiento procesal de las partes demuestre que su voluntad de someterse a arbitraje en todo momento sea “manifiesta, expresa, inequívoca e incuestionable” (Véase: Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de abril de 2004 y de 7 de octubre de 2004, casos: Makro Comercializadora c. Central Parking System de Venezuela y Ciudad Comercial Porlamar c. Valentina Acillai Verlezza, respectivamente); (b) afirmar que en los contratos comerciales internacionales de interés público el acuerdo de arbitraje no excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales (Véase sentencia de la Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de 2004, caso: Minera “Las Cristinas” c. Corporación Venezolana de Guayana); (c) desconocer el carácter

exclusivo y excluyente del acuerdo de arbitraje (Véase Sentencia de la Sala Constitucional de 19 de noviembre de 2004, caso: Consorcio Barr v. Four Seasons); y (d) violar los efectos del acuerdo de arbitraje, (el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje -Véase decisión de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de octubre de 1999, caso: Hyundai - y el principio Kompetenz-Kompetenz -Véase sentencia de la Sala Político Administrativa de 06 de mayo de 2003, caso: Consultores Occidentales S.A. y otros v. Hanover P.G.N. Compressor, C.A.)

9. Nosotros consideramos que fundamentar la implementación del criterio de interpretación restrictiva en el derecho a la tutela judicial efectiva tiene cabida únicamente en detrimento de los postulados que sobre la materia posee la Constitución de 1999 ; específicamente, lo dispuesto por los artículos 26 y 49, 253 y 258 ejusdem. En este sentido, no estamos de acuerdo con la doctrina establecida por la sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 19 de junio de 2001 (caso: Hoteles Doral), en la que, a pesar de reconocerse el deber de promocionar el arbitraje, se justifica la implementación del criterio interpretativo restrictivo.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa N° 1713, 15-07-2004 (caso: Minera Las Cristinas c. Corporación Venezolana de Guayana) : <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00832-140704-2002-0464.htm>
<http://www.tsj.gov.ve>¹

¹⁰ En el caso se dispuso que el acuerdo de arbitraje había dejado de tener eficacia en virtud de la terminación del contrato principal.

¹¹ En este caso, inclusive, se estableció que en el supuesto que una de las partes niegue la obligación de someter las controversias a arbitraje, los tribunales ordinarios deben abrir una articulación probatoria de 15 días para determinar la validez de la cláusula arbitral.

¹² En este sentido, no estamos de acuerdo con la doctrina establecida por la sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 19 de junio de 2001 (caso: Hoteles Doral), en la que, a pesar de reconocerse el deber de promocionar el arbitraje, se justifica la implementación del criterio interpretativo restrictivo.

10. En definitiva, somos del criterio que la real y efectiva implementación de este método de interpretación pro-arbitraje, consagrado con los artículos 253 y 258 de la Constitución, constituye el primer paso que debe ser tomado para convertir al arbitraje en un eficaz mecanismo de resolución de controversias, que represente tanto una alternativa viable al sistema judicial venezolano como una respuesta a las complejas disputas que surgen en el seno del comercio transnacional. De existir alguna duda en cuanto al perfeccionamiento, vigencia, alcance y efectos de un acuerdo de arbitraje, el método interpretativo utilizado inexorablemente debe favorecer el sometimiento a arbitraje.

II Normas aplicables a la interpretación del acuerdo de arbitraje

11. En los casos en que el Derecho venezolano sea aplicable a un acuerdo de arbitraje, los operadores jurídicos se encontrarán con las siguientes disposiciones sobre interpretación: 1160 del Código Civil, 12 del Código de Procedimiento Civil y los principios UNIDROIT. Ahora bien, en primer lugar, conviene plantearse la pregunta siguiente: ¿Qué efectos genera en las referidas disposiciones el principio de interpretación pro-arbitraje?

12. El principio de interpretación pro-arbitraje implica que de existir alguna duda sobre la vigencia, alcance y/o efectos de un acuerdo de arbitraje, ésta debe ser resulta a favor del arbitraje . No obstante, el referido principio debe valerse necesariamente de un método que le permita alcanzar efectividad práctica. Nosotros somos del criterio que debe utilizarse todas las normas concretas que desarrollan el criterio de interpretación según la buena fe. Dicho principio debe servir para darle base legal y desarrollo practico a los postulados de los artículos 253 y 258 de la Constitución sobre el principio de pro-arbitraje.

13. En consecuencia, los operadores jurídicos deben analizar los acuerdos de arbitraje en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de “promocionar del arbitraje”. En otras palabras: Si el principio de interpretación pro-arbitraje es el fin que -por

mandato de las normas constitucionales- debe ser alcanzado, las reglas de interpretación según la buena son el medio para hacerlo.

14. En segundo lugar, es pertinente preguntarse: ¿Cuales son estas normas específicas utilizadas por el ordenamiento jurídico venezolano para desarrollar la interpretación según la buena fe (consagrado en el artículo 1160 del Código Civil)? El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil .

15. Nosotros compartimos el criterio que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil es una clara norma de interpretación contractual, a pesar de estar contenida es un Código adjetivo . Sin embargo, el tema puede ser objeto de debate, toda vez que el lenguaje gramatical del artículo pudiese llevar a la conclusión que el mismo está únicamente dirigido a los jueces . No obstante, basándonos en una interpretación teleológica de la norma, consideramos que la finalidad que buscó plasmar nuestro legislador se encuentra en desarrollar una regla de hermenéutica jurídica que estableciera un método para el desarrollo práctico del criterio interpretativo según la buena fe. En consecuencia, a pesar de estar contenido en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 12 ejusdem puede ser aplicable en la interpretación de los acuerdos arbitrales.

16. De forma tal que, en todos aquellos casos en los que sea aplicable el Derecho venezolano, la interpretación contractual debe tener por norte la averiguación de la voluntad real de las partes, en los términos expuestos por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, a saber:

“En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los integrantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.”

17. MELICH ORSINI enseña que cuando el último párrafo del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil impone el deber de interpretar de acuerdo con “las exigencias de la Ley”, hace referencia a dos cosas diferentes, a saber: (a) el deber de ajustar aquellas expresiones contractualmente indeterminadas con los significados otorgados a éstas por la Ley; (b) el deber de interpretar todo negocio jurídico en conciliación del ordenamiento jurídico . Este segundo deber, es lo que se conoce como interpretación integradora del contrato. Esta se limita a esclarecer el significado del acuerdo de voluntades de las partes y no opera sobre los efectos de éste ; es decir, no busca llenar las lagunas del mismo.

18. Se diferencia de la integración del contrato en que ésta última busca más bien complementar los vacíos dejados por las partes ; la integración se encuentra relacionada con los efectos del contrato y no con el contenido del acuerdo de voluntades . En Venezuela, la base legal de la integración está en el artículo 1160 del Código Civil. De acuerdo a esta disposición legal, una vez que el juez no pueda determinar la intención común de las partes, debe acudir a la Ley, los usos y la equidad para llenar las lagunas dejadas por las partes.

19. Debe hacerse la salvedad que uno de los principios básicos de la teoría general de los contratos es que a pesar de lo dispuesto por las partes, se debe dar preeminencia a las normas imperativas; estas son: las disposiciones del ordenamiento jurídico que no pueden ser derogadas convencionalmente por las partes. Su aplicación implica que todas aquellas cláusulas contractuales que las contravengan deben ser declaradas nulas.

20. Una vez que las normas imperativas hayan sido aplicadas, se debe acudir a aquellas normas jurídicas subsidiarias; es decir, las previstas precisamente para reglar aquellos supuestos en los que la partes no hayan dejado lagunas. De esta manera, en materia de interpretación contractual se debe seguir el siguiente método: (i) aplicar las normas imperativas de Derecho interno; (ii) luego, las disposiciones contractuales; y (iii) por último la Ley, los usos y la equidad. Sobre este último respecto, se debe acudir en primer término

¹³ Véase decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, casos: Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc y First Options of Chicago v. Kaplan, respectivamente; Véase también decisión de la Oberlandesrichtsof de Munich de 8 de febrero de 1991, sentencia citada por G. BORN: International Commercial Arbitration op. cit. p. 317.

