

El artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial*

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.

J. Eloy Anzola**

* Estas notas fueron publicadas en Tomo I, págs. 401–462 de la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela* que ha publicado el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila (CIERC), Caracas, diciembre 2022.

I. Jurisprudencia sobre el acuerdo de arbitraje.....	2
A. Jurisprudencia venezolana	2
B. Jurisprudencia extranjera	4
II. Bibliografía.....	4
III. Concordancias.....	7
A. La Convención de Nueva York	7
B. La Convención de Panamá.....	7
C. La Ley Modelo UNCITRAL	8
IV. El origen y antecedentes del acuerdo arbitral.....	9
A. Roma.....	10
B. Castilla y la América hispana	11
C. Venezuela independiente.....	11
D. La Ley de Arbitraje Comercial de 1998	12
E. La Constitución venezolana de 1999	13
F. Desarrollo doctrinal y judicial	13
V. Elementos del acuerdo de arbitraje	16
A. Exigencias del acuerdo arbitral.....	17
1. El consentimiento	17
2. Expresión del consentimiento	18
3. Arbitraje institucional y arbitraje ad-hoc	18
4. Ausencia de vicios.....	19
5. El pacto por escrito.....	20
6. Evitar equívocos.....	20
7. Disputas contractuales y no contractuales	23
B. La independencia de la cláusula arbitral	23
C. Arbitrabilidad objetiva.....	24
D. Arbitrabilidad subjetiva o capacidad	24
1. Capacidad de las personas mayores de edad	25

*Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, con estudios de posgrado en París (*Admissible au Doctorat de l'Université*) y en la Escuela de derecho de Yale (LL.M.). Ha sido profesor en la UCAB, el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA) y la Universidad Metropolitana en Caracas. En la actualidad se dedica al arbitraje internacional como árbitro y académico.

2. Incapacidad de los menores	25
3. Personas jurídicas	26
E. El caso de las empresas del Estado.....	26
F. Facultades de los administradores de personas jurídicas y apoderados para suscribir acuerdos arbitrales	31
1. Facultades de los administradores en Venezuela.....	31
2. Autorizaciones expresas en el caso venezolano	36
3. Facultades de los administradores en el arbitraje internacional.....	38
4. Facultad de los apoderados para suscribir cláusulas arbitrales.....	40
G. Efectos del acuerdo de arbitraje.....	41
1. El efecto contractual.....	41
2. El efecto jurisdiccional	42
H. Arbitraje con no signatarios.....	42
I. Revocación del acuerdo arbitral	47
1. Revocación expresa	47
2. Revocación tácita.....	47
3. Ausencia de revocatoria	48
J. Ineficacia y nulidad del acuerdo arbitral	49
1. A quien compete decidir la nulidad de una cláusula arbitral	50
2. Nulidad absoluta o relativa.....	52
K. El arbitraje internacional y la ley aplicable al acuerdo arbitral.....	53
1. El arbitraje internacional	53
2. La ley aplicable al acuerdo arbitral	53
3. Cláusula arbitral sin ley aplicable.....	55

VI. Conclusión56

I. Jurisprudencia sobre el acuerdo de arbitraje

A. Jurisprudencia venezolana

Como el arbitraje figura en los artículos 253 y 258 de la Constitución venezolana de 1999, la SC del TSJ venezolano, se ha pronunciado sobre el tema arbitral en distintas ocasiones y sobre diversos aspectos. Citamos a continuación algunas de las sentencias que se han referido específicamente al acuerdo arbitral y de ellas copiamos las porciones más pertinentes.

La sentencia n.º 1121 dictada por la SC el 20 de junio de 2007, en el caso llamado *Distribuidora Punto Fuerte*:

En este sentido, la doctrina comparada y nacional es conteste, en considerar al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, quienes, **mediante una voluntad expresa, convienen de forma anticipada en sustraer del conocimiento del Poder Judicial (acuerdo éste que también podría ser posterior, para el único caso en que, aun cuando ya iniciada una causa judicial, acuerden someterse al arbitraje)** las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico puedan sobrevenir entre ellas. (Negrita agregada).

La sentencia n.º 198 de la SC dictada el 28 de febrero de 2008, en el caso llamado *Weininger y otros*:

Recuérdese que el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: **el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello**, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje, como lo exige el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, que antes se invocó. (Negrita agregada).

Es preciso destacar que de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Nacional de 1999, el TSJ garantiza “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.” Además, sus interpretaciones constitucionales son vinculantes. Así dice la última disposición de la misma norma:

Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

La SC ha usado ese poder en varias ocasiones en la materia arbitral. También lo ha hecho en muchas otras materias, invadiendo el terreno del Poder Legislativo y ha fijado reglas y criterios sobre temas que son de la reserva legal. Es evidente que tales excesos son criticables, porque implican violaciones del orden constitucional y legal, además de desconocer el estado de derecho. Pero las sentencias que a continuación se citan y cuyos criterios la SC ha declarado vinculantes, han servido para promover y proteger al arbitraje y propender a su desarrollo. Entre esas sentencias se encuentran las dos siguientes:

1) La sentencia n.º 1541 de la SC dictada el 17 de octubre de 2008 que fue publicada en la Gaceta Oficial venezolana, n.º 39055 el día 10 de noviembre de 2008 versó sobre *la interpretación del artículo 258 de la CN*. De ella interesa, en especial, este párrafo:

[T]anto a nivel legal como doctrinario, se reconoce como elemento esencial a la existencia del arbitraje **la manifestación de las partes para someter una controversia a arbitraje** (...). Respecto del principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se debe tener en consideración que su incidencia sobre el arbitraje se concreta en la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a (sic) la naturaleza o características propias de cada arbitraje -vgr. Arbitrajes internacionales o nacionales-. (Negrita agregada).

La SC ordenó la publicación íntegra de ese fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y dispuso que en el sumario de la Gaceta se dijera lo siguiente: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija la interpretación vinculante del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. (Cursiva y comillas en el original).

2) La sentencia n.º 1067 de la SC, dictada el 3 de noviembre de 2010. El caso es llamado *Astivenca*,

de la que retenemos este texto que se refiere a la inserción del arbitraje en el sistema de justicia venezolano:

Ahora bien, no escapa al análisis de esta Sala que históricamente ha existido **cierta reticencia** frente al arbitraje por parte de algunos de los órganos del Poder Judicial, fundamentalmente por considerar que los pactos arbitrales constituyen una derogatoria de la jurisdicción de los tribunales judiciales -vale decir en una pérdida de poder o debilitamiento de las funciones que le son otorgadas constitucionalmente-; **todo lo cual deviene en inaceptable**, no sólo por el incuestionable desarrollo actual de la institución como un medio alternativo con rango constitucional, sino más importante aún, por el hecho que **semejante posición significaría desconocer a los pilares fundamentales** que sustentan al mecanismo como una institución **viable y efectiva que, se insiste, forma parte del sistema de justicia** (Vid. artículo 253 constitucional). (Negrita agregada).

La SC, al igual que en la sentencia anterior, ordenó la publicación íntegra del fallo en la Gaceta Oficial en cuyo sumario debía decirse: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija la interpretación vinculante respecto al sistema arbitraje y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial*”. (Cursiva y comillas en el original).

B. Jurisprudencia extranjera

España:

Sentencia Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Madrid, del 13 de marzo de 2012: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/20938/1/EprintsMasSentencia.pdf> (visitado en marzo de 2021).

Francia:

Trésor Public c. Galakis (Corte de Casación francesa, Cámara Civil I, 2 de mayo 1966), ver en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006972368/> (visitado en marzo de 2021).

Cass., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, Bull. Ass. plén. N. 2. Ver en: <https://www.doctrine.fr/d/CASS/1962/JURITEXT000006963028> (visitado en marzo 2021).

Reino Unido:

Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) [2020] UKSC 38. Ver en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html> (visitado en marzo de 2021).

II. Bibliografía

Amicus Curiae presentado por la *Miami International Arbitration Society* (MIAS) presentado en proceso judicial estadounidense, <https://www.mias.org/post/mias-files-amicus-brief-on-arbitrability-with-florida-supreme-court>. Ver también: *new-york-arbitration-week-2021-redux-dispelling-cross-cultural-enforcement-myths-the-arbitral-award-in-seats-of-the-americas.pdf* (visitados en

noviembre de 2021)

Anzola, J. Eloy, *Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela*, en *El Arbitraje en Venezuela*, Estudio con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, Caracas, 2013, p. 19 y sgtes.

