



Comitê Brasileiro de Arbitragem

Revista Brasileira de
ARBITRAGEM

La Renuncia Tácita al Arbitraje

PEDRO J. SAGHY CADENAS

Volume XII Number 47

2015

ISSN: 1806809X

La Renuncia Tácita al Arbitraje

PEDRO J. SAGHY CADENAS

Doctor en Derecho. Profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la UCAB.
Socio de Despacho de Abogados de Norton Rose Fulbright, S.C.

RESUMO: Este artigo é uma análise crítica da aceitação da renúncia tácita à arbitragem por parte da jurisprudência venezuelana. As críticas se organizam em dois grupos: primeiramente, do ponto de vista do direito das obrigações. Em segundo lugar, do ponto de vista da legislação sobre arbitragem. O objetivo é contribuir com a reflexão que objetiva recolocar esta *rara avis* do direito arbitral venezuelano em seu devido lugar de origem.

ABSTRACT: This article is a critical analysis of the Venezuelan case law acceptance of parties' waiver to arbitration. The critics are organized in two groups. Firstly, from the obligation law perspective; secondly, from the arbitration law perspective. The objective is to contribute with the release of this *rara avis* of Venezuelan arbitration law to its place of origin.

SUMÁRIO: Introducción: La renuncia tácita al arbitraje. Estado actual; A) Críticas desde el punto de vista del Derecho de las Obligaciones; 1 La renuncia tácita al arbitraje no armoniza con los principios generales del derecho de los contratos; 2 La renuncia tácita al arbitraje modifica la naturaleza del acuerdo de arbitraje; 3 Sobre la teoría de la modificación de los contratos por la conducta posterior de las partes; B) Críticas desde el punto de vista del derecho del arbitraje; 1 Ausencia de base legal; 2 El efecto negativo del principio competencia-competencia; 3 La renuncia tácita al arbitraje es un criterio superado; A modo de conclusión.

Actualmente el derecho venezolano acepta la renuncia tácita al arbitraje¹.

En nuestra opinión, existen varios y convincentes argumentos para cuestionar la existencia de esta *rara avis* en el derecho arbitral venezolano.

Con el presente trabajo nos proponemos agrupar esos argumentos y contribuir con la reflexión que permita liberar este extraño animal a su lugar de origen.

Para ello, luego de presentar el estado actual de la materia, dividiremos los argumentos en contra de esta figura en dos partes: Primero, desde el punto de vista del derecho de las obligaciones. Segundo, desde el punto de vista del derecho del arbitraje.

INTRODUCCIÓN: LA RENUNCIA TÁCITA AL ARBITRAJE. ESTADO ACTUAL

La renuncia tácita al arbitraje consiste, en resumen, en aceptar que aunque las partes hayan celebrado un acuerdo de arbitraje, si una de ellas demanda ante los tribunales ordinarios y la otra no opone la falta de jurisdicción cumpliendo

con ciertas formalidades, se entiende que las partes han renunciado a someter sus controversias a un tribunal arbitral.

La primera vez que en el derecho arbitral venezolano se mencionó esta figura fue en la sentencia conocida como *Hotel Doral* de la Sala de Político Administrativa del 20 de junio de 2001². Esta sentencia dijo que la renuncia tácita al arbitraje se verifica:

cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil)

Pero ni esta primera sentencia, ni ninguna de las que la ratificó³ mencionaban de dónde provenía la figura de la renuncia tácita al arbitraje; cuál era la fuente que permitía a los jueces referirse a esta figura.

La primera sentencia que se refirió a la base legal de la renuncia tácita al arbitraje fue la Sentencia 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de noviembre de 2010 en el conocido caso *ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.*⁴.

En dicha sentencia, la renuncia tácita al arbitraje se explicó, legalmente, de la siguiente forma:

[...] el segundo aspecto⁵ a ser valorado por esta Sala se encuentra vinculado con “a existencia de conductas procesales de las partes en disputa, orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje,

2 Sentencia nro. 01209 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de junio de 2001, Expediente nro. 0775, caso: Hoteles Doral C.A. vs. Corporación L. Hoteles C.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>.

3 Esta sentencia fue confirmada en varias oportunidades. Véase: Sentencia Nro. 00832 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de junio de 2002, Expediente nro. 2002-0365, caso: INVERSIONES SAN CIPRIAN, C.A., e INVERSIONES MILL'S, C.A. contra CIUDAD COMERCIAL PORLAMAR, C.A. (C.C.P.). Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00832-120602-02-0365.HTM>.

4 Sentencia 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de noviembre de 2010, caso: ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A., Expediente nro. 09-0573. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

5 La Sala desarrolla el análisis que debe hacer el Poder Judicial para determinar si debe o no declarar su incompetencia como consecuencia de una cláusula arbitral. El *primero aspecto* de este análisis consiste en que “los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación *prima facie*, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se derivan de la cláusula por escrito”. El *segundo aspecto*, se refiere a un análisis de la conducta procesal de las partes. Este es precisamente el objeto de crítica de este artículo.

para lo cual se califican las actividades u omisiones de una parte en juicio, como elementos demostrativos de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir” para lo cual se analizara la “denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ [...]”.

Para ello, es preciso analizar el contenido y alcance del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que señala que: “La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, *por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio*, personalmente o por medio de apoderado, *cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.*

Sobre los supuestos contenidos en el artículo parcialmente transcrito, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (*confesión ficta*) y; que también, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en ‘forma’ esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil), se verifica la denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ [...]”.

La interpretación del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyo antecedente inmediato se encuentra en el artículo 322 del Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), es una actividad que debe desarrollarse en su totalidad, lo cual comporta que la interpretación normativa debe realizarse enmarcada en el sistema global del derecho positivo, para así esclarecer el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador.

Ello implica, “[...] tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse [...]”, así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil - conforme al cual, a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador-, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal – Vid. Sentencia de esta Sala nº 2.152/07-.

[...]

En tal sentido, el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado es una garantía para el demandante en la medida que define que actuaciones debe realizar para que no se verifique una sumisión tácita a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, tomando en consideración que conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala, *“visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional”* (Cfr. Sentencia de esta Sala nº 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial nº 39.055 del 10 de noviembre de 2008)

En consecuencia, debe tenerse presente que la aplicabilidad de la referida norma se encuentra limitada a la actuación de las partes en juicio y no de actuaciones *extra litem*, con lo cual la oportunidad y forma para la oposición de la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil o a la respectiva medida cautelar, debe producirse en la oportunidad procesal que en cada caso disponga el ordenamiento adjetivo aplicable, además de responder a los principios y normas rectoras del correspondiente procedimiento.

En resumen, para la jurisprudencia venezolana la renuncia tácita al arbitraje se fundamenta en el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Aunque muchas decisiones que reconocen su existencia no se refieren al fundamento legal de la figura⁶, todas reproducen el mismo texto según el cual es necesario analizar la actuación de las partes en juicio para determinar si han renunciado al arbitraje. En consecuencia, no hay duda que, se cite o no, la base legal de la renuncia tácita al arbitraje es el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

A continuación, pasaremos a exponer las críticas que nos inspira esta figura, primero frente al derecho de las obligaciones y luego frente al derecho arbitral venezolano.

A) CRÍTICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

La institución más importante del derecho arbitral es el acuerdo de arbitraje. A partir del acuerdo de las partes de someter sus controversias a arbitraje se construye toda la lógica del derecho arbitral.

Casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera, reconocen la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje⁷. En efecto, el

6 Sentencia del Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 5 de Noviembre de 2010, caso CRISTOBAL BREWER MENDOZA contra Sociedad Civil CANDAL & ASOCIADOS. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/noviembre/2122-5-AP11-V-2010-000421-PJ0072010000143.html>.

7 Ello sin dejar de reconocer los efectos procesales de este acuerdo, a los que nos referiremos más adelante en este trabajo cuando desarrollemos las críticas a la renuncia tácita al arbitraje, desde el punto de vista del derecho del arbitraje.

acuerdo de arbitraje es un contrato⁸. Es, incluso, como lo reconoce expresamente la ley venezolana, un contrato independiente⁹.

La naturaleza contractual de este acuerdo es fundamental para el análisis que proponemos con el presente trabajo. En efecto, constituye un hecho fundamental para demostrar que la figura de la renuncia tácita es una incoherencia del derecho venezolano.

A continuación, analizaremos la renuncia tácita al arbitraje desde cuatro puntos de vista distintos, del derecho de los contratos.