¹⁴ Víctor Hugo GUERRA HERNÁNDEZ: “Contratos de ingeniería, procura y construcción de naturaleza internacional. Algunas consideraciones respecto al Derecho venezolano”, Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez, Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Libros Homenajes N° 15, 2004, p. 437

al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual fija las reglas de interpretación en el ordenamiento jurídico venezolano, establece el criterio interpretativo según la buena fe y consagra la interpretación integradora del contrato. Luego, se debe utilizar el artículo 1660 del Código Civil, el cual, por su parte, también establece el criterio interpretativo según la buena fe y consagra las disposiciones legales supletorias en materia de interpretación (la Ley, los usos y la equidad). Estas reglas de interpretación son de carácter coactivo y, por ende, su observancia es obligatoria. Los operadores jurídicos mal pueden desaplicarlas o alterar su orden de prelación .

21. Siguiendo este orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico, podemos afirmar como lo hacen MAZEAUD en el ordenamiento jurídico francés, la regla general sobre interpretación contractual consiste en que: "...cuando el texto esté claro, los tribunales no pueden, en principio, rechazar su aplicación: un texto claro no se interpreta, se aplica; el juez que se entregara a la interpretación de un texto claro lo desnaturalizaría"

22. La facultad de interpretación de los órganos judiciales se activa una vez que existe oscuridad o ambigüedad en las disposiciones del contrato. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Francia, la jurisprudencia venezolana aún no ha determinado que los jueces poseen facultades de imponer la voluntad real de las partes en aquellos casos en los que los que se compruebe que ésta es contraria a términos contractuales claros .

23. A todo evento, se entiende que el texto oscuro es aquel cuyo verdadero sentido no puede ser razonablemente determinado a través de la lectura del mismo. Por otro lado, el texto ambiguo es aquel que es susceptible de tener dos sentidos . Únicamente cuando no sea posible descubrir la voluntad común de las partes a través de los elementos intrínsecos (las cláusulas contractuales) y extrínsecos (la posición de los contratantes en las negociaciones o en la conclusión y en cumplimiento) del contrato es que podrán utilizarse las reglas subsidiarias, es decir, la integración del contrato . Es justamente ese el momento jurídico en el que se activa la integración, toda vez que se existe la presunción jurídica de que las partes, al ser silentes, eligieron aplicar las normas de la lex contractus.

24. Ahora bien, surge la interrogante de que si, en el caso que nos ocupa (comercio internacional), es aplicable la lex mercatoria como costumbre internacional a la interpretación de los contratos. Nosotros somos del criterio de dicha aplicación es completamente posible. Inclusive, utilizando como base legal el mismo artículo 1160 del Código Civil. En efecto, dicho artículo establece la ley como primera regla subsidiaria de interpretación y, por tanto, es aplicable las normas del Código Comercio, cuyo artículo 9 establece que:

Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que apreciaran prudencialmente los jueces de comercio .

¹⁵ En este sentido, vale la pena recordar que las normas procesales no son aplicables al acuerdo de arbitraje. La elección de un determinado Derecho nacional para regir el acuerdo de arbitraje implica que sus normas de naturaleza sustantiva regirán el acuerdo en cuestión.

¹⁶ Véase: Haydee BARRIOS: "La interpretación del Contrato por el juez del Derecho interno y del Derecho Internacional Privado". Libro Homenaje a José Melich Orsini. Caracas. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 15. La profesora Barrios, concluye en este sentido que las normas de interpretación jurídicas están dirigidas tanto a las partes como al juez.

¹⁷ José MELICH ORSINI: Doctrina General del Contrato. Caracas, Editorial Marcial Pons-Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 415. Véase también Francesco MESSINEO: Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II (Traducción Santiago SENTIS MELENDO). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971, p. 484.

¹⁸ Véase J. MELICH-ORSINI: Doctrina General del Contrato...op. cit., p. 423

¹⁹ Véase J. MELICH-ORSINI: Doctrina General del Contrato...op. cit., p.: 425

²⁰ En este sentido véase: F. MESSINEO: Manual de Derecho Civil... op. cit. p. 485

²¹ Sobre el carácter coactivo de las reglas de interpretación véase: F. MESSINEO: Manual de Derecho Civil... op. cit. p. 485

²² Véase: H. MAZEAUD y J. MAZEAUD: Lecciones de Derecho Civil ... op. cit. 378.

²³ Véase: H. MAZEAUD y J. MAZEAUD: Lecciones de Derecho Civil ... op. cit. 378.

²⁴ Sobre este particular, conviene cita al artículo 1157 del Código Napoleón, el cual establece que siempre debe tener preeminencia aquel sentido que produzca efectos jurídicos.

²⁵ Véase: H. MAZEAUD y J. MAZEAUD: Lecciones de Derecho Civil ... op. cit., p. 378.

25. En consecuencia, la *lex mercatoria*, como viva expresión de la costumbre comercial internacional debe ser aplicada como una regla interpretativa subsidiaria, inclusive por delante de los usos y la equidad, toda vez que la misma debe ser entendida englobada por la remisión realizada por el artículo 1160 a la Ley.

26. Por último, en cuanto a las reglas que desarrollan el criterio de interpretación contenidas en el artículo 4 de los principios UNIDROIT, las mismas resultan perfectamente aplicables a acuerdos de arbitraje comercial internacional en Venezuela. Inclusive, consideramos que representan la materialización normativa del criterio de interpretación de acuerdo con la buena fe. De cualquier forma, inclusive en el supuesto negado de que se acogiera una tesis que considerará que los principios UNIDROIT no pueden ser utilizados para la interpretación del acuerdo de arbitraje, las aplicación de los artículos 1160 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil llevaría eventualmente a adoptar en la práctica las mismas reglas interpretativas plasmadas en el artículo 4 de los principios UNIDROIT.

CONCLUSIONES

1. La Constitución a través de sus artículos 253 y 258, consagra el principio pro-arbitraje como rector del arbitraje comercial internacional y del sistema de justicia venezolano. Uno de los corolarios de este principio es la utilización de la interpretación pro-arbitraje como método de análisis de los supuestos relacionados con el arbitraje

2. La interpretación pro-arbitraje ha sido utilizada por la jurisprudencia venezolana en contadas ocasiones. Si bien la mayor parte de las sentencias que sobre el tema del arbitraje comercial han dictado las diferentes salas del Tribunal Supremo de Justicia, destacan la importancia de la consagración del arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sólo contado número utiliza una interpretación que brida eficacia práctica al derecho fundamental al arbitraje.

3. consideramos que la real y efectiva implementación de este método de interpretación pro-arbitraje, consagrado con los artículos 253 y 258 de la Constitución, constituye el primer paso que debe ser tomado para convertir al arbitraje en un eficaz mecanismo de resolución de controversias,

que represente tanto una alternativa viable al sistema judicial venezolano como una respuesta a las complejas disputas que surgen en el seno del comercio transnacional. De existir alguna duda en cuanto al perfeccionamiento, vigencia, alcance y efectos de un acuerdo de arbitraje, el método interpretativo utilizado inexorablemente debe favorecer el sometimiento a arbitraje.

4. En todos aquellos casos en los que sea aplicable el Derecho venezolano, la interpretación contractual debe tener por norte la averiguación de la voluntad real de las partes. Los operadores jurídicos deben analizar los acuerdos de arbitraje en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de “promocionar del arbitraje”.

5. La *lex mercatoria*, como viva expresión de la costumbre comercial internacional debe ser aplicada como una regla interpretativa subsidiaria, inclusive por delante de los usos y la equidad.

6. Las reglas que desarrollan el criterio de interpretación contenidas en el artículo 4 de los principios UNIDROIT, las mismas resultan perfectamente aplicables a acuerdos de arbitraje comercial internacional en Venezuela.

²⁶ Publicado en Gaceta Oficial de Venezuela N° 475 de 21 de fecha diciembre de 1955

NUEVOS AVANCES SOBRE ARBITRAJE EN EL FORO VENEZOLANO:

Análisis práctico a la Sentencia 1067/2010 de la Sala Constitucional (Efecto negativo del Principio Kompetenz-Kompetenz; medidas cautelares antes y después de la conformación del panel arbitral; renuncia al acuerdo arbitral; falta de jurisdicción de las cortes locales y continuidad del procedimiento arbitral; aparente innecesidad de “anti suit injunctions”).