Araque, Luis Alfredo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolano, Caracas, 2011, p. 37 y sgtes.

Araque, Luis Alfredo, Acedo Sucre, Carlos Eduardo, Guerrero-Rocca, Gilberto, Planchart Pocaterra, Pedro Luis, *El acuerdo de arbitraje*, en *El arbitraje en Venezuela*, Estudio con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, Caracas, 2013, p. 155 y sgtes.

Arbitraje Comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas, obra colectiva patrocinada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18, 2005

Bullard González, Alfredo, ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana, artículo inserto en la obra colectiva *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*, Anuario Latinoamericano de Arbitraje, Perú 2012, p. 21 y sgtes

Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral, Evolución histórica y comparada*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá 2008, p. 20 y sgtes.

Craig, W. Larence, Park, William W., Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, 2000.

De Jesús O. Alfredo, Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano, en *Arbitraje comercial interno e internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, p. 55.

Derains, Yves, *Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*, en *El Contrato de Arbitraje*, Legis, Colombia, 2005, p. 191 y sgtes.

El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, obra colectiva patrocinada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, el Centro de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, Caracas, 213.

Gómez Espinoza, Margarita María y otros, *Consecuencias jurídicas de la representación aparente*, Universidad ICESI, Cali, 2018, ver en: https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/84375/1/T01443.pdf (visitado en marzo 2021).

Guerrero-Rocca, Gilberto, *Venezuela: 10 años del reconocimiento del efecto dual del Kompetenz-Kompetenz*, CIAR Global 100, 2020, ver en: <https://ciarglobal.com/venezuela-10-anos-del-reconocimiento-al-efecto-dual-del-kompetenz-kompetenz/> (visitado en marzo 2021).

Hanotiau, Bernard y Stein, Erica, La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios: ¿una marginalización del consentimiento? Artículo inserto en la obra colectiva Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje, Anuario Latinoamericano de Arbitraje, Perú 2012, p. 57 y sgtes.

Henríquez La Roche, Ricardo, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje, 2000, p. 148 y sgtes.

Jallamion, Carine, Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle, Revue de l'Arbitrage, (Comité Français de l'Arbitrage 2005 Volume 2005 Issue 1) pp. 3 – 62.

Le Bars, Benoit, Arbitrage Commerce International, Les grands arrêts du droit français, Lexis Nexis, Paris, 2016.

Linares, Enrique, *Confirmación de un laudo ineficaz y no ejecutable* (Sentencia 5/ 2012 del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2012), Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, volumen 5, 2012 (3), Madrid, p.841-848. Ver en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/20938/1/EprintsmasSentencia.pdf> (visitado en marzo de 2021).

Merhar, Gastón, en *El mandato aparente en las Sociedades Comerciales*, 2014, ver en: <https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2014/11/25/el-mandato-aparente-en-las-sociedades-comerciales/> (visitado en marzo 2021).

Loquin, Éric, *L'arbitrage du Commerce International*, Issy-les-Moulineaux, Francia 2015.

Meza-Salas, Marlon M., *Importance of the Law Applicable to the Arbitration Agreement In International Commercial Arbitration*, Arbitration Brief, Volume 7, Issue 1 (2021), <https://digitalcommons.wcl.american.edu/ab/> and <http://network.bepress.com/explore/law/dispute-resolution-and-arbitration/?q=marlon+meza>

Mezgravis, Andrés, Los acuerdos arbitrales con entes públicos: especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano, Arbitraje internacional, pasado, presente y futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II, Lima 2013.

Morles Hernández, Alfredo, *Curso de derecho Mercantil, Tomo II, Las Sociedades*, UCAB, Quinta Edición 2000.

Oppetit Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, París, 1998, p. 28.

Sánquis Palencia, Shirley, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, UCAB, Caracas, 2005.

Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, obra colectiva patrocinada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Caracas, 1999

Silva Romero, Eduardo (Directo Académico) y Mantilla Espinoza, Fabricioo (Coordinador Académico), *El Contrato de Arbitraje*, Legis Colombia, 2005.

Soto Coaguila, Carlos A., en la Presentación de la obra colectica *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*, Anuario Latinoamericano de Arbitraje, Perú 2012, p. V y sgtes.

III. Concordancias

A. *La Convención de Nueva York*

El artículo 5° de la LAC está en concordancia con las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Nueva York en 1958, mejor conocida como la Convención de Nueva York de 1958, adoptada y ratificada por Venezuela en 1995.¹ El artículo II de la Convención de Nueva York, dispone:

Artículo II

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

B. *La Convención de Panamá*

De igual manera las normas de la Ley Modelo concuerdan con las disposiciones de la Convención Interamericana de Arbitraje de 1975, mejor conocida como la Convención de Panamá de 1975 que también fue adoptada y ratificada por Venezuela en 1985.² El artículo 1 de la Convención de Panamá,

¹ Venezuela ratificó la Convención de Nueva York el 8 de febrero de 1995 que entró en vigor el 9 de mayo de 1995. Fue publicada en la GO venezolana el 29 de diciembre de 1994 en el n.º 4.832 Extraordinario.

² Venezuela ratificó la Convención de Panamá el 22 de marzo de 1985 que entró en vigor el 16 de mayo de 1985. Fue publicada en la GO venezolana el 22 de febrero de 1985 en el n.º 33.170. En la misma GO consta la adopción por Venezuela de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, conocida como la Convención de Montevideo, ratificada el 30 de enero de 1985 que entró en vigor el 28 de febrero de 1985.

dispone:

Artículo 1

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

Ambos textos proponen el reconocimiento de los acuerdos arbitrales suscritos entre personas naturales y jurídicas de los estados que son partes de dichos tratados internacionales. Su vigencia es de importancia capital para el reconocimiento a nivel internacional de los acuerdos arbitrales y para que los laudos que se dicten en procesos arbitrales sean a su vez reconocidos y ejecutados en países distintos a la sede arbitral.

De ambos textos se desprende, en primer lugar, la validez de los acuerdos arbitrales para resolver disputas de carácter contractual y extracontractual y, en segundo lugar, la exigencia de que el acuerdo conste por escrito.

La Convención de Panamá exige que la disputa surja de un negocio de carácter mercantil. Es preciso destacar que Venezuela, al ratificar la Convención de Nueva York, hizo dos reservas, en una de ellas, la declaración a), indicó que aplicaría la Convención únicamente al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros hechos en el territorio de otro país signatario. En la segunda, la declaración b), indicó que aplicaría el tratado a las diferencias que surjan de las relaciones legales, sean estas contractuales o no, que se consideran como comerciales según su ley nacional.³

C. La Ley Modelo UNCITRAL

El artículo 5º, que aquí comentamos, surge de un documento elaborado en 1981 por el Secretario General de las Naciones Unidas denominado “Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional.”

En ese documento, que proviene de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (más conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL)⁴, se dice que “la finalidad del acuerdo de arbitraje **es dirimir mediante arbitraje cualquier controversia, con la exclusión de la competencia judicial normal.**” Se agrega que “[s]i, no obstante, una de las partes presenta ante un tribunal una demanda relativa al asunto en litigio, **la otra parte ha de poder invocar con éxito el acuerdo de arbitraje.**”⁵ (Negrita agregada).

³ Venezuela suscribió la Convención en 1994 que entró en vigencia en 1995. Fue publicada con su ley aprobatoria en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.832, del 29 de diciembre de 1994.

⁴ Las siglas en español son CNUDMI, que por hacerse una palabra impronunciable, hay que deletrearla o ceder al predominio anglosajón.

⁵ Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, en Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional, Vol. XII: 1981, párr. 39.

Para consagrar esos principios se insertaron los artículos 7 y 8 en la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional,⁶ en los que se dijo:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes **deciden someter a arbitraje** todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por **escrito**. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando este consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

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.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, **iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales** y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal. (Negritas agregadas).