1 LA RENUNCIA TÁCITA AL ARBITRAJE NO ARMONIZA CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Una de las consecuencias que derivan de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje es la aplicación de las normas generales previstas para todos los contratos, de conformidad con el Código Civil.

De conformidad con el Artículo 1.140 del Código Civil, “todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título (TÍTULO III, DE LAS OBLIGACIONES del artículo 1.333 hasta el artículo 1.430), sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales”.

Varias de esas reglas generales a las que se refiere el artículo 1.140 del Código Civil han sido reconocidas como principios generales del derecho de los contratos¹⁰. Es decir, reglas imprescindibles sobre las cuales se construye un razonamiento correcto en el derecho de los contratos.

Entre estos principios, los que más interesan para este trabajo son los siguientes:

8 Artículo 1.133 del Código Civil: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.” El acuerdo de arbitraje tiene naturaleza mixta. Por un lado, tiene naturaleza contractual. Por otro lado, tiene efectos jurisdiccionales. En el presente punto nos referiremos exclusivamente al aspecto contractual, dejando para más adelante, cuando nos refiramos a las críticas desde el punto de vista del derecho del arbitraje, a los efectos jurisdiccionales de este acuerdo.

9 Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial: El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto *el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.*

10 En este sentido, véase, por ejemplo, Sentencia del 12 de enero del 2010, nº 10-01-05, del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, caso: Carmen Polanco contra Alexis Santos Parra Fernández y Nancy Margot Pérez de Parra, “...dentro de la clasificación de los contratos, y atendiendo a las normas legales que lo regulen, los denominados contratos innominados o atípicos, que son los que carecen de regulación legal específica, aun cuando en la doctrina y en la práctica tengan una denominación, pues son producto de la autonomía de la voluntad, se rigen por las reglas fijadas por las partes contratantes, siempre que no violen normas imperativas y supletoriamente, por normas y principios generales a todos los contratos en cuya categoría estén comprendidos, y a los principios generales aplicables a los mismos”. Disponible en: <http://barinas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/ENERO/803-12-09-9039-CO.-10-01-05..HTML>.

- a) Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes¹¹.
- b) Los contratos no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley¹².
- c) Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley¹³.
- d) Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas¹⁴.
- e) Si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede reclamar judicialmente la ejecución del contrato y los daños y perjuicios¹⁵.

Entre las muchas virtudes de estos principios está la pureza de sus enunciados. La elegancia y precisión con la que fueron formulados reduce al mínimo las probabilidades de discusión sobre la correcta interpretación y consecuencias de cada uno de estos principios.

Cuando se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se puede apreciar con facilidad la aplicación de estos principios al acuerdo de arbitraje. Por ejemplo¹⁶: “Conforme a la norma transcrita [artículo 5 de la Ley de Arbitraje]¹⁷, cuando en una cláusula contractual o en un acto independiente esté incluido un acuerdo de arbitraje, éste adquiere *carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato*¹⁸, quienes por el acuerdo se obligan a dirimir sus controversias ante árbitros y renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios”¹⁹. (Subrayado agregado por nosotros)

Al repasar estos principios, resulta evidente para nosotros que la renuncia tácita al arbitraje no armoniza con lo que ellos proponen. Que existe una contradicción incómoda entre estos principios y lo que propone la figura de la renuncia tácita al arbitraje.

11 Artículo 1.159 del Código Civil.

12 Artículo 1.159 del Código Civil.

13 Artículo 1.160 del Código Civil.

14 Artículo 1.264 del Código Civil.

15 Artículo 1.167 del Código Civil.

16 Sentencia nº 676 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de junio de 2012, caso: INVERSIONES SALAZAR Y MARÍN, C.A. (SALYMAR) contra INVERSIONES VINCENZO, C.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00676-7612-2012-2012-0672.html>.

17 Artículo 5º: El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

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

18 Lo que sin duda es la consecuencia del principio general de fuerza de ley entre las partes; de no poder revocar los contratos sinopor mutuo consentimiento y del deber ejecutar los contratos de buena fe.

19 Lo que, además de estar previsto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, sin duda es la consecuencia de la aplicación principio general del deber de ejecutar las obligaciones consecuenciales que derivan del contrato y del deber de ejecutar las obligaciones exactamente como han sido contraídas. En cuanto al principio de responsabilidad en caso de incumplimiento, es la consecuencia lógica del incumplimiento de una obligación contractual.

En efecto, la renuncia tácita al arbitraje autoriza a demandar ante los tribunales ordinarios, a pesar de la existencia de un acuerdo de arbitraje. Es decir, permite olvidar la fuerza de ley que tiene entre las partes el acuerdo de arbitraje y reconoce a una de ellas (la parte demandante) el derecho de dejar de cumplir la obligación de someter a arbitraje, en los términos en que fue contraída. Además, la teoría de la renuncia tácita al arbitraje autoriza al demandante abandonar el acuerdo de arbitraje, sin que ello implique una violación a la obligación de actuar de buena fe, ni a la obligación de no revocar los contratos de forma unilateral. Finalmente, la renuncia tácita al arbitraje autoriza incumplir el acuerdo de arbitraje, sin que se genere la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. La contradicción salta a la vista.

Adicionalmente, la renuncia tácita al arbitraje implica el perverso sometimiento de la parte demandada, aun siendo acreedora de una obligación contractual incumplida, al riguroso examen de cumplir con las formalidades procesales creadas por la jurisprudencia (y por ello potencialmente cambiantes) para poder determinar si puede considerarse que tiene derecho a exigir que se respete el acuerdo celebrado entre las partes.

En definitiva, la renuncia tácita al arbitraje plantea la posibilidad de que las partes actúen de forma contraria a lo que está expresamente prohibido por normas generales aplicables a todos los contratos. En particular, al principio universal de los contratos *pacta sunt servanda*.

La solución a esta contradicción es simple. Frente a una situación que coloca en conflicto los principios generales de los contratos y una regla especial, a falta de norma expresa que lo prevea debe preferirse el respeto por los principios generales.

Es posible que en este punto de nuestro desarrollo alguien se adelante a pensar que la explicación a esta contradicción es precisamente la existencia de una regla especial que autoriza la excepción a los principios generales de los contratos en materia de acuerdo de arbitraje. Sin embargo, como será demostrado más adelante, esa norma excepcional no existe en el derecho venezolano.

Por lo tanto, creemos posible concluir que la renuncia tácita del arbitraje contradice los principios generales del derecho de los contratos. Esa contradicción demuestra que se trata de una figura extraña, que atenta en contra de un elemento fundamental del derecho arbitral: la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje. Sólo una norma expresa podría darle sentido o autorizar de forma excepcional esa contradicción.

Por lo anterior, en aplicación del principio *pro arbitraje*, la renuncia tácita del arbitraje debe ser erradicada del derecho arbitral venezolano.

2 LA RENUNCIA TÁCITA AL ARBITRAJE MODIFICA LA NATURALEZA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

De acuerdo con el Código Civil, la obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto²⁰. Por otro lado, las obligaciones alternativas²¹ son aquellas en donde el deudor tiene una obligación con dos objetos, pero la cumple entregando uno sólo de ellos²². Finalmente, las obligaciones facultativas son aquellas en las que el deudor tiene la facultad de cumplir la obligación cumpliendo una prestación distinta de la que contrajo, ejecutando una prestación sustitutiva de la que prometió inicialmente²³.

El derecho venezolano concibe el acuerdo de arbitraje como una obligación pura y simple²⁴. Es decir, la obligación de resolver las controversias a través de arbitraje no está sometida a ningún hecho futuro e incierto²⁵, ni es una obligación alternativa que permite al deudo escoger entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria. Tampoco es una obligación facultativa, pues el demandante, obligado a demandar ante el tribunal arbitral, no puede liberarse de su obligación presentando la demanda ante un tribunal ordinario. Al menos no debería.

Evidentemente las partes podrían modificar esta regla, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, ello sería la creación de una excepción particular para ese caso que, además de confirmar la regla, sólo podrá ser considerada válida si las partes lo acuerdan expresamente. En otras palabras, se trata de una excepción particular, que no puede entenderse como general ni tácita.

En nuestra opinión, la figura de la renuncia tácita al arbitraje autoriza a la parte demandante a desconocer el acuerdo de arbitraje y a demandar ante la jurisdicción ordinaria.

Desde el punto de vista del derecho de los contratos, esta autorización modifica la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, tal y como está concebido en la legislación venezolana y parece convertirla en una obligación

20 Artículo 1.197 del Código Civil venezolano: "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto".

21 Artículo 1.217: "En las obligaciones alternativas la elección pertenece al deudor, si no ha sido expresamente concedida al acreedor."