Por el Dr. Gilberto A. Guerrero-Rocca Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello •

I. Preliminar Fundamental:

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “SC”), dictó una importante decisión (Nº 1067/20010, publicada con carácter vinculante en la G.O. Nº 39.561 del 26-11- 2010, en lo sucesivo la “Sentencia 1067”) en materia de arbitraje comercial, con un notable y beneficioso impacto en la sana operatividad del medio alternativo. Ello debido, principalmente, al reconocimiento definitivo en nuestro foro:

(i) al efecto negativo del Principio Kompetenz-Kompetence; (ii) la admisión de medidas cautelares antes de la conformación del respectivo panel arbitral (sin que tal solicitud por ante las cortes locales constituya una “renuncia” o “waiver” al pacto arbitral); (iii) la admisión y constitucionalidad de los árbitros de emergencia para procurar la obtención de medidas cautelares; (iv) la erradicación en nuestro foro del meticuloso control “judicial” al acuerdo arbitral a través de la “regulación de la jurisdicción” y, en su lugar, la aplicabilidad de un simple control “prima facie” o “preliminar”; (v) una profunda flexibilización o mitigación al riguroso estándar que, sobre renuncia “tácita” al acuerdo arbitral, venía aplicando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “SPA”); (vi) Erradicó la aparente pugna o contradicción entre las cortes locales y los paneles arbitrales, más específicamente, en lo relativo al auxilio en la emisión de medidas cautelares y su ejecución, y al establecimiento de un régimen de complementariedad, y de control sólo excepcional (entre arbitraje y cortes

locales); (vii) la desaparición en nuestro foro -sólo en la praxis- de la utilidad en la discusión sobre si la existencia de un acuerdo arbitral constituye un problema de “competencia” o de “jurisdicción” respecto al Poder Judicial, debido a que la decisión que deben tomar las cortes locales (incluyendo a la SPA) se limitará –ahora debido a la sentencia 1067- a un control “preliminar”, y que no imposibilita a las partes – en paralelo- de obtener protección cautelar (ante las cortes locales o ante árbitros de emergencia), e inclusive, tampoco las limita de iniciar la conformación del panel arbitral. Con lo cual, pierde así utilidad la vieja discusión sobre la vía que debe aplicarse a la “incidencia” que se genera cuando se opone la existencia de un pacto arbitral ante un tribunal local, lo cual se decantaba entre un problema de competencia o de jurisdicción; o inclusive como una causal de “prohibición de la ley de admitir la acción en sede judicial”.

• (UCAB,1997) Abog. mención “Summa Cum Laude”. (UCAB, 2000) Especialista en Dº Administrativo. (ICAM. España, 2003) Master en Dº de los Negocios. (UCAB) Profesor de Arbitraje Nacional e Internacional. Autor de diversas Obras y Monografías. El presente trabajo constituye un apretado resumen a la exposición efectuada en el Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana de Comercio e Industria (Venamcham). Caracas, 7 Dic 2010.

La Sentencia 1067, además de las contribuciones anteriores, procedió a ratificar y consolidar importantes avances jurisprudenciales sobre la materia arbitral en nuestro foro: A la Sentencia N° 572/05 (caso “Coinmarca”); Sentencia N° 1.121/07 (caso “Punto Fuerte”); Sentencia N° 192/08 (caso “Ley Indecu”); Sentencia N° 1.541/08 (caso “Art. 22 LPPI”. Publicada con carácter vinculante en la G.O. N° 39.055 10-11-08) y Sentencia N° 462/10 (caso “CEDCA 1”), en cuanto al (i) Principio interpretativo “Pro Arbitraje” que vincula y obliga al operador judicial venezolano; (ii) La precisión de que al admitirse la “constitucionalización” de los Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos, se postula el “derecho de acceso a ellos” dentro de la noción de “tutela judicial efectiva”; pero con la importante salvedad que lo anterior no significa la desnaturalización del arbitraje, al punto de postular una sustitución de sus reglas, principios, mecanismos y elementos de control, por otros -ajenos al arbitraje- por su pretendida “naturaleza constitucional” (e.g. el amparo constitucional versus recurso de nulidad. Avance tempranamente iniciado con votos salvados de la Dra. Luisa Estella Morales en caso “Nokia” en Sentencia N° 3.610/05 y caso “Haagen Dasz” en Sentencia N° 174/06”); (iii) Que el recurso de nulidad contra un Laudo – que conoce un juez ordinario, i.e. Juez Superior ex Artículo 43 Ley de Arbitraje Comercial- puede proveer sobre aquellas denuncias que sean “subsumibles en razones de inconstitucionalidad”, descartándose así al amparo constitucional o a la revisión constitucional contra Laudos (Vid. Sentencia N° 462/10, caso “Cedca 1”); (iv) el establecimiento del principio por el cual toda decisión o interpretación judicial que esté reñida con todo lo anterior, deviene en una insalvable “inconstitucionalidad” (Principio o cláusula de protección constitucional al arbitraje) y, por último, (v) el reconocimiento a la aplicabilidad en nuestro foro de los principios Kompetenz-Kompetenz y Separabilidad. Aunque (infra) mejor desarrollados –en la praxis inmediata- por la Sentencia 1067, dado que ésta no se limitó a su mero reconocimiento y “proclamación”, sino que les otorgó un efecto práctico procesal invaluable. Más particularmente, respecto a los resultados inmediatos que se desprenden del efecto negativo del primero, y a la erradicación de

la mala práctica que hasta entonces realizaba la SPA al momento de decidir una regulación de la jurisdicción.

Igualmente, la Sentencia 1067 insistió sobre la (vi) compatibilidad entre el Arbitraje y las materias “sensibles” o sometidas al principio tuitivo (e.g. laboral, arrendamiento, operaciones inmobiliarias, consumo, etc.), ratificando que el estándar aplicable para conocer si alguna materia es arbitrable, es la del “test” del conocimiento del juez ordinario (i.e. “si puede conocer un juez, también un árbitro”) y la diferenciación que existe de tal conocimiento con el de las competencias administrativas de los entes públicos. También, la sentencia bajo análisis consolidó el (vii) reconocimiento a los poderes cautelares de los Árbitros; aunque, en esta ocasión con un visible avance y profundización en el tema (infra,) al avalarse la existencia de árbitros de emergencia en los Centros de Arbitraje. Incluso, la misma sentencia ratificó la (viii) Constitucionalidad de la exigencia de una caución, para el supuesto que se solicite la suspensión en la ejecución de un Laudo; ello debido a la compatibilidad de la exigencia con los principios procesales constitucionales relativos a la tutela judicial efectiva, justicia gratuita y, la eliminación del principio “solve et repete” (Sentencia 1.121/07).

Por último, pero no menos importante, la Sentencia 1067 ratifica que (ix) la relación entre el Arbitraje y las cortes locales debe ser de complementariedad, auxilio y sólo, eventualmente, de control (e.g. asistencia para designar árbitros en arbitrajes independientes; recolección de pruebas; ejecución de medidas cautelares o ejecutivas; control del laudo vía recurso de nulidad). En ese mismo sentido, la Sentencia 1067 postula erradicar la inútil tensión entre uno y otro, para lo cual se asistió de la ilustración formulada por MICHAEL MUSTILL de la “carrera de relevos”, y las tesis de los tratadistas BRUNO OPPETIT y FERNÁNDEZ DE COSSÍO, entre muchos otros autores, a todo lo largo de su contenido; abonando así el terreno de la conceptualización formal que justifica el porque no se puede seguir tratando a los pactos arbitrales como una “excepción” al poder judicial, y el porque los jueces deben abstenerse de

efectuar el análisis que sólo corresponde a los árbitros.

II. Postura acogida por la SC para “orientar” la regulación de la jurisdicción que venía conociendo la SPA: (i) un simple control “prima facie”; (ii) remisión inmediata a los árbitros de cuestionamientos sobre “existencia, validez y ámbito” del pacto, y (iii) abandono a la postura rígida e inflexible de “renuncia tácita al pacto”.