Los actuales artículos 5 y 7.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en su versión de 2006,⁷ son más claros y terminantes, porque disponen:

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal⁸

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

Opción I

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

(...).

Opción II

El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.⁹

IV. El origen y antecedentes del acuerdo arbitral

El arbitraje nace de un acuerdo entre dos o más personas naturales o jurídicas. Por ese acuerdo las

⁶ Ver en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>

⁷ Ver en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

⁸ Para la Ley Modelo el término "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país (véase su artículo 2).

⁹ La Ley Modelo en algunos de sus artículos propone varias opciones para que los legisladores nacionales escojan la que sea más adecuada para sus países.

partes convienen en apartarse de los tribunales judiciales para resolver una disputa que ya existe entre ellos o una que pueda darse en el futuro. Las disputas que abarque el acuerdo arbitral serán resueltas por personas naturales, los árbitros en número impar (una, tres o cinco) que serán escogidos con las reglas que las partes dispongan o las reglas de algún centro arbitral que hayan escogido. Aunque los árbitros no sean funcionarios judiciales, tendrán el poder para tramitar y dirigir el proceso arbitral, escuchar los alegatos y peticiones de las partes, valorar las pruebas que se presenten y para dictar decisiones dirimentes denominadas laudos, con fuerza de cosa juzgada, que pongan fin al conflicto.

El arbitraje ha tenido una larga vida, es una creación grecolatina y judeocristiana, que ha pervivido desde la Antigüedad hasta nuestro tiempo. Revisemos esos datos.

A. Roma

Hay datos sobre arbitraje en la Biblia y en la antigua Grecia, pero se robustece y consolida en Roma. Está en la Ley de las XII Tablas del siglo V a.C. para la división de bienes y se extiende a deslindes en la Ley Licinia del año 210 a.C.

Pasado el tiempo, el arbitraje se da por contrato para dirimir una disputa ya existente, de donde nace el *compromissum*, que volcado al español es el “compromiso”, institución que, con reformas, tendrá una larga existencia como forma exigida para convenir un arbitraje. El Digesto (533 d.C.) le dedica al arbitraje todo un título, el VIII del Libro IV, y Justiniano lo reglamenta con meticulosidad en el Código (534 d.C.).

Del término “compromiso” deriva la expresión, muy usada en Venezuela, “comprometer en árbitros”. Hoy, cuando se dice “comprometer”, casi siempre, es porque ya existe una disputa, incluso en tribunales judiciales y las partes convienen en apartarse de los jueces y conferir a árbitros el poder de dictar un laudo que ponga fin a la disputa.

Al compromiso romano se le agregaban estipulaciones que permitían la ejecución forzosa del laudo cuando el vencido se negaba a cumplir. También se incluían en el compromiso cláusulas penales, obligándose a quien incumpliere el laudo al pago de penas pecuniarias. Esta manera de comprometer subsistió en la Edad Media, el Renacimiento y hasta bien entrado el siglo XIX. También era común en Roma hacer un secuestro, es decir, dejar el bien objeto de disputa en manos del árbitro hasta tanto se dictara el laudo.

Se debate si en Roma el árbitro estaba obligado a dictar el laudo conforme a derecho o si, más bien, podía hacerlo en base a la equidad. Luce mayoritaria la opinión de que no estaba obligado por el derecho. Hoy día calificaríamos a este arbitraje como arbitraje de equidad o como amigable composición.

Destaquemos por último que el laudo arbitral –al igual que la sentencia del *iudex*– no estaba sujeta a apelación. La ausencia de apelación se mantuvo para el arbitraje en el derecho español de la Edad Media, pero fue admitida en el siglo XIX, cuando se trataba de arbitrajes de derecho. Incluso se admitía el recurso de casación contra la sentencia dictada en esa segunda instancia.

Hoy, en la mayor parte de las legislaciones arbitrales, no hay apelación ante tribunales judiciales contra los laudos. Cabe sólo un recurso de nulidad ante la judicatura por causales taxativas que atienden a la garantía de un debido proceso, capacidad para arbitrar de las partes, arbitrabilidad de las materias debatidas, acato al orden público y deferencia a materias ya decididas que tengan fuerza de cosa juzgada. Pero en ningún caso, las causas de nulidad atañen a la materia de fondo objeto de la disputa.

B. Castilla y la América hispana

Desde Roma el arbitraje se extiende a los vastos territorios del imperio romano y así llega a la península ibérica. Su pleno reconocimiento en el reino de Castilla está demostrado desde muy temprano. Está incluido extensamente en las Siete Partidas publicadas en el siglo XIII auspiciadas por Alfonso X el Sabio. La Partida III está enteramente dedicada al arbitraje o a la avenencia, como se le conocía en el idioma castellano de esos tiempos.

El arbitraje viene a la América hispana al comienzo de la época colonial. Es más, se puede decir que tiene acta de nacimiento porque en 1532 el emperador Carlos V (a su vez, Carlos I de Castilla), ordenó por una pragmática que las normas de arbitraje existentes en su reino castellano se aplicaran y cumplieran de igual manera en los territorios coloniales.¹⁰ En los 300 años del período colonial el arbitraje tuvo existencia y aplicación en los territorios americanos. Hay ejemplos de arbitrajes decididos en esos tiempos en los territorios que luego serían Venezuela.¹¹

C. Venezuela independiente

Luego de la guerra de independencia y cumplido el proceso de separación de España y también de Colombia, la Constitución venezolana de 1830, siguiendo a los revolucionarios franceses y a la Constitución española de Cádiz de 1812, dio cabida al arbitraje. Les reconoció a los venezolanos el derecho a resolver sus disputas mediante arbitraje.¹²

Destaca en esos años, que en 1832 las hermanas de Simón Bolívar -Juana y María Antonia- resolvieron mediante arbitraje una disputa sucesoral referida a una donación hecha por su hermano

¹⁰ Anzola 2013, p. 33.

¹¹ Anzola 2013, p. 32 y sgtes.

¹² Anzola 2013, p. 50.

El Libertador a una de ellas.¹³

El arbitraje se trasladó a los códigos venezolanos de procedimiento civil del siglo XIX. Pero los redactores del código venezolano de 1897 le quitaron fuerza obligatoria al acuerdo arbitral incluido en contratos, es decir, a pactos arbitrales suscritos antes de que la disputa hubiese llegado a los tribunales de justicia. En efecto, la “cláusula compromisoria” contenida en un contrato —otorgado por escritura pública o documento privado— se hacía ineficaz si uno de los otorgantes al ser requerido o intimado para ir a arbitraje, no consentía en ello. Allí terminaba todo procedimiento de arbitraje y las partes debían entonces acudir a los tribunales ordinarios. Esta situación perduró hasta la reforma que se hizo al Código de Procedimiento Civil en 1987.

Este último código quiso revertir esas normas y dar validez y eficacia a la cláusula arbitral, es decir, el pacto de arbitrar una controversia futura contenida en un documento privado. En efecto, lo hizo, pero no apartó el procedimiento arbitral de los tribunales de justicia. El arbitraje quedaba en buena medida sujeto a la vigilancia y control de los jueces ordinarios. Por ejemplo, los árbitros debían aceptar su encargo ante los jueces, a la vez que el laudo arbitral debía publicarse en la sede de un tribunal ordinario. Las disputas sobre la validez y eficacia de la cláusula arbitral quedaban en manos de los jueces y no de los árbitros.

Ocurrió que la segunda mitad del siglo XX se acometió desde UNCITRAL la iniciativa de proponer una ley modelo para el arbitraje, tanto nacional como internacional. El objetivo era modernizar la institución y proponer un medio eficaz y confiable para resolver disputas comerciales, especialmente las nacidas en el mundo de la contratación comercial internacional. También se buscaba tener un modo de resolver disputas en foros independientes e imparciales, alejados de los medios judiciales que, para inversores y contratantes extranjeros, podían mostrarse inclinados a favorecer al local. De allí surge la Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

D. La Ley de Arbitraje Comercial de 1998

La LAC venezolana de 1998, donde está inserto el artículo 5º que aquí comentamos, abandonó el CPC e influida por las corrientes en boga del mundo comercial internacional, adoptó, en muy buena medida, los principios rectores de la Ley Modelo. Así se dijo en la Exposición de Motivos que encabezó el Proyecto de la LAC que en 1997 se sometió a debate en el extinto Congreso Nacional.¹⁴ En abril de 1998 la ley fue sancionada y promulgada quedando publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.430 del 7 de abril de 1998.