22 LUYANDO, Eloy Maduro. *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1995, nro.125, p. 57.

23 LUYANDO, Eloy Maduro. *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1995, nro.126, p. 58.

24 Artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana: [...] "En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria."

25 Es muy común que en el momento en que las partes celebran el acuerdo de arbitraje aún no ha surgido ninguna controversia entre ellas. Pero eso no significa que la obligación de someter las controversias a la decisión de árbitros se convierta en una obligación condicionada al surgimiento de las controversias. Por el contrario, la obligación de someter la controversia a la decisión de árbitros nace desde el mismo momento en que las partes celebran el acuerdo de arbitraje, independientemente de que exista o surja una controversia entre las partes.

condicionada, en una obligación alternativa o incluso en una obligación facultativa.

En efecto, la renuncia tácita al arbitraje pareciera que permite afirmar que todos los acuerdos de arbitraje están sometidos a la condición tácita de no renunciar²⁶: Los acuerdos de arbitraje son válidos y tienen efecto obligatorio entre las partes, si y sólo si, las partes no renuncian a través de sus actuaciones procesales. También podría decirse que la renuncia tácita al arbitraje transforma el acuerdo de arbitraje en una obligación alternativa, en la que el demandante puede escoger entre un proceso arbitral o un proceso judicial, o incluso en una obligación facultativa en la que el demandante tiene el derecho a escoger el foro que más le conviene para cumplir con lo pactado entre las partes.

Algunos podrían pensar que afirmar que una obligación es válida salvo que las partes renuncien, no es un problema porque el principio de libertad contractual autoriza a las partes a revocar los acuerdos que han celebrado. Que nadie está obligado a permanecer mantener un vínculo contractual a perpetuidad.

Sin embargo, la utilización de estos o cualquier otro argumento para defender la posibilidad de desconocer el acuerdo de arbitraje y poder presentar una demanda judicial, no es más que reducir a nada el compromiso asumido a través del acuerdo de arbitraje. En nuestra opinión, no es posible ser coherente jurídicamente y justificar que a pesar de haberse celebrado un contrato, ambas partes (porque nadie sabe quién será la parte demandante) tienen el derecho de desconocer dicho acuerdo, sin que ello tenga consecuencia para la parte que incumple.

Es cierto que las partes tienen el derecho de modificar sus acuerdos, incluyendo el derecho de renunciar a ellos. Pero esa modificación, esa renuncia, debe ser acordada entre las partes. Es completamente contrario al derecho venezolano aceptar que un acuerdo puede ser modificado por la voluntad de una sola de las partes. O, lo que es lo mismo, que una de las partes puede perfectamente actuar en contra de lo acordado y con ello someter a la otra a cumplir con formalidades procesales que precisamente quería evitar, so pena de quedar sin ningún efecto el acuerdo celebrado. Por otro lado, los argumentos relativos a la libertad de principio de las partes se refieren a situaciones completamente distintas. Los acuerdos de arbitraje tienen una finalidad muy precisa y un objeto muy claro. Alegar el principio de libertad de las partes justamente cuando surge el conflicto entre las partes y debe aplicar el acuerdo de arbitraje, es un total sinsentido.

26 Artículo 1.198 del Código Civil venezolano: "Es suspensiva la condición que hace depender la obligación de un acontecimiento futuro e incierto. Es resolutoria, cuando verificándose, repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído."

Las consecuencias de esta forma de razonar son evidentes. La figura de la renuncia tácita al arbitraje fragiliza el acuerdo arbitral y lo reduce a una simple posibilidad: el demandante puede que lo respete o puede que renuncie. Si renuncia, lo puede hacer con la simple e impune presentación de su demanda ante el tribunal ordinario. Por su parte, el demandado, acreedor de la obligación contractual de arbitrar, será obligado a cumplir con ciertas condiciones de modo y tiempo creadas por la jurisprudencia, que procuró evitar a través de la celebración del acuerdo de arbitraje. Cualquier error significará su propia renuncia al arbitraje.

Es decir se llega a la paradójica situación para una de las partes de tener que atravesar toda una batalla judicial, para procurar el respeto del acuerdo de arbitraje.

Es difícil estar menos de acuerdo con esta figura. De manera incomprensible se autoriza el incumplimiento contractual y se imponen cargas al acreedor de la obligación incumplida, como si la celebración de acuerdo de arbitraje no tuviera ningún valor.

Incluso, pareciera posible afirmar que la renuncia tácita al arbitraje transforma la naturaleza pura y simple del acuerdo de arbitraje y lo somete a una condición resolutoria: el acuerdo de arbitraje es válido salvo que se presente la demanda judicial y el demandado no cumplan con las formalidades en el modo y tiempo previstos por la jurisprudencia. En ese caso, “se repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído”²⁷.

3 SOBRE LA TEORÍA DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS POR LA CONDUCTA POSTERIOR DE LAS PARTES

Existe una teoría según la cual las partes, en ejercicio de la libertad contractual, pueden modificar sus acuerdos contratos, incluso de forma tácita. En otras palabras, las partes pueden modificar lo que han acordado por escrito en un contrato si durante la ejecución del contrato se comportan de forma diferente y es tácitamente aceptado por las partes.

En el derecho anglosajón esta posibilidad parece generalmente aceptada. Por eso es muy común ver en esos contratos o en los contratos inspirados en la forma anglosajona las conocidas cláusulas de *no waiver*²⁸ o cláusulas dedicadas especialmente a establecer la forma de modificar el contrato²⁹.

27 Artículo 1.198 del Código Civil: “Es suspensiva la condición que hace depender la obligación de un acontecimiento futuro e incierto. *Es resolutoria, cuando verificándose, repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído.*” (Subrayado agregado por nosotros)

28 Estas cláusulas, en términos generales, prevén que las partes no renuncian a su derecho a hacer cumplir el contrato en los términos previstos en el texto, aunque en algún momento hayan dado tácitamente su consentimiento de permitir a la otra parte de dejar de cumplir con alguna obligación.

29 Estas cláusulas llamadas comúnmente “cláusulas de modificación” prevén que el contrato sólo podrá ser modificado mediante otro contrato suscrito por las mismas partes debidamente autorizadas y que, en consecuencia, ninguna otra forma será válida para modificar lo previsto en ese contrato.

Esas cláusulas no son en principio necesarias en los sistemas jurídicos de derecho civil. En estos sistemas, como el venezolano, los contratos están hechos para ser cumplidos en los mismos términos en que fueron acordados y para probar en contra de lo que se ha dicho por escrito, se requiere otro escrito³⁰.

Sin embargo, no es menos cierto que en Venezuela, por ejemplo, se ha venido aceptando la posibilidad de que las partes modifiquen sus acuerdos, a través de la actuación de las partes durante la ejecución del contrato y no a través de otro acuerdo, como tradicionalmente ha sido entendido.

En efecto, la jurisprudencia venezolana ha aceptado la posibilidad de que las partes modifiquen, a través de sus conductas, lo que fue originalmente acordado en el contrato. Quien aceptó por primera vez esta posibilidad fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³¹ y luego ha sido ratificado por numerosas sentencias de instancia³². En resumen, el Tribunal Supremo de

30 Artículo 1.387 del Código Civil: “No es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguiirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares. Tampoco es admisible para probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados o lo que la modifique, ni para justificar lo que se hubiese dicho antes al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate en ellos de un valor menor de dos mil bolívares. Queda, sin embargo, en vigor lo que se establece en las leyes relativas al comercio.”

31 Véase Sentencia nro. 561 del 14 de mayo del 2009, caso: ESTACIONAMIENTO LM 2002 C.A., Exp. n° 08-0086. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/561-14509-2009-08-0086.html>.

Esta sentencia tiene un curioso voto salvado de Luisa Estella Morales Lamuno, para entonces presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, recordando que “conforme al artículo 1.159 del Código Civil los contratos son “ley entre las partes” y no pueden ser modificados, salvo disposición expresa de ambas partes.”.