La Sentencia 1067 fijó posición – en el foro venezolano- sobre el tratamiento que deben darle las cortes locales a la oposición –en juicio- de la existencia de un acuerdo arbitral, cuando se persigue la remisión de la causa a un panel arbitral. Con ello, la SC se apartó radicalmente del tratamiento que, hasta ese entonces, venía haciendo la SPA al momento de conocer una regulación de jurisdicción (dado que hacía un examen “exhaustivo” del acuerdo arbitral). En ese sentido, la SC realizó un detenido análisis de derecho comparado, y optó por inclinarse por aquella solución que postula un control sencillo, “prima facie” o “preliminar” del acuerdo, concretando así un reconocimiento absoluto y práctico (a la vez) al llamado efecto negativo del principio Kompetenz-Kompetence, y del principio de la separabilidad.

Con lo cual, sólo pueden los tribunales venezolanos verificar el carácter escrito (del pacto), absteniéndose de escrutar y por ello motivar (sobre un controvertido extenso) sobre la “existencia, validez y ámbito” de la cláusula o pacto arbitrales (i.e. la arbitrabilidad y el respeto al principio de separabilidad). Sólo en caso “manifiesto” de nulidad o inexistencia corresponderá al Poder Judicial conocer de la causa.

Este tratamiento es totalmente compatible con el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en lo sucesivo “Tratado de NY”), y el artículo 8 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CDNUMI), así como respecto de las previsiones contenidas en los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) venezolana (inspirada en la primera).

Inclusive, la misma Sentencia 1067 reconoce la posibilidad de obtener medidas cautelares anticipativas, aún antes de la constitución del panel arbitral, y sin que ello signifique una renuncia al pacto arbitral.

También la Sentencia 1067 mitigó la postura de la SPA sobre la “Renuncia Tácita al Arbitraje”, dado que afirmó que la misma debe vincularse directamente con el necesario análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, en la medida en que se debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse al arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo. Así, según la SC, deben abandonarse los criterios jurisprudenciales de la SPA, entre otras, Sentencias Nros. 1209 del 20-6-2001 (caso: “Hoteles Doral, C.A.”) y N° 832 del 12-6-2002 (caso: “Inversiones San Ciprian, C.A.”), que habían sido ratificados durante todos estos años.

III. Protección cautelar antes y después de la conformación del Panel de Árbitros: Reglas aplicables a su obtención y los árbitros de emergencia.

Según la Sentencia 1067: (i) cualquiera de las partes puede peticionar ante los tribunales ordinarios las medidas cautelares que estime convenientes sin que ello comporte una “renuncia tácita” al pacto arbitral (Art. 9 Ley Modelo CNUDMI; Art. 26 Reglamento Arbitraje Ad Hoc CNUDMI; Art. 23 Reglamento de Arbitraje CCI); (ii) La medida cautelar adoptada puede ser ampliada, revocada, o mantenida por el panel arbitral; (iii) Los tribunales ordinarios dictarán las medidas cautelares – antes que el panel- conforme a las normas y principios que los rigen en forma cotidiana; (iv) se admiten los árbitros de emergencia para medidas cautelares (e.g. Art. 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral CCI, o el art. 35.2 del Reglamento del CEDCA; Art. 37 del “ICDR de la AAA”; Art. 1 al 10 Apéndice II Normas Centro Arbitraje de la Cámara de Estocolmo), opción que expresamente es calificada conforme a la Constitución, y que procede sólo en caso que

el Reglamento del Centro de Arbitraje escogido en el pacto así lo prevea; (v) Para el supuesto que no esté a la disposición de las partes la existencia de árbitros de emergencia en el Centro escogido, o que se haya pactado un arbitraje independiente o “Ad Hoc”, las partes podrán petitionar a la jurisdicción ordinaria la obtención de una medida cautelar, sólo quedando sometida – la solicitud y la medida- a unas normas creadas por la SC (Infra).

IV. Características del Procedimiento Cautelar creado por la SC:

El procedimiento cautelar creado por la SC por la Sentencia 1067, para llenar el “vacío” legislativo en la materia se caracteriza en: (i) que no constituye una “renuncia tácita” al pacto arbitral; (ii) puede ser dictada por el juez aún admitiendo su falta de jurisdicción, por la existencia de un compromiso arbitral. Por supuesto, ese análisis lo hará el juez -conforme a la propia Sentencia 1067- en forma prima facie, tan sólo verificando el carácter escrito del pacto, y si no es manifiesta su nulidad o inexistencia; (iii) tiene carácter no suspensivo, es decir, la “incidencia” cautelar no se suspende o paraliza por la interposición de una regulación de la Jurisdicción para ante la SPA. Tampoco la ejecución de las medidas, ni su oposición; (iv) es residual, dado que aplica sólo en el supuesto de ausencia de árbitros de emergencia en el Centro escogido, o en caso que el pacto prevea un arbitraje independiente o “Ad Hoc”; (v) en él priva el imperativo del interés y el principio dispositivo, pues el peticionante debe probar los extremos de la cautelar (i.e. peligro en la mora y apariencia de buen derecho) y debe, además, acreditar -antes de 30 días posteriores- que ha interpuesto la solicitud de conformación del panel (e.g. el llamado “request for arbitration”), o inclusive acreditar ello con la misma solicitud de la medida cautelar; (vi) es provisionalísimo; visto que decae la medida cautelar a los 30 días, si no se ha instado la constitución del panel arbitral, o dentro de igual días una vez constituido el panel. Igualmente, decae automáticamente la medida -de pleno derecho- cualquiera que sea el supuesto, siempre que hayan transcurrido noventa (90) días luego de su ejecución. Todo lo cual persigue que

la parte peticionante de la medida sea diligente en hacer todo a su alcance para constituir el panel arbitral y que, éste último -una vez constituido- decida si amplía, mantiene o revoca la medida cautelar antes dictada y/o ejecutada.

V. Aparente innecesidad práctica en el Foro de las llamadas órdenes de prohibición de inicio o paralización de juicios (“Anti Suit Injunctions”) dictados por los árbitros, y la ausencia de base legal para ello en los jueces venezolanos contra los paneles arbitrales.

El tema de las medidas cautelares dictada por los árbitros para evitar el inicio o la continuación de causas judiciales paralelas (“anti suit injunctions”), o dictadas por los tribunales ordinarios contra los árbitros, es un tema apasionante y extenso que excede con creces el reducido espacio de la presente publicación; no obstante, consideramos que a pesar que la Sentencia 1067 no se refirió a ello expresamente, sin embargo, sí dejó abierto su análisis visto que generó muchos beneficios en pro de la sana operatividad del arbitraje en nuestro foro, que hacen presumir una pretendida innecesidad de tales medidas. ¿Por qué?: debido a que – y sin exceso de optimismo- si los tribunales locales aplican a plenitud los postulados de la Sentencia 1067 (la cual tiene carácter vinculante, supra), la parte que sea leal en honrar y cumplir con el acuerdo o cláusula de arbitraje cuenta con suficientes herramientas para enfrentar el embate que significa el inicio de un juicio ante un tribunal ordinario en forma paralela o iniciado previamente a la conformación del panel arbitral.

En efecto, (i) puede obtener una medida cautelar en forma expedita; bien ante un árbitro de emergencia o ante el mismo tribunal ordinario donde se inició la causa paralela (y a quien también se le debe oponer la cláusula de arbitraje) o, inclusive, ante otro tribunal ordinario (siempre que resulte competente por la ubicación del bien sobre el cual recaiga la medida). Lo cual es considerado totalmente constitucional; (ii) dicha solicitud cautelar no será considerada una “renuncia” al pacto arbitral; (iii) la petición cautelar es autónoma e independiente del curso de esa causa judicial “paralela”, de manera que

no se verá paralizada o perturbada por el curso de esa acción ordinaria, ni por la tramitación de la regulación de la jurisdicción ante la SPA; (iv) la actuación del árbitro de emergencia, o del juez que la acuerde no podrán atacarse mediante la acción de amparo constitucional, sino a través de la oposición natural que corresponde ante cualquier medida cautelar. (v) El juez que conozca de la causa “paralela” dado el incumplimiento de la parte demandante al pacto o cláusula de arbitraje, no podrá realizar un estudio exhaustivo de la misma, limitándose tan sólo a verificar su existencia escrita, y sin hacer ninguna valoración sobre su validez o ámbito; teniendo el deber de remitir la causa inmediatamente a los árbitros; (vi) Como consecuencia del reconocimiento absoluto del efecto negativo del principio Kompetenz-Kompetence y de la Separabilidad, ni ese juez, ni la SPA deberían emitir cautelares ordenando paralizar a los procedimientos arbitrales (“anti suit injunctions”), al carecer de base legal para ello.