¹³ Anzola 2013, p. 55 y sgtes.

¹⁴ Expediente de la Ley de Arbitraje Comercial, Servicio Autónomo de Información Legislativa, Congreso de la República de Venezuela, versión escaneada.

En el diario de debates de ese proyecto consta que los congresantes querían remozar la institución arbitral para agilizar las disputas surgidas entre comerciantes y evitarles lentos y engorrosos procesos judiciales. Al igual, se pensaba que los arbitrajes servirían para descongestionar los abarrotados tribunales de justicia.¹⁵

Una vez sancionado el Proyecto, el presidente de la República, Rafael Caldera, en ejercicio de sus facultades constitucionales, le hizo observaciones y lo devolvió al Congreso. El presidente objetó el texto sancionado que exigía la aprobación unánime del directorio de una empresa estatal para convenir en una cláusula arbitral. Expresó que si la norma quedaba de esa manera, una minoría podía impedir el acuerdo arbitral cuando el objetivo de la nueva ley era promover la institución.

El Congreso acogió el criterio presidencial, por lo que, el texto finalmente adoptado, el artículo 4º, si bien exige para la validez del acuerdo arbitral la aprobación del órgano estatutario competente, no pretende que sea por voto unánime. Además de ello, el texto definitivo requiere que se dé la autorización por escrito del ministro de tutela, que el acuerdo especifique el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).¹⁶ En la sección V.F, comentaremos el contenido y efectos de esta norma tanto en el arbitraje nacional como en el internacional.

E. La Constitución venezolana de 1999

La Constitución venezolana aprobada en 1999, en su artículo 253, incluyó al arbitraje (y los demás medios alternativos de solución de conflictos) en el sistema de justicia. Por su parte, el artículo 258 ordenó al legislador promover el arbitraje. Todo ello estuvo justificado en la Exposición de Motivos en la que se dijo que “la justicia no es monopolio del estado”.

F. Desarrollo doctrinal y judicial

A partir del año 2000, con base en la LAC y las disposiciones constitucionales, el arbitraje se hizo presente en el quehacer jurídico venezolano. La acogida a esta institución, preterida por más de un siglo, no fue siempre cálida. En la década 2000–2010, a pesar del esfuerzo académico para darle la bienvenida, impulsado especialmente por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que organizó varios foros y seminarios, así como obras colectivas, algunos tribunales venezolanos (incluida a SPA del TSJ) dictaron decisiones poco ortodoxas y desconcertantes.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ El artículo 4º promulgado dice así: “Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, Los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).” Es preciso anotar que muchas versiones publicadas de la ley (que copian inadvertidamente el texto del proyecto original y no el texto de la Gaceta Oficial), reproducen erradamente la disposición. En esas espurias publicaciones se exige, indebidamente, la aprobación unánime del directorio.

La SPA del TSJ sostenía que la validez o eficacia de un convenio arbitral atañe a la existencia o eventual falta de jurisdicción o competencia de los jueces venezolanos. Así se plantea el tema cuando un demandante, no obstante haber suscrito un acuerdo arbitral, de desdice de éste y demanda a su contrario ante la justicia ordinaria. El demandado, una vez citado a comparecer, para hacer valer el acuerdo arbitral, opta por oponer como defensa previa la prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del CPC, es decir, la falta de jurisdicción del tribunal judicial.

Al procederse de esa manera el debate sobre la validez y eficacia de la cláusula arbitral se daba en el ámbito judicial. En consecuencia, la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales quedaba sometida a la decisión de los jueces de instancia quienes, por aplicación de los artículos 59 y 62 del CPC, debían consultar sus decisiones de jurisdicción con la SPA a quien correspondía la última palabra. Pero la SPA miraba al arbitraje como una justicia de excepción frente a la ordinaria o natural que imparten los jueces. Por ello cualquier duda, error o carencia en la redacción de la cláusula arbitral, era suficiente para concluir en la ineficacia de la cláusula arbitral. Así decía la SPA:

El arbitraje constituye una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley todas las querellas que le sean sometidas a su conocimiento en uso del derecho constitucional de cada ciudadano a una tutela efectiva de sus derechos e intereses previsto en el artículo 26 de la Constitución. (Negrita agregada).¹⁷

Esa concepción del arbitraje como excepción a la jurisdicción ordinaria -muy afortunadamente abandonada- estaba en franca contradicción con la Constitución vigente. La SC del TSJ se encargó de corregir ese desacertado criterio cuando decidió de manera vinculante sobre la interpretación que debía dársele al artículo 258 de la CN de 1999 que ordena la promoción del arbitraje y los demás medios alternativos de solución de conflictos. En efecto, la SC del TSJ en uso de sus poderes dirimientes sobre la interpretación de la Constitución que le atribuye su artículo 335, dictó varias sentencias, entre ellas la 1541/08, que dieron impulso y fortaleza al arbitraje. En la sentencia 1541/08, la SC afirmó:

Así, 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.** Así se declara. (Negrita agregada).

Dos años más tarde la SC dictó la sentencia vinculante 1067/10 en el caso Astivenca en la que dejó claramente establecido que son los tribunales arbitrales quienes deciden sobre su propia competencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7º y 25 de la LAC. En esa sentencia afirmó:

Así, el principio competencia-competencia permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso

¹⁷ Sentencia Consultores Occidentales y otros contra Hanover PGN Compressor, C.A. del 06/05/03.

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. (Negrita agregada).

La SC en esa misma sentencia afirmó, además, que los jueces al encontrarse con un acuerdo arbitral:

[No] pueden hacer un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación “prima facie”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento. (Negrita agregada).

La SC fue aún más precisa cuando sobre la verificación de los tribunales, dijo:

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 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.

Con esta sentencia la SC dejó bien asentado que corresponde al tribunal arbitral y no a los jueces decidir sobre su propia competencia y sobre la validez y eficacia de una cláusula o acuerdo arbitral.

El idioma castellano es claro: aquello que es alternativo no es ni excepcional ni subsidiario, está al mismo nivel. En consecuencia, las partes de un contrato comercial y tratándose de asuntos en los que cabe transacción, tienen la posibilidad de escoger entre uno u otro, es decir, entre un juez o un árbitro y pactarán aquello que prefieran. Son caminos disyuntivos que de ninguna manera están colocados uno debajo del otro. Si el arbitraje fuera excepcional sería difícil explicar como la Constitución de 1999 ha ordenado su promoción. Habría establecido reservas, cosa que no hizo.

Felizmente, la SPA supo más tarde abandonar sus primeras opiniones y decidió plegarse a los criterios vinculantes de la SC que son francamente pro-arbitraje. La jurisprudencia de la SPA así lo refleja.¹⁸

Aun así, la SPA es en ocasiones reticente a validar cláusulas arbitrales y darles el efecto que buscaban las partes, como es, apartarse de los tribunales judiciales.

Es importante tener en cuenta que el arbitraje no siempre agrada y complace a todos. Siempre habrá

¹⁸ Sentencia n.º 01261 14 de agosto de 2014, caso Construcciones Civiles y Mecánicas C.A. c. Consorcio HW Group C.A.; sentencia n.º 00546, del 13 de abril de 2014 en el caso Inversiones 072, C.A. c. Parque Hábitat El Encantado, C.A.; sentencia n.º 00191 del 4 de marzo de 2015, en el caso de Juan Vicente Montilla Pérez c. Construcciones Adonai Plaza C.A.; sentencia n.º 00730 del 30 de junio de 2015 en el caso de Jesús Ramón Rodríguez c. Corporación LSR, C.A.

quienes por su concepción de la justicia o por intereses particulares respecto de un caso específico, prefieran apartarse del arbitraje. La SPA y otros tribunales, en ocasiones, se han apartado de la doctrina fijada en las sentencias vinculantes de la SC y deciden sobre temas de competencia arbitral y en forma negativa, es decir, remiten el caso a los jueces.