32 Entre ellas, véase: Sentencia del Juzgado del Municipio Zamora de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Villa de Cura, 26 de mayo de 2010, caso: Jaime Ramirez Perez contra Daisy del Carmen Gittens Alzolar, Exp. n° 4666. Disponible en: <http://aragua.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/238-26-4666-.HTML>; Sentencia del Juzgado del Municipio Zamora de la Circunscripción del Estado Aragua, Villa de Cura, 23 de septiembre de 2010, caso: Roger Castillo Vargas contra Alida Rosa Bravo, Exp. n° 4948. Disponible en: <http://aragua.tsj.gob.ve/decisiones/2010/septiembre/238-23-4948-.html>; Sentencia del Juzgado Décimo Sexto Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 25 de marzo del 2011, Caso: María de los Ángeles Cerrada de Moreno, contra Guillermo Vega Zafra, Exp. n° AP31-V-2010-001130. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MARZO/2164-25-AP31-V-2010-001130-.HTML>. El texto reproducido en todas esas sentencias de instancia, es el siguiente: “El contrato demuestra, obviamente, las condiciones originales de la contratación, pero a través de él no se puede concluir si hubo, o no, una variación del modo mediante el cual las partes se liberarían de las obligaciones a las que éste las sometía. Ello es, lógicamente, imposible. Ni siquiera la prohibición expresa de la modificación de los términos del contrato podría servir de sustento para la fijación de ese hecho, ante la evidencia del despliegue de una conducta, de parte de los contratantes, distinta de la que pactaron originalmente, siempre y cuando ello no derive en una recalificación de la naturaleza de la convención, pues debe entenderse que esa posibilidad se refiere a obligaciones secundarias y nunca a las que son esenciales para la naturaleza del mismo. Es decir, un cambio de la modalidad original sería factible cuando se refiera al lugar, oportunidad o mecanismo a través del cual se efectúe el pago y nunca al pago en sí mismo, pues la convención dejaría de ser un contrato de arrendamiento para convertirse en uno de comodato. Así, en palabras del autor José Mélich-Orsini: “Cuando va a interpretar el intento práctico perseguido por los contratantes, el juez se ve precisado a cumplir una sucesión de actividades previas en que se combinan juicios de hecho y juicios de derecho de modo inextricable. Este proceso tiene como finalidad – según la expresión de Savigny, citada por Flume – ‘hacer surgir ante nuestra consideración el pensamiento vivo consignado en la letra muerta’. Para ello, tendrán que tomarse en cuenta no sólo las palabras empleadas por los involucrados, sino todo el complejo de sus conductas anteriores al proceso u ocurridas dentro del mismo. Ello comprende las versiones sobre los hechos en que respectivamente fundan sus pretensiones. En la medida en que tales versiones coincidan, el juez puede valorar lo coincidente para establecer como ‘ciertos’ los hechos que de ello resulten, quedando todavía por apreciar lo concerniente a la relevancia y a la eficacia jurídica de tales hechos para el Ordenamiento Jurídico.” (*Doctrina General del Contrato. Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Centro de Investigaciones Jurídicas, 4 ed. Caracas, 2006, p. 379) (Subrayado añadido). Vemos como, de esta manera, la doctrina venezolana que se elaboró, especialmente con posterioridad a nuestra legislación adjetiva vigente desde 1987, reafirmó que la relación contractual trasciende lo

Justicia dijo que “las partes pueden modificar con su conducta los términos de la relación contractual”³³.

Por lo anterior pareciera posible afirmar que existe la tendencia de aceptar que las partes pueden modificar tácitamente sus contratos a través de sus actuaciones posteriores. La pregunta es, ¿es posible aplicar esta teoría al derecho arbitral y considerar que la renuncia tácita al arbitraje es una forma de modificar el acuerdo de arbitraje a través de la actuación posterior de las partes?

Nuestra respuesta es negativa. No es posible aplicar esta teoría al derecho arbitral. Al menos no al derecho arbitral venezolano. A continuación explicaremos por qué.

De acuerdo con la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”³⁴. Esta formalidad ha sido reconocida

simplemente establecido en el contrato, el cual no es sino un medio facilitador de la demostración, en juicio, de una relación jurídica que puede ir más allá de lo que, aparentemente, pactaron las partes en las cláusulas que lo conforman. Cuando se parte de esta premisa, se entiende que, en el presente caso, al solicitante de la protección constitucional se le coartaron sus derechos constitucionales a la defensa y a la prueba, pues cuando el Juez negó la posibilidad de que las partes pudieran modificar con su conducta la manera a través de la cual quedarían liberados de las obligaciones a las que se sometieron contractualmente, se le impidió el ejercicio pleno de su defensa y se le enervó la posibilidad de la demostración de sus alegatos. Por otra parte, tampoco es cierta la afirmación que hizo el juzgador en la decisión que fue objeto de apelación, en el sentido de que la actuación judicial a la cual se le atribuyeron las lesiones constitucionales analizó y valoró debidamente la delación de la parte demandada y determinó que ‘no es suficiente para demostrar el cambio de la realidad de un contrato los actos desarrollados por una sola de las partes y menos cuando tales actos constituyen incumplimientos al contrato mismo de los que quiere sacar provecho el incumplidor’. Observa esta Sala que el pago del deudor implica, simultáneamente, la aceptación del acreedor; por ende, no puede afirmarse que se trate de un acto unilateral que sea incapaz de modificar los términos de la contratación original. La actuación judicial a la cual se atribuyeron las lesiones constitucionales convirtió la defensa de la parte demandada en la confesión de los hechos que le habían sido imputados y no tomó en cuenta el que las partes pueden modificar con su conducta los términos de la relación contractual, la cual no deriva exclusivamente del contrato original, y así se lesionó a la solicitante de la protección constitucional sus derechos a la defensa, de petición, al debido proceso, a la seguridad y la certeza jurídica, a la tutela judicial eficaz. Así se establece. Con fundamento en las consideraciones precedentes, estima esta Sala que la demanda de amparo que incoó el Estacionamiento LM 2002 C.A. contra la actuación jurisdiccional que emitió, como tribunal de alzada, el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 25 de abril de 2007, contiene los requisitos de procedencia que preceptúa el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En consecuencia, esta Sala declara con lugar el recurso de apelación que se incoó contra el acto jurisdiccional que emitió el Juzgado Superior Segundo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 19 de diciembre de 2007 y declara con lugar la demanda que encabeza estas actuaciones. Así se decide.”

33 No nos extenderemos a explicar en este trabajo los motivos por los que creemos posible tener reservas para aceptar la teoría de la Sala Constitucional sobre este punto del derecho de los contratos. Nos limitaremos a señalar que la cita que se hace del Profesor Melich Orsini como apoyo de la decisión, es puro maquillaje. El párrafo citado se refiere a las actividades (análisis fácticos y jurídico) que tiene que hacer el juez para determinar “la prueba del contrato y su interpretación” (véase # 294 de la obra *Doctrina General del Contrato* del profesor Melich Orsini). En ningún momento se refiere a la posibilidad de las partes de modificar con sus actuaciones lo acordado en el contrato. Por el contrario, el Profesor Melich Orsini comienza este capítulo de su libro diciendo que “interpretar el contrato es hacer claro lo que es oscuro, dudoso o contradictorio”. Si el contrato prevé con claridad alguna obligación/derecho de una de las partes, no hay lugar a interpretación. De modo que no es cierto cuando estas sentencias, luego de citar ese párrafo del profesor Melich Orsini, afirman que “la doctrina venezolana que se elaboró, especialmente con posterioridad a nuestra legislación adjetiva vigente desde 1987, reafirmó que la relación contractual trasciende lo simplemente establecido en el contrato”.

34 Artículo 6: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.”

por la jurisprudencia como un elemento esencial. En efecto, cuando la Sala Constitucional decidió que los jueces deben hacer un análisis *prima facie* para decidir si debe enviar o no la controversia al conocimiento de un tribunal arbitral dijo lo siguiente: “[...] la verificación sumaria debe limitarse a (i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito”³⁵. Es decir, simplemente constatar si el acuerdo de arbitraje consta por escrito.

Por lo anterior, el consentimiento de las partes de someter sus controversias a arbitraje sólo puede expresarse válidamente a través de uno o varios escritos. No puede hacerse de otra forma. En otras palabras, que el acuerdo de arbitraje exige la solemnidad de un escrito.