Por último, debemos señalar con satisfacción que al momento en que se escriben estas líneas la SPA ha dictado noveles fallos en donde ha modificado su criterio al respecto y, ha acogido las Sentencias de la SC; ello, a través de los fallos numerados 250 y 266 del 23 de febrero de 2011 (casos “Llano Mall” y “Accesori Land”, respectivamente) en materia de arbitrabilidad y orden público (e.g. arrendamiento). Y más recientemente, ha ratificado la sentencia 1067/2010 de la SC, respecto al “efecto negativo del principio Kompetenz-Kompetence” en un caso de rendición de cuentas de un sociedad mercantil (Vid. Sentencia N° 272 del 2 de marzo de 2011).

²⁷ Para una revisión de la evolución jurisprudencial de la Sala Constitucional en materia de arbitraje, léase nuestro trabajo “Breve resumen al Tratamiento Jurisprudencial de la Sala Constitucional venezolana sobre arbitraje”, en la Revista de Derecho N° 27 del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008.

²⁸ Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en la Gaceta Oficial n° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

²⁹ Apasionante y útil resulta en este tema el agravio -y su compensación-, que se produce cuando una parte “incumple” una cláusula o pacto arbitral, al haber demandado a la otra ante un tribunal ordinario.

³⁰ Con esto, prolongadas contiendas judiciales y arbitrales paralelas como las ocurridas en el famoso caso “Hotel Four Seasons Vs. Consorcio Barr. CA” no deberían reproducirse en nuestro foro, y menos aún la emisión de órdenes de paralización a los procedimientos arbitrales en curso (Vid. Sentencia N° 2.635 del 19 de noviembre de 2004).

Actualidad práctica en el Arbitraje de Inversiones. Análisis de laudos recientes en Arbitraje de inversiones contra Venezuela y nulidad de laudos arbitrales de inversión.

Por el Dr. J. Eloy Anzola, árbitro internacional

El caso Argentino: Nulidades y nuevas sumisiones

Argentina ha sido afectada por un elevado número de demandas ante tribunales arbitrales CIADI iniciadas por inversionistas extranjeros. Los inversionistas han alegado que fueron injustificadamente afectados por las medidas tomadas por ese país para enfrentar la crisis política, social y económica sufrida a finales de 2001 y comienzos de 2002 e invocaron los derechos conferidos por tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI), entre los que figuran los suscritos con EE. UU., Reino Unido y Francia.

Argentina invocó como defensa la existencia de estado de necesidad. En Derecho Internacional el estado de necesidad puede invocarse para justificar medidas o acciones que se bien pueden resultar dañosas para alguno, son indispensables para preservar o precaver un interés esencial de un Estado. Los inversionistas extranjeros están normalmente protegidos por los principios de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, prohibición de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias, garantías contra expropiaciones sin indemnización adecuada y otros. Pero puede ocurrir que en circunstancias extraordinarias un Estado se vea obligado a desconocer por algún tiempo alguno de esos derechos. Así en casos de extrema gravedad, un Estado puede justificar el inicio de acciones o la instrumentación de medidas dañosas para un inversor extranjero pero que son requeridas para salvaguardar un interés esencial de ese Estado o para precaver una amenaza grave e inminente.

Argentina alego el estado de necesidad partiendo de dos vertientes. La primera, surge del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001), que si bien no ha sido elevado a tratado o texto legal, resume los principios básicos de la materia. El artículo 25 establece que el estado de necesidad puede invocarse pero lo somete a condiciones restrictivas. Así, “la necesidad” no puede invocarse a menos que el medio utilizado sea el “único medio” disponible para el Estado que lo invoca, a la vez que la necesidad no puede ser invocada por un Estado si “el Estado ha contribuido a crear la necesidad”. Como puede suponerse estos puntos fueron ampliamente debatidos por los inversionistas y por Argentina.

La segunda vertiente surge del TBI Argentina–Estados Unidos que en su artículo XI dispone: “El presente tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público... o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad...” Argentina alegó frente a los inversionistas norteamericanos que las medidas adoptadas en diciembre de 2001 y enero de 2002 se justificaban por que se daban ambas situaciones.

Argentina alegó que las medidas tomadas entonces, desde un extraordinaria Ley de Emergencia, si bien afectaban los derechos e intereses de inversionistas extranjeros, se justificaban porque el país se encontraba en estado de necesidad y porque tenía que preservar el orden público y la seguridad de la nación.

Con esas defensas, Argentina obtuvo dos laudos arbitrales favorables en los casos de LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. Argentina (CIADI ARB/02/1), cuyo tribunal fue presidido por la doctora Tatiana de Maekelt y que fue pionero en este asunto, y Continental Casualty Company c. Argentina (CIADI ARB/03/9).

Destáquese, además, si bien los laudos arbitrales en los casos Sempra Energy International c. Argentina (CIADI ARB/02/16) y Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina (CIADI ARB/01/3) le fueron adversos, logró que los mismos fueran anulados por sendos Comités de Anulación.

Como se ve, ya son dos las anulaciones de laudos desfavorables. La primera se dio en el caso de la demanda iniciada por la empresa Sempra Energy, en la que se había condenado al Estado Argentino a pagar 128 millones de dólares, más intereses.

La segunda, involucra a dos empresas energéticas norteamericanas que habían demandado a la Argentina ante un tribunal arbitral del CIADI, debido a la negativa del gobierno argentino a permitir el ajuste de tarifas del transporte de gas en dólares, así como por la posterior pesificación de dichas tarifas por la Ley de Emergencia, por considerar que ello constituía una violación del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre la Argentina y los Estados Unidos. El tribunal arbitral emitió un laudo, el 22 de mayo de 2007 condenando a la República Argentina a pagar a las demandantes la suma de 106,2 millones de dólares, como indemnización por haber violado su obligación de acordar un trato justo y equitativo a las empresas inversoras, así como la obligación de cumplir con los compromisos contraídos con respecto a la inversión. Ante esta situación, la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina solicitó a un Comité de Anulación del mismo CIADI, la revisión del laudo.

El Comité de Anulación, en este segundo caso, estimó que el tribunal arbitral se había extralimitado en sus facultades, lo que constituye causal de anulación, al no haber aplicado el Derecho que era aplicable a la controversia, es

decir, las normas del Derecho Internacional que rigen el estado de necesidad. Se agregó además, que el tribunal había omitido expresar los motivos de su decisión, lo que constituye otra causal de anulación. Por consiguiente, se anuló también la condena a pagar los 106,2 millones de dólares acordados inicialmente.

Ambos casos han sido sometidos nuevamente a tribunales CIADI. Habrá que esperar a que se tramiten y emitan nuevas decisiones.

Argentina está empleando todos los medios a su alcance para atacar los laudos arbitrales CIADI que le son adversos y, además, se opone, en todos los foros, a la ejecución de los mismos. Ha exigido que los que se benefician de laudos contra Argentina que acudan a los procedimientos internos de su país para el cobro de acreencias contra el Estado argentino.

Los casos venezolanos: Mobil y Cemex

En el caso Mobil Corporation y otros c. Venezuela (CIADI NO. ARB/07/27), Venezuela alegó:

Que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción porque el Artículo 22 de la venezolana Ley de Promoción y Protección de Inversiones (LPPi), no otorga, por ella misma, el consentimiento para que un inversionista acuda a un arbitraje CIADI:

“Artículo 22 . Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente.” (Subrayado agregado)

- Que Mobil abusó de formas corporativas, y por tanto el tribunal arbitral no tenía jurisdicción con base al TBI Países Bajos-Venezuela.

Venezuela prevaleció con base a la defensa de falta de jurisdicción porque el artículo 22 de la LPPI, por sí sola, no se la confiere a un tribunal arbitral CIADI. En cambio, el abuso de formas corporativas fue desechado.

En el caso Cemex, Venezuela también alegó la falta de jurisdicción (Art. 22 LPPI) y porque el TBI Países Bajos-Venezuela no contempla inversiones indirectas.