V. Elementos del acuerdo de arbitraje

El arbitraje nace de un acuerdo o contrato suscrito por las partes. El acuerdo compromete a las partes a elevar una disputa existente, o una que pueda surgir en el futuro, a un tribunal arbitral para su resolución. Con el pacto arbitral, las partes deciden apartarse de la jurisdicción ordinaria.

El arbitraje es un contrato consensual, pero que requiere ser escrito para probar su existencia. Es preciso de la gran diferencia con el antiguo compromiso arbitral que requería estar vertido en un documento auténtico o público. La cláusula arbitral moderna no requiere de esa formalidad. Sólo que conste en documento escrito.

Puede ser bilateral o plurilateral,

Del acuerdo arbitral, surgen derechos, como es exigir a la contraparte acudir al arbitraje a resolver una o varias controversias y, también, obligaciones, aceptar ir a arbitraje al ser requerido por la contraparte.

El único aparte del artículo 5° de la LAC expresa estos conceptos de manera elocuente cuando señala que “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”. (Negrita agregada).

El acuerdo arbitral, si bien es un acto de derecho privado que celebran las partes, produce efectos jurisdiccionales. Así es porque la controversia que haya surgido o surja entre ellas, encontrará su solución en un laudo pronunciado por personas que no son funcionarios del Poder Judicial.

El arbitraje es una justicia privada que proviene de la voluntad de las partes que confían a un tercero el poder de juzgar. Pero es necesario destacar también que el árbitro queda investido de la *jurisdictio* en toda plenitud.¹⁹ Por ello, el laudo que pronuncien los árbitros, cuando se haga firme y definitivo, tendrá efecto de cosa juzgada al igual que las sentencias definitivas producidas por los jueces.

Como todo contrato para que el acuerdo de arbitraje tenga validez y produzca efectos, requiere de consentimiento legítimamente manifestado y que no esté afectado de vicios. En adición, que la materia objeto de la disputa sea arbitrable y que las partes tengan capacidad para suscribir el acuerdo.

¹⁹ Oppetit, p. 28.

Veamos estos temas.

A. Exigencias del acuerdo arbitral

1. El consentimiento

No habrá arbitraje si los interesados no han manifestado libremente esa escogencia. De hecho, si las partes no pactan arbitrar, las disputas que puedan surgir entre ellas se resolverán en los tribunales judiciales. Por ello, al arbitraje se le denomina la justicia alternativa que, si bien está en un plano igualdad con la judicial, requiere de su escogencia para que pueda instrumentarse. No habrá arbitraje sin pacto previo.

La facultad de las partes para pactar un arbitraje deriva del principio de la autonomía de la voluntad. Principio este que postula la libertad de las personas para organizar su vida e intereses y suscribir los contratos que mejor sirvan a la protección y ejercicio de sus derechos. En el caso venezolano el arbitraje está inserto en la Constitución de 1999 y allí tiene un reconocimiento especial porque el artículo 253 lo incluye en el sistema de justicia y el artículo 258 ordena su promoción legislativa.

De esa manera, las personas naturales y jurídicas están invitadas a ejercer esa libertad, es decir el derecho de resolver mediante arbitraje las controversias que hayan surgido entre ellas o las que surjan en el futuro. Pueden escoger entre resolverlas ante los jueces ordinarios o mediante arbitraje.

Esa libertad, no obstante, no es ilimitada, el artículo 6° de nuestro Código Civil invalida los acuerdos contractuales que contradigan el orden público y las buenas costumbres. Es cierto que en el mundo moderno y, no sólo en Venezuela, las normas de orden público han tenido una enorme expansión y ciertamente imponen barreras a la libertad contractual. Por ello, artículo 3° de la LAC señala como principio general que “podrá someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir” y luego enumera casos de inarbitrabilidad objetiva (materias que no pueden ser objeto de arbitraje) e inarbitrabilidad subjetiva (personas que no pueden acudir al arbitraje o que para hacerlo deben cumplir con determinadas formalidades). Pero fuera de esos contornos, tanto las personas naturales y las jurídicas tienen libertad para optar por el arbitraje y dirimir así las controversias existentes o las que puedan surgir en el futuro con otras personas.

Destáquese que pactar un arbitraje ha sido tradicionalmente visto como un acto de disposición por oposición a los actos de simple administración. Se le iguala entonces a la enajenación o gravamen, en particular de inmuebles o, en el campo procesal, al desistimiento, convenimiento o transacción de pleitos en curso. Tanto así que, como se ha dicho, el artículo 3° de la LAC, exige que quienes suscriban acuerdos arbitrales, tengan capacidad de transigir. Más adelante analizaremos las implicaciones de esa exigencia.

2. *Expresión del consentimiento*

El artículo 5° de la LAC que aquí se comenta utiliza muy adecuadamente el verbo “decidir”. En efecto, la norma expresa que el arbitraje requiere de un “acuerdo por el cual las partes **deciden** someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.”

El modo de pactar el arbitraje durante siglos fue el compromiso. Como vimos, nació en Roma y como regla general, se le pactaba una vez surgida la controversia que, muchas veces, ya cursaba ante un tribunal de justicia. Ya entrada la Edad Media y especialmente en Castilla, de donde viene a tierras americanas, el compromiso se hacía por escrito y en muchos casos se requería de su suscripción en documento público, ante un escribano o un registrador, o ante el juez si la causa ya estaba en tribunales.

El artículo 5° de la LAC dispone que el acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. No hay diferencias de fondo entre el compromiso, que supone la existencia de un conflicto que, en ocasiones, ya cursa en tribunales y la cláusula arbitral que se inserta en un contrato para resolver controversias futuras. Habrá diferencias de forma y procesales porque si la controversia ya está en tribunales, las partes deberán diligenciar ante el juez que conozca de la causa para interrumpir el proceso judicial y remitirlo al arbitraje. En cambio, la cláusula arbitral se suscribe, en la mayor parte de los casos, antes de que nazca la disputa entre las partes, casi siempre al tiempo de suscribir el contrato que las une y sin formalidades de autenticación.

En muchas de nuestras leyes, como el Código Civil y el de Procedimiento Civil, utilizan la vieja fórmula de “comprometer en árbitros” porque esa antigua usanza, caída en desuso, persiste en esas leyes o normas que también tienen una considerable ancianidad.

A la vez, sobre las facultades que las sociedades mercantiles confieren a sus administradores o apoderados, los documentos constitutivos de empresas o los poderes que se otorgan repiten “comprometer en árbitros”. Pensamos que, a menos que del texto mismo derive alguna excepción específica, quien tiene facultad para comprometer la tiene también para suscribir un acuerdo arbitral.

En el compromiso o en la cláusula arbitral las partes pueden pactar la forma de escoger a los árbitros, determinar la sede y el idioma -especialmente importantes en los arbitrajes internacionales- y otros acuerdos que las partes puedan estimar necesarios.

3. *Arbitraje institucional y arbitraje ad-hoc*

Es muy común que la cláusula arbitral determine la institución arbitral que habrá de administrar el arbitraje y la aplicación del reglamento de ésta al proceso. En Venezuela, a la fecha de escribir estas notas, hay dos centros de arbitraje en la ciudad de Caracas, el Centro de Arbitraje de la Cámara de

Caracas y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). También hay un centro de arbitraje activo en Maracaibo. Cada uno de esos centros tiene su reglamento de arbitraje. Los reglamentos están en las páginas *web* de esos centros arbitrales.

La mayor parte de las capitales latinoamericanas y europeas tienen uno o varios centros de arbitraje. En los Estados Unidos de América hay una institución dominante para los arbitrajes internos, la *American Arbitration Association* (AAA).

Para los arbitrajes internacionales destacan la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuyas siglas CCI son bien conocidas en el mundo arbitral; el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD, son sus siglas en español y en inglés, ICDR) que es la división internacional de AAA; y la *London Court of International Arbitration* (LCIA), son sus siglas en inglés), por nombrar algunas de las más importantes en el mundo occidental.