Como puede apreciarse, es más que evidente que la aplicación de la llamada renuncia tácita al arbitraje no armoniza con uno de los elementos fundamentales de acuerdo de arbitraje según el derecho venezolano: la existencia de un escrito. En efecto, resulta incoherente que se exija la formalidad de un escrito para crear el acuerdo de arbitraje y ninguna formalidad para deshacerlo. Según el principio del paralelismo de las formas³⁶, los actos se

35 Sentencia 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de noviembre de 2010, caso: ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A., Expediente nro. 09-0573. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

36 BECQUE-ICKOWICZ, Solange. *Le Parallélisme des formes en droit privé*, Thèse, Préface GAUTIER, Pierre-Yves, Editions Panthéon Assas, “Le parallélisme des formes est un principe consacré en droit romain et en droit public. Cette thèse a pour objet de déterminer son existence en droit privé. Le parallélisme des formes désigne l’extension d’une forme d’un acte juridique à un autre acte juridique. Cette forme peut être une formalité imposée par la loi – il s’agit d’un parallélisme des formalités – ou une forme d’extériorisation de la volonté – on peut alors parler d’un parallélisme des compétences. On appelle acte modèle l’acte qui va déterminer la forme et acte reflet celui qui a vocation à copier la forme. Les actes reflets sont soit des actes contraires, remettant en cause l’acte modèle, soit des actes alliés, favorables à l’existence ou au rayonnement de l’acte modèle. Le parallélisme des formes se justifie par la finalité de la forme et par un raisonnement par analogie : la forme de l’acte modèle doit être étendue si sa raison d’être se retrouve dans l’acte reflet. Deux critères alternatifs permettent de déterminer l’application du parallélisme des formes : l’objet de l’acte reflet, c’est-à-dire l’opération envisagée par cet acte, et l’effet de l’acte reflet, à savoir l’effet d’aggravation de la situation de la personne protégée par la forme dans l’acte modèle. Seule l’existence du parallélisme des formes permet de justifier certaines solutions jurisprudentielles, ce qui témoigne de l’existence d’un principe. Ce principe ne conduit pas à imposer automatiquement une identité rigide entre la forme des deux actes juridiques, mais au contraire à rechercher pour chaque acte reflet si la forme est utile. Ce principe, souple par ses critères d’application, est aussi souple dans sa mise en œuvre. Il est en effet respecté par des formes équivalentes et ne doit être sanctionné que si la finalité de la forme a été violée. Enfin, il existe quelques exceptions au principe : l’admission d’une forme plus légère que dans l’acte modèle et l’exigence d’une forme plus lourde.” La teoría del paralelismo de las formas ha sido reconocida y aplicada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por analogía. Por ejemplo, véase la sentencia del 26 de enero de 2004, Sentencia nro. 34, Exp. nº 03-2109, caso Diputados a la Asamblea Nacional solicitan la interpretación del artículo 203 de la Constitución. Disponible en : <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/34-260104-03-2109%20.htm>.

“Considera la Sala que al estar referida la mayoría calificada prevista en el único aparte del artículo 203 (en donde se encuentra el acápite citado) a la mayoría exigida por el Texto Constitucional para admitir un proyecto de ley orgánica – no calificado así por la Constitución – antes de iniciarse su discusión, sólo en dicha etapa del procedimiento legislativo donde se discute un proyecto de reforma parcial o total (derogatorio) de una ley orgánica vigente, es exigible, con base en la proposición contenida en el mencionado aparte primero, que la Asamblea Nacional lo admita con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse su discusión, ya que si para admitir un proyecto de ley orgánica que no reformará o derogará una ley orgánica vigente es necesaria, según la Constitución vigente, dicha mayoría calificada de dos terceras (2/3) partes, con mayor razón lo será para admitir un proyecto de ley orgánica que modificará en forma parcial o total una ley orgánica vigente, por ser ésta, además, la única forma de cumplir con el ya mencionado principio del paralelismo de las formas.”

deshacen en la misma forma en que se hacen. O, lo que es lo mismo, los actos jurídicos se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que fueron creados. En consecuencia, la llamada renuncia tácita al arbitraje es una figura extraña a un elemento fundamental del derecho arbitral venezolano cuya aplicación resulta incompatible por incoherente. La renuncia tácita al arbitraje permite la modificación del contrato de acuerdo de arbitraje de manera totalmente informal.

Es posible que para resolver lo anterior alguien propongan que la formalidad de escritura es sólo a los efectos probatorios que no afecta su validez pues se trata de un acto evidentemente consensual. Aunque pensamos que hay argumentos para discutir esta tesis, a los efectos planteados en este trabajo el resultado es el mismo. Si se necesita un escrito para probar válidamente la existencia de un acuerdo de arbitraje, no entendemos por qué no se exigiría la misma formalidad para probar en contra del acuerdo de arbitraje que consta por escrito.

En conclusión, la renuncia tácita al arbitraje introduce un elemento de incoherencia en la forma fundamental de expresión de la voluntad de las partes para celebrar un acuerdo de arbitraje: Por un lado exige la forma escrita para la celebración del acuerdo y por otro lado la forma tácita para su modificación.

Los problemas que produce la figura renuncia tácita del arbitraje en la lógica del derecho de los contrato, son importantes. Pero tal vez sean más importantes desde el punto de vista del derecho arbitral venezolano.

B) CRÍTICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DEL ARBITRAJE

1 AUSENCIA DE BASE LEGAL

Las bases normativas fundamentales del arbitraje en Venezuela son la Constitución y la Ley de Arbitraje Comercial³⁷. Ninguna de estas dos fuentes prevé la figura renuncia tácita al arbitraje. Por lo tanto, no es mentira afirmar que la renuncia tácita al arbitraje es una figura extraña al derecho arbitral venezolano.

La jurisprudencia³⁸ afirma que la base legal de la renuncia tácita al arbitraje es el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado³⁹. Sin

37 Gaceta Oficial de la República de Venezuela nº 36.430 del 7 de abril de 1998. No incluimos los Reglamentos de los Centros de Arbitraje por considerarlos normas no oficiales: emanadas del Estado.

38 Sentencia nro. 01209 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de junio de 2001, Expediente Nro. 0775, caso: Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>.

Esta sentencia fue confirmada en varias oportunidades. Véase: Sentencia nro. 00832 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de junio de 2002, Expediente nro. 2002-0365, caso: INVERSIONES SAN CIPRIAN, C.A., e INVERSIONES MILL'S, C.A. contra CIUDAD COMERCIAL PORLAMAR, C.A. (C.C.P.). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00832-120602-02-0365.HTML>.

39 Artículo 45: "La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva."

embargo, en ninguna parte se explica por qué este artículo es aplicable al arbitraje.

La Ley de Derecho Internacional Privado, por disposición expresa de su artículo primero, se aplica a los supuestos de hecho relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros⁴⁰. Es decir, se trata de una ley concebida para regular situaciones de hecho que van más allá de las fronteras venezolanas y que, por su naturaleza, pudieran existir un conflicto de ley, de jurisdicción o de determinación de las condiciones o consecuencias de un hecho o acto jurídico particular. Es decir, se trata de una ley que pretende regular problemas entre la aplicación de las normas venezolanas y las normas del ordenamiento jurídico de otros países potencialmente aplicables⁴¹.

Nada en el título, espíritu, propósito o razón de esta Ley, permite inferir su aplicación a supuestos de hecho de derecho interno. Mucho menos al arbitraje, local, como lo ha hecho la jurisprudencia venezolana.

El nombre mismo de “renuncia tácita al arbitraje” es un invento. El artículo 45 de esta ley se refiere a la *sumisión* tácita. No a la *renuncia* tácita.

La sumisión tácita resultará – dice este artículo –, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva.

Nótese que en ninguna parte del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado se hace referencia ni a la renuncia ni al arbitraje. Lo que se regula es un potencial conflicto de jurisdicción entre los tribunales venezolanos y los tribunales de otro país⁴².

40 Artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.”

41 Artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado: “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto.”

Artículo 3 de la Ley de Derecho Internacional Privado: “Cuando en el Derecho extranjero que resulte competente coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto de leyes que se suscite entre esos ordenamientos se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente Derecho extranjero.”

Artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado: “Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado.

Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho.

En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto.”

42 La edición de la Ley de Derecho Internacional Privado publicada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, sugiere la concordancia de este artículo con el artículo 332 del Código Bustamante. Dicho artículo dice lo siguiente: “Artículo 332: Dentro de cada Estado contratante la competencia preferente de los diversos jueces se ajustará a su derecho nacional.”

Como lo explica la doctrina⁴³, el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado tiene un significado técnico muy preciso: “El sistema venezolano distingue entre la jurisdicción (competencia procesal internacional) y la competencia interna. La jurisdicción sirve para delimitar la competencia internacional de los órganos judiciales de un determinado Estado, considerados en su conjunto; la competencia distribuye entre los órganos singulares de cada Estado los litigios que, en virtud de las normas sobre jurisdicción, resultan sometidos a este Estado. Por ello, en los casos con elementos extranjeros el problema primario y fundamental consiste en determinar la jurisdicción, ya que la competencia interna es consecuencia de la esta última.”