El tribunal arbitral CIADI sentenció que el artículo 22 de la LPPI no le confiere jurisdicción. En cambio, decidió que tiene competencia sobre las reclamaciones presentadas, siempre que estén basadas sobre los supuestos incumplimientos contenidos en el TBI Países Bajos-Venezuela, ya que éste no hace diferencias entre inversiones directas e indirectas.

Sentencia 1067/10 de la Sala Constitucional 3 de noviembre de 2010

Son bien conocidas las diferencias de criterio que sobre el arbitraje mantienen la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La última se ha mostrado muy atenta a seguir los mandatos constitucionales de promover el arbitraje y de su integración al sistema de justicia venezolano. La primera, ha sido muy reticente y muy poco dada a seguir los dictados de la Sala Constitucional en materia de arbitraje.

La sentencia 1067 de la Sala Constitucional es la primera –que sepamos– que anula una de la Sala Político-Administrativa en materia de arbitraje. La anulación se produce cuando la parte afectada intentó un recurso de revisión constitucional que fue declarado con lugar.

Aspectos Favorables

- Exclusión del amparo.
- Reafirmación del principio Competence-Competence.

- La solicitud de medidas preventivas en tribunales ordinarios no implican renuncia tácita al arbitraje.

Aspectos Desfavorables

- Se anula una “buena” sentencia.
- Posición sobre cambio de criterio.
- La Sala “legisla” sobre medidas preventivas y establece plazos perentorios; 30 días para el inicio del proceso arbitral; 90 días para la constitución del tribunal arbitral.

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA

Por la Dra. Milagros Betancourt, Directora del CEDCA

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) es una Asociación Civil de carácter privado, sin fines de lucro, autónoma, con personalidad jurídica propia, creada en el año 1999; cuyo objetivo principal es la administración de servicios para la solución de controversias de carácter nacional e internacional, mediante arbitraje y conciliación, así como la promoción de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.

Es un Centro independiente vinculado a la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria –VENAMCHAM- y al Centro Venezolano Americano, al cual pueden acudir personas naturales o jurídicas, públicas o privadas para solucionar sus conflictos comerciales, sin necesidad de ser miembros de la Cámara. Está afiliado a la Asociación Americana de Arbitraje AAA, con la cual tiene suscrito un acuerdo de cooperación. Trabaja además en colaboración con las principales Universidades del país y con el Instituto de Estudios Superiores de administración -IESA- de Venezuela.

El CEDCA está comprometido en proveer servicios de conciliación y arbitraje confiables, imparciales, efectivos, eficientes y expeditos, a un costo competitivo para el usuario. A los fines de cumplir con su misión, el CEDCA incorpora dentro de su lista de árbitros y conciliadores a profesionales competentes, altamente calificados y con gran experiencia.

Los principios rectores que orientan la actividad del Centro son:

- Rapidez: Proceso eficiente y rápido
- Equilibrio: Imparcialidad, justicia y transparencia
- Economía: Tarifas previamente fijadas y costos razonables

El Centro se rige por un Reglamento novedoso o de avanzada, que contribuye de manera significativa al desarrollo del arbitraje institucional en Venezuela.

El procedimiento del CEDCA tiene características particulares que también podemos calificar de ventajas competitivas:

1. Hace particular énfasis en la conciliación. Está prevista una fase obligatoria dentro del proceso arbitral y también se contempla la conciliación independiente.
2. Tiene un mecanismo ágil y efectivo de notificación.
3. La metodología para la selección de los Árbitros es objetiva. El Tribunal Arbitral se designa de mutuo acuerdo por las partes, con base al sistema de listas. No se prevé la figura de “Árbitros de parte”.
4. Prevé un mecanismo que permite la práctica de medidas preventivas “inaudita parte” luego de introducida la demanda arbitral y antes de constituirse el tribunal arbitral, con lo cual se busca garantizar la efectividad del laudo arbitral.
5. Contempla la presentación previa del Laudo. Esto da la posibilidad a las Partes de conocer y analizar el Laudo arbitral antes de ser emitido definitivamente.
6. Establece un procedimiento expedito mediante el cual se logra una reducción significativa de costos y tiempo, aplicable a disputas inferiores a Bs. 430.000, pero que puede ser utilizado en cualquier caso, previo acuerdo entre las partes. Será resuelto por un árbitro único y hay una reducción considerable de los lapsos.

Logros del CEDCA

El CEDCA en sus doce años de funcionamiento, ha cumplido una destacada labor como administrador de procesos de arbitraje.

La Conciliación ha resultado muy exitosa pues se han logrado resolver por esta vía aproximadamente el 35% de las disputas incoadas, demostrando con ello que sí existe la posibilidad de llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio y de resolver en corto tiempo, una controversia compleja.

El mayor porcentaje de los casos que son llevados al CEDCA, finalizan en Laudo Arbitral. Igualmente, los casos que culminan en Conciliación, tienen la posibilidad de convertir la transacción alcanzada mediante el acta conciliatoria en un Laudo Arbitral, de acuerdo al artículo 10.3 del Reglamento.

La duración promedio de los Arbitrajes del CEDCA es entre 8 y 12 meses, con un máximo de 16 meses.

En cuanto a las materias sometidas a arbitraje, su durante los últimos diez años y con la evolución que ha tenido el arbitraje en Venezuela, se ha ido incrementando, y se han recibido causas muy variadas, entre ellas.

- Arrendamiento
- Obras y Construcción
- Servicios
- Mercado de Capitales
- Familiares

Resolución de Contratos

Banco – Intermediación Financiera

Hidrocarburos

Actualmente el CEDCA ha diseñado un plan de trabajo a mediano y largo plazo, orientado en primer lugar a lograr el equilibrio organizacional, técnico y financiero y así poder ofrecer un mejor servicio y dirigido a tres aspectos fundamentales:

- Promoción y Formación: fomentar el uso del arbitraje en todo el país, y ofrecer cursos de capacitación y formación tanto para árbitros, abogados, estudiantes.
- Estrechar las relaciones institucionales con el Estado, bancos y empresas y Centros de arbitraje internacionales
- Optimización de los tiempos del proceso arbitral, y lograr Laudos de calidad.

En el CEDCA estamos convencidos que

el Arbitraje se ha convertido en un medio usado cada día más, y que trae consigo mucho más beneficios que desventajas y que exige un nuevo tipo de abogado que participación activa en el trámite del proceso arbitral siguiendo un enfoque gerencial, y no estrictamente procesal.

Arbitraje y Casación

¿Más riesgos, más garantías?

Por el Dr. Pedro Saghy del Despacho de Abogados Macleod Dixon

A partir de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre esta materia proviene fundamentalmente de la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional. Sin embargo, paradójicamente, es la Sala de Casación Civil (SCC) la que como juez natural de los asuntos comerciales debería conocer principalmente de estos casos.

A pesar de lo anterior, hemos podido apreciar una interesante evolución respecto al criterio de la SCC sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de la sentencia que resuelve un recurso de nulidad intentado contra un laudo arbitral. En un período relativamente corto, la SCC ha pasado de la negativa absoluta a la declaratoria con lugar de este recurso de casación, pasando por un período de votos salvados por demás interesante.

Para exponer la importancia y características de esta evolución, a continuación haremos un breve resumen y concluiremos con la importancia que tiene la decisión del pasado 18 de octubre de 2010. Decisión que pareciera dirigir esta evolución a favor del arbitraje, a pesar de que su contenido no se refiere directamente a ningún punto relacionado con el arbitraje comercial.

La primera decisión que dicta la SCC relacionada con este asunto fue el 8 de febrero de 2002 (Sentencia N° 82, Exp. N° 2000-000532). En ella se niega admisión del recurso de casación fundamentalmente por: 1) la celeridad intrínseca del procedimiento de arbitraje; 2) El congestionamiento del Poder Judicial; y 3) La recurribilidad excepcional de los laudos arbitrales a través del recurso de nulidad.

Durante el período comprendido entre 2002 y 2008, los argumentos expuestos en esta decisión fueron reproducidos en varias decisiones, bajo ponencias de distintos Magistrados (véase:

SCC, 13 de agosto de 2004, Sentencia N° RH 00874, Exp. N° AA20-C-2004-000574; SCC, 9 de noviembre de 2004, Sentencia N° RC 01314, Exp. N° AA20-C-2003-001031; SCC, 29 de junio de 2006, Sentencia N° RH-00454, Expediente N° 2006-000396, ratificando la sentencia del 13 de agosto de 2004).