También es posible que las partes se decanten por un procedimiento arbitral independiente, es decir, un arbitraje *ad-hoc*. En estos arbitrajes las partes no entregan la administración del caso a un centro especializado y permanente, sino que lo administran por sí mismas y a través de las decisiones del árbitro o del tribunal arbitral que resulten nombrados. La LAC venezolana, en sus artículos 15 a 34 tiene normas para la designación de los árbitros y para la conducción de estos procesos arbitrales. Estas últimas son normas supletorias que, por tanto, se hacen aplicables si las partes, que han pactado el arbitraje, no han escogido otras o si las han modificado en parte o totalmente. De hecho, la Asociación Venezolana de Arbitraje, AVA, ha preparado un reglamento de arbitraje para los arbitrajes nacionales que sean *ad-hoc*.

Para arbitrajes internacionales *ad-hoc*, UNCITRAL ha redactado un Reglamento de Arbitraje que es muy utilizado dada su alta calidad técnica y claridad.

4. Ausencia de vicios

Como todo contrato el acuerdo arbitral requiere que las partes que lo celebran hayan podido expresar su consentimiento libremente y sin vicios. Nuestra legislación civil señala como vicios del consentimiento el error, el dolo y la violencia. De existir tales vicios, la cláusula arbitral devendría anulable a petición de quien los haya sufrido.

Sería atacable una cláusula arbitral si una de las partes que la ha suscrito ha incurrido en error, o su consentimiento ha sido obtenido mediante violencia, o al amparo de maniobras dolosas de su contraparte. Si bien los supuestos para la existencia de estas situaciones son infrecuentes entre partes que son iguales en conocimientos y habilidades comerciales y jurídicas, es preciso destacar que la ley venezolana, al menos en una situación específica, procura proteger a las partes tenidas como más

débiles. En efecto, el único aparte del artículo 6° de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, dispone que:

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.

Para dar cumplimiento a lo previsto en esta norma, es habitual que en los contratos de adhesión o pre-impresos, la cláusula arbitral esté separada del resto del contrato y en un texto destacado en negrita o en mayúsculas, con alguna mención de su aceptación explícita.

La norma está hecha para proteger a la parte que tiene menos fuerza o le es imposible negociar los términos del pacto arbitral. Por ello, aunque la ley no lo dice de manera expresa, la omisión de estas formalidades puede ser causa para que el adherente pida la nulidad del pacto arbitral ante los árbitros o recurra de nulidad el eventual laudo arbitral por transgresión del orden público.

5. *El pacto por escrito*

El acuerdo de las partes de acudir al arbitraje debe hacerse constar por escrito.

Así lo exige el artículo 6° de la LAC, también lo dispone el artículo 7.2. de la última versión de la Ley Modelo UNCITRAL de 2015; igualmente, la Convención de Nueva York de 1958 lo prevé en su artículo II.1 y, en su artículo II.2., requiere el acuerdo por escrito y señala cuando valida “una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”; a su vez, la Convención de Panamá de 1975 en su artículo 1 dice de igual manera que el acuerdo de arbitraje “constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

Si bien LAC venezolana no exige de manera expresa la firma del documento, conviene obtenerla, máxime que ella puede también darse por vía electrónica y es plenamente válida de acuerdo con el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (G.O. 37.148, del 28 de febrero de 2001). Para evitar posteriores desconocimientos, es pertinente guardar evidencia electrónica o impresa de esos intercambios.

6. *Evitar equívocos*

La cláusula debe ser clara, precisa y contener todos los elementos necesarios para que no haya dudas de que las partes han pactado arbitrar las disputas que abarca el acuerdo arbitral.

Sobre esta materia la SC del TSJ ha dicho en la sentencia 198/08:

Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre **indispensable** la previa **manifestación expresa y por escrito** de la voluntad de sometimiento a arbitraje. (Negrita agregada).

Y lo confirmó así en la sentencia 1.541/08:

Respecto del principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, se debe tener en consideración que su incidencia sobre el arbitraje se concreta en la necesidad de una **manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje**, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a la naturaleza o características propias de cada arbitraje -vgr. Arbitrajes internacionales o nacionales-. (Negrita agregada).

Nada dará mejores argumentos a los enemigos del arbitraje y a quien quiera desdecirse de un acuerdo arbitral, que una cláusula arbitral contradictoria, confusa o ambigua. Por ello la redacción de la cláusula arbitral debe clara. No debe dar lugar a equívocos.

Es cierto que los contratos, como lo son los acuerdos arbitrales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del CPC, deben interpretarse de acuerdo con la intención de las partes cuando el texto es ambiguo, deficiente u oscuro. Podría pensarse que en un país pro-arbitraje como lo es Venezuela, el acuerdo arbitral, aunque esté deficientemente acordado, debería prevalecer cuando se interpreta la cláusula arbitral. Pero ya se ha visto, que en el caso de la SPA, no siempre ha sido así.

Es necesario y conveniente evitar términos con doble significado que confundan al intérprete. Es preciso librarse de errores que conviertan a la cláusula en “patológica”,²⁰ es decir, con un lenguaje inextricable que la haga inaplicable y, por tanto, inexistente o que exija un nuevo acuerdo de las partes para su instrumentación.

Vale mencionar algunos ejemplos de errores que surgen cuando se redactan las cláusulas arbitrales:

- Utilizar el verbo “poder” en lugar de “deber”. Decir que las partes “podrán acudir” al arbitraje para resolver sus disputas no es lo mismo que decir “las partes deberán acudir” al arbitraje. En el primer caso, se da como una posibilidad y no como una obligación. La primera versión sólo incita a la solución arbitral, la segunda, establece una obligación.
- Pactar una cláusula arbitral, pero a la vez escoger a los tribunales judiciales como competentes. Es muy frecuente en los contratos venezolanos pre-impresos incluir una fórmula que dice “se escoge como domicilio especial a la ciudad de [Caracas] y competentes sus tribunales.” Si en ese mismo contrato se agrega una cláusula que selecciona al arbitraje como modo de solución de controversias, sin suprimir la anterior o sin afirmar la precedencia del arbitraje, habrá un equívoco acerca de lo verdaderamente querido por las partes.
- Errar en el nombre de la institución arbitral escogida para la administración del arbitraje al punto de que no pueda identificársele debidamente, puede ser causa de muchos sinsabores y

²⁰ Derains, p. 191 y sgtes.

disputas.

- Imprecisión acerca de la materia arbitral. Si bien es común que las partes escojan al arbitraje para resolver todas las disputas que surjan de un contrato, bien pueden someter arbitrajes solamente algunas. La impropia o deficiente identificación de las disputas arbitrables puede ser causa de equívocos insuperables.
- Establecer una fórmula para escoger a los árbitros impracticable por su complejidad u oscuridad.

Es muy aconsejable, para evitar confusiones o incomprensiones, que las partes utilicen las cláusulas modelo de las instituciones administradoras de arbitrajes. La experiencia prueba la eficacia de esos textos y, además, al hacerlo incorporan el reglamento de arbitraje de esos centros de arbitraje y con ello dejan establecido las reglas que habrán de seguirse en el proceso arbitral.

En el caso venezolano los centros de arbitraje recomiendan las siguientes cláusulas:

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas:

Toda controversia o diferencia que verse sobre la existencia, extensión, interpretación y cumplimiento de este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje en la ciudad de Caracas, Venezuela, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

El Tribunal Arbitral estará compuesto por (1 o 3) árbitro(s) el (los) cual(es) decidirá(n) conforme a derecho (o equidad).

Por su parte, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA):

Cualquier controversia que guarde relación directa o indirecta con este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA.

El mismo CEDCA propone esta versión más detallada:

Cualquier controversia que guarde relación directa o indirecta con este contrato, será resuelta mediante arbitraje de [derecho] [equidad], de conformidad con las leyes [que las partes determinen], en [la ciudad y sede que determinen las partes], en idioma [que acuerden las partes], de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, por [un árbitro] [tres árbitros] nombrados conforme a ese Reglamento. Los árbitros [podrán] [no podrán] dictar medidas cautelares, [inclusive antes de que quede constituido el Tribunal Arbitral que conocerá el fondo de la controversia]. El Laudo arbitral [será] [no será] motivado y [será] [no será] objeto de la presentación previa prevista en el Reglamento.

Para un arbitraje internacional, la Cámara de Comercio Internacional propone esta cláusula:

Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) que es el brazo internacional de la *American Arbitration Association* propone esta fórmula:

Cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento será resuelta mediante arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional.