Los autores que han comentado este artículo, son categóricos al decir que se trata de una norma de derecho procesal internacional. Una norma con vocación de ser aplicada a conflictos de jurisdicción entre los tribunales de diferentes países.

Por ejemplo, José Alfredo Giral Pimentel⁴⁴, expresa que “para la ley de DIP, una teoría de la sumisión debe aceptar que la misma es una institución que, en lo que se refiere a la validez sustancial de la misma y a sus efectos, es una situación de Derecho Procesal Internacional. Ello implica que la sumisión es una institución de Derecho Internacional Privado en sentido amplio. Por lo tanto, si bien los conceptos procesales son esenciales, los mismos no son suficientes para explicar a la institución de la sumisión. Esta es una institución que comparte aspectos procesales con aspectos contractuales, ambos vinculados con elementos extranjeros y de esa manera debe ser estudiada”⁴⁵.

Lo anterior nos lleva a una conclusión: el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado fue concebido para regular supuestos de hecho relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros. En ningún lado se expresa o justifica por qué esta norma debe aplicarse, de facto, en el ordenamiento jurídico interno venezolano, ni tampoco al arbitraje.

El razonamiento de la jurisprudencia venezolana, deriva de un análisis poco fino que confunde las fuentes de derecho nacional con las fuentes de derecho internacional. En efecto, en varias ocasiones hemos visto que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cita fuentes de derecho

43 MAEKELT, Tatiana B. De., Regulación de la Jurisdicción en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado. *Temas de Derecho Internacional Privado: Libro Homenaje a Juan María Rouvier*. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, nº 12, Caracas, Venezuela, 2003, p. 385 y ss.

44 *Anotaciones sobre competencia procesal internacional directa e indirecta y su influencia en la sumisión expresa*. Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt: Tomo II, p. 25 y ss.

45 Véase página 43. En el mismo sentido, HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio. *Algunas consideraciones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado*, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia) Vol. II, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libro Homenajes nº 1, Caracas, 2001, p. 381 y ss.

internacional para explicar normas internas, como si no hubiera ninguna diferencia entre el derecho nacional y el derecho internacional⁴⁶.

Esta particular forma de razonar puede ser la explicación de por qué de la Sala Constitucional considera que una norma de derecho internacional debe ser aplicada a un supuesto de hecho de derecho interno. Aunque no compartamos ni justifiquemos esta forma de razonar, tal vez esa sea la explicación al problema.

Lo que no queda claro es por qué la Sala Constitucional considera que el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado debe aplicarse al arbitraje.

En un intento de justificar este vacío, la jurisprudencia se ha apoyado en doctrina y legislación internacional que se refieren a la figura de la renuncia tácita al arbitraje. En efecto, en la sentencia de la Sala de Político Administrativa del 20 de junio de 2001⁴⁷, se dice lo siguiente:

la legislación y la doctrina comparada, no han vacilado en promover la sanción procesal consistente en considerar como una renuncia tácita al compromiso arbitral, a todos aquellos actos procesales encaminados a dar continuidad al conocimiento iniciado por un juez ordinario.

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961), dispone en su artículo VI, lo siguiente:

1. *Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo*

46 Un ejemplo lo encontramos en la sentencia 1773 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 30 de noviembre del 2011, caso VAN RAALTE DE VENEZUELA, Expediente nº 11-0381, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Noviembre/1773-301111-2011-11-0381.html>.

En esta sentencia el Tribunal Supremo de Justicia justifica la interpretación del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana citando un autor que, además de extranjero, se refiere al derecho "internacional": "*la pretensión de nulidad de un laudo arbitral se trata de una acción excepcional que sólo puede proceder en los supuestos contenidos en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, orientada a enervar la validez del mismo, ya que su procedencia sólo es posible por motivos taxativos, lo que comporta la imposibilidad de afirmar que tal recurso se constituya en una 'apelación' sobre el mérito del fondo*". Así, cualquier pretensión que propenda la nulidad de forma directa o indirecta debe interponerse conforme a la ley de procedimiento aplicable para ese arbitraje en específico (de acuerdo a lo que haya sido adoptado por las partes en su cláusula compromisoria o acuerdo arbitral), y conforme a las normas de conflicto que resultasen aplicables al Estado que haya sido seleccionado como lugar tanto para el desarrollo del procedimiento arbitral – Cfr. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. LXI-2009, núm. 1, Enero-Junio, Madrid, 2009". Otro ejemplo lo encontramos en la decisión 462 de la Sala Constitucional del 20 de mayo de 2010, caso: GUSTAVO E. YÉLAMO LIZARZÁBAL, Expediente nº 10-0080, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.html>.

"En tal sentido, desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público – Cfr. En tal sentido, lo reconoce el artículo 5, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (G.O. nº 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994)."

47 Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A., Sentencia: 01209, Expediente: 0775.

o compromiso arbitral *deberá ser propuesto por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo.* (Subrayado de la Sala)

En igual sentido, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 (Ley UNCITRAL: que sirvió de modelo a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, según lo dispone su Exposición de Motivos), el cual dispone en su artículo 8, lo siguiente:

1. *El Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.* (Subrayado de la Sala)

Por su parte, el autor Lluís Caballol Angelats, en su obra “El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje”, efectúa un extenso análisis del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de España (Ley nº 36/1988, de 5 de diciembre de 1988) norma que dispone que:

1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, *siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción.*

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

A primera vista, parece razonable y sofisticado lo que hace la Sala Constitucional: citar ejemplos internacionales en los que se hace referencia a la figura de la renuncia tácita al arbitraje, para justificar que su análisis no es aislado sino conforme a lo que se piensa en el extranjero sobre este tema.

Sin embargo, eso no es más que un *trompe oeil juridique*. Lo que en realidad hace la Sala es citar normas de derecho positivo de otros países que, contrarios al derecho venezolano, contemplan la renuncia tácita al arbitraje. Nada impide que el legislador prevea la renuncia tácita al arbitraje. De hecho varios países lo han hecho, como lo demuestra la Sala Constitucional. Cuando esa figura está prevista en la ley aplicable, es perfectamente normal que se aplique. Sin embargo, lo que no explica la Sala Constitucional es por qué es posible concluir que en Venezuela existe la renuncia tácita al arbitraje si

nuestra legislación no contempla ninguna norma parecida a las que cita como ejemplos de otros sistemas jurídicos.

Este es un problema grave en Venezuela. Importamos conceptos y conclusiones jurídicas de otros países sin preocuparnos por entender primero nuestro sistema jurídico y los efectos o compatibilidad de esa importación. Es lamentable ver que, también en el mundo jurídico, se prefiere importar los productos (conclusiones) de otros países en lugar de elaborar los nuestros⁴⁸.

Con lo anterior, hemos querido demostrar que al no haber sido previsto por el legislador venezolano, no es posible hablar de la renuncia tácita al arbitraje en el derecho arbitral venezolano. La renuncia tácita al arbitraje en el derecho venezolano carece totalmente de base legal. Se trata de un torpe injerto, cosido con hilo blanco, a partir de una institución llamada sumisión tácita, prevista en una norma de derecho internacional privado, destinada a resolver los conflictos de jurisdicción que puedan surgir entre los tribunales ordinarios de diferentes países y que nada tiene que ver con el arbitraje.

2 EL EFECTO NEGATIVO DEL PRINCIPIO COMPETENCIA-COMPETENCIA

El principio competencia-competencia es uno de los principios más importantes y delicados del arbitraje. Explica la doctrina – Philippe Fouchard, Berthold Goldman y Emmanuel Gaillard⁴⁹ – que “se ha tomado la costumbre de describir la regla según la cual los árbitros tienen competencia para conocer su propia competencia con el término alemán ‘kompetenz-kompetenz’. La expresión ha sido utilizada desde hace mucho tiempo por la doctrina francesa y ha gran tenido éxito en el extranjero. [...] Esta situación no es muy feliz en la medida en que la terminología jurídica alemana le da a la expresión un sentido diferente al que le da la literatura internacional. En la terminología alemana, la kompetenz-kompetenz implicaría el poder de los árbitros de juzgar en última instancia, y sin ningún control judicial, su propia competencia. A toda evidencia, este poder exorbitante es rechazado tanto en Alemania como en otros países. Sobre el fondo, la paradoja es tan importante como la de saber si las jurisdicciones estatales deben abstenerse de conocer sobre esta cuestión hasta que los árbitros hayan podido pronunciarse sobre su propia competencia, que constituye el efecto negativo del principio competencia-competencia es,

48 Como muestra, una cita de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso ASTIVENCA: De ello resulta pues, que en el contexto jurídico filosófico de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ‘justicia arbitral’ no puede percibirse como un compartimiento estanco y diferenciado de la ‘justicia estatal’, ya que ambas persiguen “por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia” – Cfr. OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Legis, Colombia, 2006, p. 45 –, con lo cual debe abandonarse toda concepción que reduzca – en términos generales – al arbitraje a un puro fenómeno contractual, a pesar que su origen sea fundamentalmente de tal naturaleza; ya que al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la *jurisdicción* en los términos que ordenamiento jurídico establezca. Véase como la Sala Constitucional apoya su interpretación de la Constitución venezolana en un autor francés, publicado en Colombia.