Desde nuestro punto de vista, este período está caracterizado por una falta de coherencia. En efecto, por una parte, todas estas sentencias adolecen de un error de juicio. En ellas se sostiene que la inadmisibilidad del recurso de casación en contra de la sentencia que resuelve un recurso de nulidad, se fundamenta en la imposibilidad de recurrir en casación un laudo arbitral. Por otra parte, los argumentos expuestos no parecen ser concluyentes. La misma SCC en una decisión del 21 de abril de 2008 (Sentencia RC 00225, Exp. 05813) admite y decide un recurso de casación en contra de una sentencia que decidió un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral, citando las sentencias ante mencionadas del 13 de agosto de 2004, N° RH 00874, Exp. N° AA20-C-2004-000574 y del 8 de febrero de 2002, Exp N°. 532, Sentencia N°. 83. Es decir, transcribe el texto de las sentencias que niegan el recurso de casación y concluyen que sí es admisible el recurso de casación en cuestión. Sólo el Magistrado disidente Luís Antonio Ortíz Hernández, sostiene el criterio de la inadmisibilidad, curiosamente, citando las mismas sentencias.

Posteriormente, en fecha 11 de abril de 2008, la SCC dicta dos sentencias consecutivas (Sentencias N° RC-00225, Exp. 2005-000813, publicada el 21 de abril de 2008 y Sentencia N° RC-00226, Exp. AA20-C-2005-000762) en las que se admite el recurso de casación en cuestión. A través de estas decisiones, la Sala rectifica su criterio expresando que "lo planteado no es la recurribilidad en casación de un laudo arbitral,

sino la pretensión de nulidad de ese laudo arbitral, que en diferencias, este si es llevado ante la jurisdicción de los Órganos Judiciales del Estado, y persiguen únicamente el control de los requisitos de legalidad de dicho laudo, sin poder entrar a resolver el mérito de la litis”.

Sin embargo, esta decisión no fue votada por unanimidad. El Magistrado Luís Antonio Ortíz Hernández insiste en salvar su voto en ambas decisiones ratificando así el criterio que venía sosteniendo la Sala en las sentencias de fecha 13 de agosto de 2004 y 9 de noviembre de 2004, y en su voto salvado de la decisión del 21 de abril de 2008.

El 12 de junio de 2008 (Sentencia N° RH 00383, Exp. N° AA20-C-2007-000840) la Sala acepta, finalmente por unanimidad, la admisión del recurso de casación en contra de una sentencia que resuelve el recurso de nulidad interpuesto en contra de un laudo arbitral. El razonamiento de la Sala, es el siguiente: “la Ley de Arbitraje Comercial no prohíbe que contra la decisión que resuelve el recurso de nulidad se pueda intentar el recurso de apelación o el de casación si fuere el caso, y ello, en razón de que la sentencia que resuelve el recurso de nulidad proviene en definitiva de un órgano jurisdiccional, por lo que es lógico sostener que es susceptible de los mismos recursos ordinarios y extraordinarios que son admisibles contra las sentencias judiciales en general”. A toda evidencia, el cambio de criterio experimentado por la SCC responde a una evolución en cuanto a la identificación del acto jurisdiccional que se recurre en casación y una intención de proteger la institución del arbitraje.

Con esta sentencia pensamos que se había logrado la unanimidad en la aceptación de este recurso de casación (ver: Arbitraje Comercial y Casación Civil, con Victorino Tejera Pérez, en la Revista Derecho y Sociedad n° 9, Negociación, Mediación y Arbitraje, de la Universidad Monteávila, Caracas, noviembre 2010). Principalmente por haber sido suscrita incluso por el Magistrado Luís Antonio Ortíz Hernández.

Sin embargo, una vez más, pareciera que cualquier

cosa puede suceder. En la reciente decisión del 18 de octubre de 2010, el Magistrado Luís Antonio Ortíz Hernández retoma los argumentos expuestos en la decisión del 13 de agosto de 2004, retractando implícitamente su firma de la decisión del 12 de junio de 2008 y restándole, en cierto modo, la fuerza que había logrado la SCC.

A pesar de los tropiezos, el criterio de la SCC ha evolucionado a favor de la aceptación del recurso de casación en contra de las sentencias que conocen los recursos de casación en contra de los laudos arbitrales. La última decisión dictada por la SCC no sólo admite el recurso sino que, por primera vez, lo declara con lugar. La posición alcanzada por la SCC responde en nuestra opinión a la intención de proteger la institución del arbitraje. En efecto, la interpretación y aplicación de las normas que regulan la nulidad del laudo arbitral no pueden quedar al albedrío de un solo juez, de instancia, ni excluido del control de la interpretación y aplicación coherente y previsible de la ley ni del principio de la unificación de la jurisprudencia, misiones incluidas dentro de la competencia de la SCC en todas las materias de su competencia, incluidas las normas relativas a la nulidad de los laudos arbitrales. Seguiremos atentos a las próximas decisiones.

Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje

Por el Dr. Carlos Lepervanche M., socio principal del Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez .

Aún cuando el Arbitraje Societario no está expresamente previsto en el Código de Comercio, ni en ley especial alguna, por la voluntad de las partes contratantes y en tanto la sociedad es un contrato, no existe “Prima Facie”, obstáculo para su incorporación a los estatutos sociales como mecanismo de resolución de conflictos entre socios, socios y administradores, etc.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su artículo 258, que la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. Y la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 3 establece que “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”. En esta norma se inscriben todas las controversias sobre derechos disponibles entre sujetos con capacidad para transigir. Esta es la regla. Sin embargo, las rigurosas excepciones señaladas en el propio artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, decantan el problema y trazan el verdadero perfil del arbitraje comercial. El cuadro de estas excepciones comprende los siguientes asuntos: (i) los contrarios al orden público y los que versen sobre delitos o faltas, (ii) los concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público, (iii) las controversias referidas al estado o capacidad de las personas, y las relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, y (iv) las controversias sobre las cuales haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes en el proceso.

Las principales fuentes que regulan el proceso arbitral son tres: La legislación del país donde se desarrolla el mismo, el convenio arbitral y las reglas de la institución que administra el arbitraje. Según Mullerat, la legislación nacional

suele predominar sobre las demás fuentes en los países europeos y latinoamericanos, al dar mayor relevancia a las cuestiones de orden público y autorizar a los tribunales en algunas ocasiones a ampliar su función y llenar las lagunas del proceso si el convenio arbitral no los prevé.

Claro entonces, que el Arbitraje es Arbitraje porque la Constitución y la Ley así lo reconocen. Reconocimiento que comporta un peaje: el respeto a los requisitos (garantías) que el ordenamiento jurídico establece para que la decisión final (laudo) pueda asimilarse en todo a una sentencia judicial y obtenga valor de cosa juzgada.

Pese al silencio del legislador, y en base al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los socios fundadores, para conformar el contenido de los estatutos sociales de una sociedad mercantil, que se constituye como principio rector de sus decisiones, se desprende la aplicabilidad del arbitraje societario.

En este sentido cabe recordar que la Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17/10/2008, confirma el criterio mediante el cual “...la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras (...) Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas

cauteladas o protecciones en cabeza del débil jurídico, la cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo vrg., arbitraje, mediación, conciliación, entre otras, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva (...) La estipulación de un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, por que tales medios deban aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia- vrg., en materia de bancos, seguros, valores...”

En cuanto al derecho argentino y en términos comparativos, el profesor Carlos Molina Sandoval, comentando la Ley de Sociedades Comerciales, dice que aunque la misma guarda un absoluto silencio en torno a la posibilidad de que los socios o, eventualmente, terceros, sometan los conflictos derivados de la dinámica societaria a arbitraje y teniendo en cuenta que tampoco lo prohíbe en forma expresa, cabe señalar que se trata de una modalidad lícita, siempre que se respeten ciertos principios societarios indisponibles.

En el caso Peruano tenemos que respecto al arbitraje como modalidad de solución de controversias, el artículo 48 de la Ley General de Sociedades señala textualmente lo siguiente: “No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley, o en las de aplicación supletoria a ésta, cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción, resolver las discrepancias que se susciten. Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la clausula arbitral”.