Las partes pueden añadir:

- El número de árbitros será (uno o tres);
- La sede del arbitraje será [ciudad, (provincia o estado), país];
- El(los) idioma(s) del arbitraje será(n) _____.

7. Disputas contractuales y no contractuales

El artículo 5° de la LAC indica que las partes pueden 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.”

Es más común que se sometan arbitraje las disputas contractuales. A fecha de hoy, el arbitraje se escoge con mayor frecuencia al tiempo de la redacción de un contrato. En el vertido del contrato escrito se incluye una cláusula mediante la cual las partes, de manera expresa, escogen al arbitraje como modo de resolver las disputas que surjan de ese contrato o relacionadas con él.

La norma indica también que las partes pueden seleccionar las disputas que quieren someter a arbitraje derivadas de un contrato. Así puede ser que sólo algunas de ellas vayan a arbitraje y otras deban resolverse en la jurisdicción ordinaria. Si bien esta diferencia puede hacerse, no es lo más habitual, entre otras razones por las dificultades de interpretación que puedan derivarse de esa división. De hecho, debe haber razones bien justificadas para establecer esas líneas paralelas. No siempre es fácil separar una disputa de otra nacida de un mismo contrato.

El pacto arbitral para resolver una disputa extracontractual nacerá, normalmente, luego de la ocurrencia del hecho que genera esa disputa. Las disputas extracontractuales nacen usualmente entre personas naturales o jurídicas que no tienen una relación previa. Piénsese en un accidente de tránsito o de una naturaleza semejante como una colisión entre dos embarcaciones. Las partes envueltas en esos accidentes habrán de celebrar un compromiso o acuerdo para apartarse de la jurisdicción ordinaria y resolver la disputa que de allí derive mediante arbitraje.

B. La independencia de la cláusula arbitral

Es preciso poner de relieve la independencia de la cláusula arbitral inserta en un contrato. El artículo 7° de la LAC dispone:

(...) 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.

De acuerdo con esta norma, la validez y eficacia del acuerdo arbitral se determinan de manera separada del resto del contrato donde está inserta. Los requisitos del consentimiento legítimamente

manifestado, la ausencia o presencia de vicios, la capacidad y facultades de las partes para suscribir el acuerdo arbitral, han de examinarse de manera autónoma.

Ocurre igual con la ley aplicable o el régimen por el cual ha de regirse el acuerdo arbitral, como ha de verse más adelante. Puede ocurrir que aquello que se determine para el acuerdo arbitral sea diferente de aquello que se dé para el resto del contrato. Tanto así que la norma copiada separa la nulidad de la cláusula arbitral de la nulidad del contrato en el que está inserta.

C. Arbitrabilidad objetiva

Como ya se dijo, el artículo 3° de la LAC venezolana dispone que “[p]odrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.” Por tanto, la norma exige que haya arbitrabilidad objetiva, es decir, que se trate de asuntos disponibles y por tanto arbitrables.

D. Arbitrabilidad subjetiva o capacidad

También exige que haya arbitrabilidad subjetiva, es decir, que el pacto sea hecho entre personas con capacidad para celebrar convenios arbitrales.

En el tema capacidad es tradicional distinguir entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones con independencia de su efectivo ejercicio. La segunda es la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica que creen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas.

La capacidad jurídica se da ordinariamente en cualquier persona. Pero no siempre es así: un menor tendrá normalmente capacidad de goce y será titular de derechos y obligaciones. Pero el menor carece de capacidad de ejercicio, porque no podrá actuar por sí mismo, requerirá estar representado por quien tiene la patria potestad sobre él y para realizar actos de disposición deberá, además, obtener autorización judicial.

En la materia arbitral es común utilizar la expresión inarbitrabilidad subjetiva cuando se habla de incapacidad de las personas para suscribir acuerdos arbitrales. El término inarbitrabilidad subjetiva abarca tanto la incapacidad de goce como la de ejercicio. En verdad, el término inarbitrabilidad se refiere, casi siempre, a la incapacidad de ejercicio, porque no es común encontrar casos de incapacidad de goce. Así, por ejemplo, la letra a) del artículo 44 contempla la nulidad de un laudo cuando se demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje. Si como ejemplo se toma el caso los menores, ocurre que ellos actuando por sí mismos no pueden suscribir un acuerdo arbitral, pero sus representantes podrán hacerlo, siempre que estén provistos de la autorización judicial pertinente.

En el caso de las personas jurídicas, en particular, las sociedades mercantiles, es difícil encontrar alguna con incapacidad de goce. Al inscribir su documento constitutivo en un registro mercantil y publicarlo, adquieren personalidad jurídica propia. En adición, sus documentos constitutivos, normalmente, les permiten llevar adelante todos los actos de lícito comercio y celebrar toda clase de contratos.

En el caso de las personas jurídicas cabe indagar o preguntar quien está facultado para actuar en su nombre y suscribir un acuerdo arbitral. Si bien el tema es trascendente y lo abordaremos más adelante, no es un tema de capacidad sino de adecuada representación para legitimar el consentimiento.

Veamos primero el caso de las personas naturales y luego el de las personas jurídicas.

1. Capacidad de las personas mayores de edad

Las personas naturales mayores de edad tienen normalmente plena capacidad para suscribir acuerdos arbitrales. De hecho, en materia de contratos, la plena capacidad de los mayores es la regla y la incapacidad, la excepción.

La plena capacidad de las personas mayores para suscribir cláusulas arbitrales cesa si la persona ha quedado sometida a algún régimen de interdicción o inhabilitación que haga necesario que otra persona actúe por él o conjuntamente con él. En esos casos habrán de cumplirse los requisitos que impone la ley para esos incapacitados (tutela, curatela). Normalmente, se requiere de autorización judicial, además de otras aprobaciones, por cuanto tradicionalmente se ha considerado que pactar un arbitraje excede la simple administración y el artículo 3° de la LAC exige que quien suscriba una cláusula arbitral debe tener capacidad para transigir, que es un acto disposición al igual que enajenar o gravar bienes, en especial, inmuebles.

2. Incapacidad de los menores

Como el artículo 3° de la LAC exige la capacidad de transigir, los menores deben ser representados por quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad y haya obtenido una autorización judicial para suscribir el acuerdo arbitral:

En este caso el artículo 267 del Código Civil, dispone:

El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres (3) años, recibir la renta anticipada por más de un (1) año, deberán obtener la autorización judicial del Juez de Menores.

Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, **someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales**, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.

(...).

La autorización judicial sólo será concedida en caso de evidente necesidad o utilidad para el menor, oída la opinión del Ministerio Público, y será especial para cada caso. (Negrita agregada).

3. *Personas jurídicas*

Como hemos dicho, las personas jurídicas están generalmente facultadas para celebrar acuerdos arbitrales. Ello es más evidente en el caso de las sociedades mercantiles cuya vocación es el comercio que implica compras, ventas, diferentes negociaciones que llevan a disputas que deben resolverse por uno de los medios a su alcance, entre ellos, el arbitraje. En Venezuela es común que documentos constitutivos cuando establecen el objeto de la sociedad, además de incluir el objeto específico de la sociedad (alguna actividad comercial, industrial, financiera, etc.) se agreguen atributos muy amplios como “comprar, vender, hipotecar, pignorar, ceder o adquirir de cualquier manera toda clase de bienes muebles o inmuebles, realizar toda clase de actos lícitos de comercio y celebrar contratos de todo tipo y naturaleza.”

Aunque no se incluya expresamente transigir, “comprometer en árbitros” o “pactar arbitrajes”, la sociedad mercantil está provista de esa capacidad por cuanto es un acto legítimo y normal en el desempeño comercial, más aún en el mundo comercial internacional. Diferente asunto será la representación de la sociedad y la facultad del representante para suscribir acuerdos arbitrales a lo que nos referiremos más adelante.

Creemos, además, que luego de la promulgación de la LAC y aún más con las normas pro-arbitraje como son los artículos 253 y 258 de la CN de 1999, cualquier duda que pudiese existir sobre la capacidad de las personas naturales y jurídicas, especialmente quienes sean comerciantes, ha quedado disipada. Como se sabe, la CN incluye al arbitraje en el sistema de justicia y ordena al legislador su promoción.