49 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; y GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Litec, Paris, 1996, nro. 650, p. 409.

por lo menos, controvertida en Alemania. Por lo tanto, – dicen estos autores – es preferible evitar la expresión *kompetenz-kompetenz*, generadora de confusiones y mantener aquella, más conforme con el origen del principio, de *competencia-competencia*".

En Venezuela, no hay duda de la existencia de este principio⁵⁰. Pero lo más importante y característico del derecho arbitral venezolano, es que se reconoce expresamente el efecto positivo y el efecto negativo de este principio. El artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, prevé lo siguiente:

[...] En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. [...]

No todos los sistemas jurídicos reconocen el efecto negativo del principio *competencia-competencia*. En muchos casos este efecto negativo es entendido como una consecuencia lógica o la otra cara del efecto positivo. Sin embargo, la legislación venezolana lo contempla expresamente.

Adicionalmente, las consecuencias del efecto positivo y negativo del principio *competencia-competencia* han sido explicadas por la jurisprudencia⁵¹:

el principio *competencia-competencia* permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; por lo que puede afirmarse el carácter bifronte del mismo, bien desde una *perspectiva positiva*, o en la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje (vgr. Artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial) o, en relación a su *aspecto negativo, conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales*.

Por lo anterior, no hay duda que la existencia y significado del efecto negativo del principio *competencia-competencia* están perfectamente reconocidos tanto por la ley como por la jurisprudencia venezolana. En efecto, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dijo que respecto a este principio que su "vigencia es incuestionable en nuestro foro"⁵².

Lo que resulta menos claro es por qué no se respetan las consecuencias lógicas, evidentes y expresamente previstas en la ley y en la jurisprudencia

50 Artículo 25 de la Ley de Arbitraje Comercial: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje." Véase Alfredo de Jesús O., VENEZUELA: Supreme Court adopts transnational approach to arbitration agreement, Thursday, 25 November 2010, Issue: Volume 5 – Issue 6.

51 Sentencia nro. 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de noviembre de 2010, caso: ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A., Expediente nro. 09-0573. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

52 Sentencias del caso ASTIVENCA. Ver cita anterior.

de este principio. Es decir, que ante la presencia de un acuerdo de arbitraje los tribunales están obligados a reconocer que son incompetentes para pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral, antes de que el propio tribunal arbitral lo haga.

Es muy importante recordar que la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional⁵³ utilizada como base por el legislador venezolano para la preparación de la Ley de Arbitraje Comercial prevé en su artículo 8, lo siguiente:

El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

El legislador venezolano consideró que esta regla era inadecuada. Decidió no adoptar la recomendación de la Ley Modelo sugerida por la Comisión de las Naciones Unidas y prefirió la aplicación de la regla según la cual “en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces” (Artículo 5).

En consecuencia, la jurisprudencia arbitral venezolana que aplica, de facto, lo que el legislador venezolano consideró inadecuado para nuestro sistema jurídico, es perfectamente calificable de *contra legem*.

En el derecho arbitral venezolano, la presentación de una demanda judicial consiste una violación al acuerdo de arbitraje y una violación del efecto positivo de dicho acuerdo de arbitraje: someter las controversias exclusivamente al tribunal arbitral. Ante esta situación, en lugar de considerar que la presentación de la demanda judicial es simplemente una renuncia al acuerdo de arbitraje, los tribunales deberían aplicar el efecto negativo del principio competencia-competencia y abstenerse de tomar cualquier decisión distinta a constatar la existencia de un acuerdo de arbitraje, su incumplimiento por parte del demandante y remitir a las partes al tribunal arbitral para que sean éstos quienes decidan sobre su propia competencia.

3 LA RENUNCIA TÁCITA AL ARBITRAJE ES UN CRITERIO SUPERADO

Es muy probable que la razón por la que aún se reconozca la figura de la renuncia tácita al arbitraje, se encuentre en sus orígenes. Como hemos mencionado, la primera sentencia que se refirió a la existencia de la renuncia

53 Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>.

tácita en el derecho arbitral venezolano, fue la sentencia de la Sala de Político Administrativa del 20 de junio de 2001⁵⁴.

Si analizamos el momento histórico en que se dictó esta sentencia, es medianamente entendible que el Tribunal Supremo de Justicia haya llegado a la conclusión de que la figura de la renuncia tácita al arbitraje era una de las consecuencias lógicas de la idea que se tenía para ese momento del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

Para el momento en que se dictó la sentencia en el caso Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A.⁵⁵, la jurisprudencia consideraba el arbitraje como una excepción a la jurisdicción ordinaria de los tribunales de la República. Así, para ese momento, cuando el demandado oponía ante el tribunal judicial donde se había presentado la demanda que existía entre las partes un convenio de arbitraje, el tribunal debía analizar con detalle la procedencia de la “*excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria*”⁵⁶.

Para ese momento, el juez debía valorar dos “elementos fundamentales”: primero, la validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria. Esto es, los requisitos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo. Entre estos requisitos se encontraban los siguientes: por un lado, *que la cláusula o acuerdo arbitral estuviera redactada sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse a la decisión de los árbitros*, por el otro, *la capacidad suficiente de quienes mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedían a comprometer en árbitros*. Segundo, la existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria sino al tribunal arbitral⁵⁷.

Si en alguno de estos dos “elementos fundamentales” se detectaba algún problema, se consideraba que no procedía la excepción de arbitraje y que, por defectuosa, la actuación de las partes (contractual y procesal) no fue adecuada

54 Hoteles Doral C.A. vs. Corporación L. Hoteles C.A., Sentencia: 01209, Expediente: 0775.

55 Sentencia nro. 01209 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de junio de 2001, Expediente nro. 0775, caso: Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>.

56 Véase, de hecho, esa misma sentencia del caso Hoteles Doral C.A. v. Corporación L. Hoteles C.A.

57 El texto de la sentencia, decía lo siguiente: “(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, *tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros)*, como también, los referentes a *la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros*. (b) La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, toda orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir”.

o suficiente para sustraer el asunto de la jurisdicción ordinaria normalmente competente.

Afortunadamente este criterio fue superado. La Sala Constitucional, a través de la sentencia 1.541 del 2008⁵⁸, cambió definitivamente el criterio al afirmar que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos no pueden ser calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial⁵⁹. Que no era correcto seguir calificando al arbitraje como una excepción sino como un medio alternativo (una opción) que tienen las partes a su disposición para resolver sus controversias.

En nuestra opinión, superada la calificación de excepción para el arbitraje, necesariamente los tribunales debieron dejar de realizar el análisis que había establecido esa vieja jurisprudencia para determinar si procedía la referida excepción. Es decir, ya no era necesario analizar ni la validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, ni las conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje.

Sin embargo, lamentablemente la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no llegó o no entendió esta conclusión y continuó realizando el examen en cuestión⁶⁰.

Como consecuencia de esta irregular situación la Sala Constitucional debió pronunciarse nuevamente sobre los efectos del acuerdo de arbitraje y dictó la muy la conocida sentencia ASTIVENCA⁶¹, con la que colaboró de manera fundamental con el desarrollo del arbitraje en Venezuela.

En esta sentencia la Sala Constitucional recopiló todos los avances jurisprudenciales que habían hecho en materia de derecho arbitral venezolano hasta el mes de octubre de 2010. Sobre la base de ellos, ordenó a todos los

58 Hildegard Rondón de Sansó y otros, en representación de la República Bolivariana de Venezuela, Recurso de Interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido a “[...] La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos [...]”. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial n° 39.055 del 10 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>.

59 Lo que dijo la Sala Constitucional fue lo siguiente: “A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos – entre los que se encuentra el arbitraje – al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente.”