En el caso que la Ley General de Arbitraje de Perú - Ley N° 26572-, vigente desde enero de 1996, es decir dos años antes de la Ley General

de Sociedades, establece en su artículo 12, que también constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en estatutos de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones y demás personas jurídicas. Asimismo, conforme al artículo 48 de la Ley General de Sociedades, el convenio arbitral obligatorio puede ser insertado en el estatuto de una sociedad mercantil, para someter a esta jurisdicción las discrepancias que se susciten. Así pues, si el convenio arbitral está incluido en el Estatuto Social será obligatorio para la sociedad, sus socios o administradores aunque ya no lo sean, y a los terceros que al contratar con la sociedad expresamente se sometan.

Justificación del Arbitraje Societario.

Se ha venido invocando como ventajas para acudir al arbitraje, además de su menor costo, el de la mayor garantía en la decisión arbitral sobre la resolución del juez del Estado, al considerarse que la elección del propio decisor del litigio por parte de los contendientes, constituye un presupuesto objetivo de una mayor garantía en la resolución final del pleito. También se ha insistido en la mayor especialidad que ofrece el Árbitro o la corte arbitral respecto de una concreta contienda en relación con la competencia indiscriminada y exasperante lentitud de los procedimientos civiles, como motivo suficiente para huir del sistema judicial estatal.

Una de las bondades atribuidas al arbitraje reside en su carácter flexible, en la posibilidad de poder adaptarse a las exigencias o a la visión que las partes tienen sobre cómo debe llevarse a cabo el proceso. El principio general es el de la libertad de procedimiento.

En el mundo de las sociedades mercantiles, las disputas entre socios sobre asuntos que interesan a la sociedad, son relativamente recientes y son cuantiosas las sumas que las partes interesadas dispensan en la defensa de una y otra posición. Así como son frecuentes las sociedades, también lo son las potencialidades de conflicto que se originan en la consecución del fin económico común.

Características del Arbitraje Societario.

La existencia de controversias, diferencias y/o

disputas surgidas entre dos o más partes que integren un convenio arbitral es la esencia nuclear de todo procedimiento arbitral. Es decir, nada se puede someter a arbitraje si no existen posiciones disímiles que necesiten de un tercero (árbitro) que resuelva esas diferencias.

De igual manera debe necesariamente existir un convenio arbitral que obligue a las partes involucradas en el conflicto a someterse a arbitraje. La cláusula arbitral es ese texto por el cual se excluye del conocimiento de la competencia judicial y se remite a la jurisdicción arbitral todos aquellos conflictos surgidos o que puedan surgir entre las partes que hayan firmado o consentido en la misma. Cabe señalar que el convenio arbitral es autónomo de la validez de los estatutos societarios.

Y por último, el convenio arbitral será de carácter obligatorio, en la medida que el mismo sea válido desde el punto de vista formal y material, es decir, debe hallarse revestido de la forma legalmente prescripta.

Alcance objetivo del Arbitraje Societario.

La piedra angular de este tema es la afectación de los derechos de terceros y el orden público, respecto la función social de la empresa y su supervisión por el Estado.

En cuanto a la materia arbitrable cabe preguntarse ¿cuál es el límite al arbitraje?. Dice Carazo que la solución que apuntamos gira en torno a los intereses que pudieren verse afectados por la resolución arbitral, situación aplicable idénticamente en Venezuela. Precisamente, esta última ha sido la posición que la Corte de Casación italiana ha sostenido para negar la arbitrabilidad de determinadas controversias societarias. De esta forma, son derechos indisponibles los que afecten a terceros o afecten a normas de organización y funcionamiento de la sociedad. Si el arbitraje es un contrato y se fundamenta en la voluntariedad, éste debe quedar en la esfera privada de las partes que lo han acordado, si bien, con la peculiaridad ya señalada de que cuando se incorpora a los estatutos extiende sus efectos a socios futuros y órganos sociales. Por lo que sólo cuando el arbitraje pudiera afectar a

intereses más elevados o de terceros será cuando éste deba excluirse. Ello con independencia del concepto de orden público.

Por tanto, aunque teóricamente el Derecho Mercantil esté abierto al libre juego de la autonomía de la voluntad, existen ámbitos, sobre todo en el societario, que por afectar a intereses de terceros que no participan en el convenio se han de conceptuar indisponibles.

En relación a este aspecto, sugiere la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, un interesante test para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastando con discernir, si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes.

En cuanto a las controversias societarias arbitrables, el proceso arbitral no puede superar a la asamblea como órgano decisor y máxima autoridad de la empresa. La voluntad de la sociedad se manifiesta mediante las decisiones válidas y legítimamente adoptadas por la asamblea y no pueden ser suplidas por el procedimiento arbitral. Este último aparecerá solo cuando surjan diferencias o controversias que no puedan ser resueltas mediante los mecanismos ordinarios que dan vida a la sociedad y excedan los límites de sus resoluciones.

Creemos que materias tales como, (i) valoraciones de aportes, (ii) nulidad de sociedades, (iii) interpretación de los estatutos sociales, (iv) responsabilidad de los administradores, (v) separación y exclusión de socios, (vi) disolución y liquidación de Sociedades, son arbitrables, siempre y cuando exista el compromiso arbitral correspondiente.

Sostiene la doctrina que en Venezuela, la inclusión y retiro de socios sí puede ser objeto de arbitramento, por la misma razón de que los socios pueden pactar convencionalmente en los estatutos los supuestos en que han de producirse tales retiros.

Creemos que pueden ser objeto de compromiso arbitral las controversias y litigios derivados de la falta sistemática de adopción del acuerdo que pueda dar lugar a la paralización del funcionamiento normal de la sociedad. Esto es, en caso de empate reiterado e insalvable en la junta general o en el consejo de administración. Es obvio que los árbitros no serían competentes para dictar un laudo que sustituya la voluntad social, aunque sí lo serían para declarar, a instancia de los socios o administradores, la disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales que haga imposible su funcionamiento.

En cuanto a la arbitrabilidad de los procesos concursales de atraso y quiebra, en la práctica no pareciera procedente, por la cantidad de terceros involucrados, a los cuales no se les puede oponer la cláusula o compromiso arbitral si no lo han suscrito y porque además un laudo dictado en un proceso del que no han sido parte puede afectar los derechos de la masa.

Alcance subjetivo del Arbitraje Societario.

Somos de la opinión que se verán obligados por el convenio arbitral todas aquellas personas que relacionadas con la empresa por ser funcionarios de la misma, socios, administradores, hagan vida societaria, habiendo firmado o no el convenio. Esta opinión la sustentamos en que al obligarse mediante los estatutos de la empresa a cumplir con los mismos y en ellos establecerse el compromiso arbitral, deben necesariamente hallarse obligados por el cumplimiento del mismo.

El hecho de que los accionistas hayan sido fundadores del contrato o hayan ingresado mediante adquisición ulterior de las acciones no debe proponer una solución diferente.

³¹ Socio Principal de Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

³² Ramón Mullerat OBE. "La Federal Arbitration Act: A Shield or a Sword? Revista del Club Español de Arbitraje. 2/2008. Pág. 59.

³³ Carlos A. Molina Sandoval. "Arbitraje Societario" Pág. 11, "Academia de ciencias Políticas y Sociales de Venezuela". Serie Estudios N° 62.

³⁴ Roland Matthies. "Arbitrariedad y Arbitraje". Oscar Todtmann Editores. Pág. 118.

³⁵ Natale Amprimo Prà, Comentando el artículo 13 de la Ley de Arbitraje Peruano mantiene que "...En ese sentido, destacamos que el artículo bajo comentario utiliza el término "diferencias", y no el de "controversias" que usa el artículo 9 de la misma Ley General de Arbitraje, cuando define el convenio arbitral. Para algunos, ello responde a que el término "diferencias" posee una carga conceptual más débil en relación con otros términos, como podría ser el de "controversia" o "cuestión litigiosa"...Naturaleza Jurídica del Arbitraje y su Obligatoriedad en el Arbitraje Testamentario. Revista Peruana de Arbitraje 6/2008. Magna Pág. 104.

³⁶ María José Carazo Lièbana. "El Arbitraje Societario". Marcial Pons". Pág. 55.

³⁷ Roland Mathies, op.cit. Pág. 122.