60 Sentencia nro. 0812 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 4 de junio de 2009, Caso: EURO DELICIAS, C.A. contra DELICOCINA, C.A., expediente Nro. 2009-0374. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00812-4609-2009-2009-0374.HTML>.

61 Sentencia 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de noviembre de 2010, caso: ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A., Expediente nro. 09-0573. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

tribunales de la República a aplicar las consecuencias de no poder considerar el arbitraje como una excepción a la justicia ordinaria y, en particular, a dejar de analizar con detalles el acuerdo arbitral para determinar si éste era válido o no.

Así, a partir de esta sentencia y con base en el *derecho fundamental al arbitraje* y el principio *pro arbitraje*, los tribunales venezolanos están obligados a realizar exclusivamente un análisis de *prima facie* del pacto arbitral y sólo si se evidencia una manifiesta nulidad del mismo, estarían autorizados a no remitir a las partes al arbitraje.

De acuerdo con esta sentencia, el análisis *prima facie* del pacto arbitral “debe limitarse a (i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito”⁶².

Sin embargo, a pesar de los importantes avances que implicó esta sentencia, de forma totalmente incomprensible la Sala Constitucional resucitó la renuncia tácita al arbitraje. En efecto, de forma totalmente contradictoria con la superación del criterio excepcional del arbitraje y la obligación de un análisis exclusivamente *prima facie*, la sentencia ASTIVENCA consideró necesario mantener vigente el análisis de la conducta procesal de las partes para ver si éstas habían renunciado al acuerdo arbitral.

62 “[...] la verificación sumaria debe limitarse a (i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito. Respecto al primer supuesto, el mismo debe interpretarse en los precisos términos del artículo 6º de la Ley de Arbitraje Comercial, conforme a la cual ‘El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato’. Así, el carácter escrito no se limita a la verificación de un documento – cláusula compromisoria – firmado por las partes a tal efecto – en el mismo documento del negocio jurídico u en otro instrumento –, sino además de circunstancias tales como la manifestación de voluntad que se colige del intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o del cual se derive la manifestación de voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje, con lo cual el juez debe remitir el conocimiento de inmediato de la controversia al órgano arbitral que corresponda (Vid. numerales 3, 4 y 5 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Párrafo 2 del artículo II de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y a la Recomendación relativa a su interpretación emitida por la Comisión (CNUDMI) en 2006). El otro elemento a considerar – que se encuentra intrínsecamente relacionado con el punto anterior –, es que si se advierte una manifestación de voluntad concurrente respecto a la pretensión de someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, los órganos del Poder Judicial no pueden efectuar examen o análisis alguno relacionado con los vicios del consentimiento que puedan derivar de la cláusula arbitral – vgr. Facultades de un representante u órgano de la sociedad mercantil para someter a su representada –, [...] En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación *prima facie*, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito, en los términos expuestos *ut supra*, y así expresamente se declara”.

La opinión de la Sala fue la siguiente: “conforme a las consideraciones generales antes expuestas, respecto a la procedencia de la denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ [...]”, cabe destacar 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, lo cual debe ahora asumirse con carácter vinculante, conforme a las consideraciones expuestas en el presente fallo*, por lo que a partir de la publicación del presente fallo – y con el exclusión del presente caso –, no son aplicables los criterios jurisprudenciales sostenidos en esta materia por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a la fecha (Vid. Entre otras, sentencias números 1.209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: ‘Hoteles Doral, C.A.’ e ‘Inversiones San Ciprian, C.A.’). Por ello, esta Sala considera que no sólo debe admitirse la posibilidad que el demandado se oponga a las medidas cautelares contra él dictadas, sino que además la conducta defensiva del demandado, no puede derivarse la voluntad de sumisión, en la medida que se evidencie en el contexto del proceso que se trate, la necesidad del demandado de actuar en defensa de su propio interés frente a la actuación irrita de los órganos jurisdiccionales, lo cual debe ser analizado de forma casuística”.

Así, a partir de la sentencia ASTIVENCA los tribunales judiciales están obligados a realizar un análisis *prima facie* del acuerdo arbitral para constatar exclusivamente si el mismo constaba por escrito y a analizar la conducta de las partes para ver si, a través de su actuación procesal, éstas han renunciado tácitamente al acuerdo arbitral⁶³.

Para nosotros resulta difícil comprender que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considere que un análisis más allá que *prima facie* vulneraría principios fundamentales del arbitraje (principio competencia-competencia, principio pro-arbitraje)⁶⁴ y al mismo tiempo ordene analizar la

63 Véase sentencia 706 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 26 de junio de 2013, Caso: APURE GRILL RESTAURANT, C.A. contra INVERSORA SOLEOS, C.A., Exp. n° 2013-0028. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00706-26613-2013-2013-0028.HTML>.

“la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia n° 1067 del 3 de noviembre de 2010, dispuso en cuanto a las relaciones de coordinación y subsidiaridad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, que los órganos del Poder Judicial sólo pueden realizar un examen o verificación *prima facie*, formal, preliminar o sumario de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, el cual debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje quedando excluido cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que puedan derivarse de la cláusula por escrito. De la misma forma, ha dejado sentado la Sala Constitucional en su sentencia que para determinar la procedencia de la denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’, en cada caso debe estudiarse, el comportamiento desarrollado por las partes en el proceso que demuestre una indiscutible ‘orientación’ de someterse al arbitraje como medio de resolución del conflicto”.

64 Sentencia ASTIVENCA: “No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación *prima facie*, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico

actuación procesal de las partes. Con esta forma de actuar la Sala Constitucional lo que hace es insistir en la aplicación de una de las nefastas consecuencias que derivan de considerar al arbitraje como una excepción. Si el criterio de la excepción fue superado, sus consecuencias también. Por este motivo, en nuestra opinión la Sala Constitucional está obligando a los tribunales judiciales a aplicar un criterio superado por la propia Sala Constitucional.

A MODO DE CONCLUSIÓN

De las anteriores reflexiones derivan múltiples conclusiones. Sólo nos referiremos a las más evidentes.

La renuncia tácita al arbitraje es un invento. La aplicación del artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado a los supuestos del derecho arbitral constituye una falsa aplicación de esta norma o un error de interpretación acerca de su contenido y alcance. Esa falsa aplicación o error de interpretación pareciera tener su origen en considerar que el único recurso correcto ante una demanda judicial, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral, es oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, en lugar de considerar al tribunal judicial como incompetente, por disposición expresa de los artículos 5, 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Según el estado actual de las cosas en el derecho venezolano, si las partes consideran que el tribunal judicial no debe conocer el asunto por haber una cláusula arbitral, se debe alegar la falta de jurisdicción (Ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). Pero, si se considera que el tribunal arbitral no debe conocer el asunto porque no existe una cláusula arbitral o que existiendo no es válida, se debe alegar la falta de competencia (Artículo 25 de la Ley de Arbitraje Comercial).

Esta falta de armonía puede evitarse de forma sencilla. Sin ningún orden jerárquico, la forma sería la siguiente: Primero, aplicando el principio pro-arbitraje, que en Venezuela tiene rango constitucional. Segundo, respetando los principios generales aplicables a todos los contratos. Tercero, respetando el principio de aplicación preferente de la Ley de Arbitraje Comercial como ley especial de la materia, en lugar del Código de Procedimiento Civil. Cuarto, reconociendo las consecuencias del principio competencia-competencia. En particular, que al suscribir una cláusula arbitral las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de los árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a (i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito."

De este modo, la obligación de analizar *prima facie* la cláusula arbitral debe llevarse hasta sus últimas y lógicas consecuencias: a partir de la constatación de una convención de arbitraje por escrito, independientemente del momento procesal de la constatación y de la actuación de las partes, el tribunal debe declararse incompetente y remitir las partes al juez natural: el tribunal arbitral, de conformidad con el principio competencia-competencia y particularmente con el efecto negativo de este principio.

Es fundamental insistir en dejar a un lado las normas del Código de Procedimiento Civil para analizar supuestos de hecho relativos al derecho arbitral. El derecho arbitral venezolano interno está regulado fundamentalmente en la Constitución, en la Ley de Arbitraje Comercial, en el Código Civil, en el Código de Comercio y en los Reglamentos de los centros de arbitraje. Pretender aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil haciendo caso omiso de la especialidad de la materia y de las contradicciones que ello implica, produce los problemas a los que hemos referido en este trabajo que se resumen en inseguridad jurídica y debilitamiento de las instituciones del sistema de justicia.

Esperamos con lo anterior contribuir a la reflexión sobre la importancia de eliminar la renuncia tácita del derecho arbitral venezolano.