Como se ha visto el encabezamiento del artículo 3º de la LAC cuando dispone que podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Las sociedades mercantiles hacen operaciones comerciales y están, por tanto, plenamente capacitadas para transigir en asuntos disponibles. De hecho, en las actividades mercantiles es muy común negociar, acordar y transigir. Acudir al arbitraje en disputas comerciales es habitual y normal, por ello, las sociedades mercantiles tienen por si mismas capacidad para arbitrar sus disputas. Son ellas y las personas naturales comerciantes los llamados a utilizar este mecanismo para resolver sus disputas. No en vano, la LAC, lleva en sus título las dos palabra: “arbitraje comercial”.

E. El caso de las empresas del Estado

El artículo 4º de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC) impone una incapacidad relativa y

de ejercicio a las empresas del Estado. Puede decirse también que les impone una inarbitrabilidad subjetiva relativa. Las empresas del Estado tienen capacidad para arbitrar (capacidad de goce), pero para su ejercicio y suscribir cláusulas arbitrales (capacidad de ejercicio) requieren del cumplimiento de formalidades especiales.

Como ya se ha visto, la norma citada, sancionada en 1998 en el entonces Congreso de la República y luego que el presidente Caldera le hiciera observaciones, dispone que cuando la República y otros entes públicos tengan en empresas del Estado una participación, directa o indirecta, igual o superior al 50% del capital social, para la validez del acuerdo arbitral suscrito por estas empresas se requiere **“la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela.”** (Negrita agregada).

Con seguridad un tribunal arbitral constituido en Venezuela, que conozca de un proceso arbitral en el que una de las partes sea una empresa del Estado venezolano, cuya cláusula arbitral se rige por el derecho venezolano y observara que los requisitos de la norma no están cumplidos, seguramente no validará la cláusula arbitral. A su vez, en caso de que sí lo haga, el juez que conozca del eventual recurso nulidad contra el laudo por incapacidad de esa empresa para acudir al arbitraje o por violación del orden público interno, se inclinará seguramente por pronunciar esa nulidad.²¹

Pero puede ocurrir que un tribunal arbitral en un caso de arbitraje internacional, con sede fuera de Venezuela, adopte la solución contraria y valide el acuerdo arbitral aun cuando no se hayan cumplido esos requisitos.

En efecto, cuando una empresa del Estado venezolano celebra un contrato comercial internacional y escoge, de acuerdo con su contraparte, una ciudad extranjera como sede del arbitraje y la cláusula arbitral se rige, por escogencia expresa o implícita, por el derecho de esa misma sede u otro derecho extranjero, el asunto se inserta en el derecho comercial internacional cuyas reglas y principios, lejos de propender a la invalidación de acuerdos arbitrales, tienden a validarlos.

De escogerse como sede arbitral a ciudades suizas, españolas, peruanas o francesas y hacerse aplicables las leyes arbitrales de los tres primeros países y los criterios jurisprudenciales y doctrinales de los galos, la cláusula arbitral no será necesariamente nula, aunque la empresa venezolana del Estado no haya dado cumplimiento a lo exigido por el artículo 4º de la LAC venezolana. Así, por ejemplo, el texto el artículo 2.2 de la Ley de Arbitraje de España, dispone:

²¹ Véase la sentencia n.º 855 del 5 de abril de 2006, de la SPA *Elettronica Industriale S.P.A., contra Compañía Anónima Venezolana de Televisión (C.A. V.T.V.)*, La sentencia no es afortunada, pero su análisis excedería la necesaria brevedad, si cabe, de estas notas.

Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

El artículo 2.2 de la ley de arbitraje peruana tiene un texto casi idéntico y al igual que el artículo 17.II.2 de la LDIP suiza. La ley francesa no contempla el asunto, pero hay jurisprudencia reiterada que surge a partir de la sentencia de la Corte de Casación en el caso *Galakis*²² y opiniones doctrinales en el mismo sentido.²³

De la sentencia *Galakis* y de las leyes nacionales citadas, se puede deducir que en el comercio internacional existen ciertas reglas fundamentales que son exigibles a todos los participantes sin distinguir entre su condición de persona de derecho público o de derecho privado. Entre esas reglas figuran la de *pacta sunt servanda*, es decir el respeto a la palabra dada y a los compromisos asumidos; también, la que presume la validez de las convenciones de arbitraje o cláusulas arbitrales porque se estima que los acuerdos entre comerciantes son válidos y obligatorios, sin formalidades especiales; el principio de buena fe por el cual sería una deslealtad con la contraparte desdecirse de un compromiso que ha sido aceptado libremente al tiempo de la celebración del contrato. Todos ellos se resumen en el aforismo latino *in favor negotii*, consagrado en el derecho mercantil internacional.

Como hemos de ver en la sección V.F.3, el funcionario de una sociedad mercantil que sea el órgano representante de la misma (el presidente o el consejero delegado como se le llama en España) o alguien con autoridad aparente por el cargo que ocupa, podrá suscribir válidamente un acuerdo arbitral.

El criterio que se sostuvo en la sentencia *Galakis* y adoptado por algunas leyes nacionales se ha extendido al punto de llegar a convertirse en un principio arbitral generalmente aceptado. Se afirma que permitir a una empresa estatal que ha suscrito un acuerdo arbitral para luego desdecirse de él, alegando limitaciones o prohibiciones contenidas en su derecho interno, es contrario al orden público internacional.

La sentencia 1.541/08 de la Sala Constitucional sobre el artículo 258 de la Constitución venezolana, ya citada, tomó en cuenta la doctrina adoptada en la sentencia *Galakis*. Así dijo:²⁴

[E]n el derecho comparado se ha determinado, como en el caso de Francia, que en relaciones comerciales internacionales las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral y que a pesar de lo dispuesto en el derecho interno (francés), la Administración si puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional. Vid. Decisión de la Corte de Casación de Francia, caso: “Tesoro Público francés v. Galakis del 2 de mayo de 1966 y FOUCHARD PHILIPPE,

²² *Trésor Public c. Galakis* (Corte de Casación, Cámara Civil I, 2 de mayo 1966).

²³ Loquin, p. 139 y sgtes.

²⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ venezolano, n.º 1.541, del 17 de octubre de 2008.

GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'Arbitrage Commercial International, Editions Litec, Paris, 1996.*

Autores venezolanos como Andrés Mezgravis han destacado, igualmente, que cuando una empresa del estado venezolano ha suscrito una cláusula arbitral en un contrato internacional, no puede desconocerla al tiempo de surgir una disputa. De hacerlo, actuaría en contra del principio de buena fe contractual y de los principios que han surgido para el arbitraje con la promulgación de la Constitución venezolana de 1999. Así dice:²⁵

Es nuestra opinión que semejante conducta está reñida con la buena fe, y con los nuevos principios constitucionales que imponen que el artículo 4 de la LAC, sea interpretado de modo distinto a cuando fue promulgada dicha ley en 1998. En efecto, una interpretación evolutiva que tome en cuenta los principios de buena fe, confianza legítima y sobre todo el principio pro-arbitraje, todos previstos en la Constitución venezolana vigente, imponen una interpretación de dicha norma que va más allá de su lectura literal (...). Afortunadamente, la propia jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido expresamente el principio de derecho internacional según el cual “las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral”.

La misma tendencia la expone Shirley Sánquiz Palencia, quien comentó:²⁶

En materia de arbitraje comercial internacional, se ha considerado en contra del principio de buena fe que una de las partes que ha firmado libremente un acuerdo arbitral invoque su ley personal para alegar la nulidad de dicho acuerdo. Esto ha sido regulado especialmente cuando la parte que pretende invocar dicha incapacidad es un Estado o un órgano de dicho Estado. Este principio, conocido como la excepción *lex in favore negotii* ha sido aplicado en la práctica arbitral como un principio de orden público internacional sin hacer referencia a ordenamiento jurídico alguno.

En igual sentido se pronuncia Alfredo De Jesús O. quien, por su parte, también apunta a la violación del orden público internacional, cuando dice:²⁷

[L]a pregunta que debe plantearse es la siguiente: ¿una de esas personas de derecho público que para celebrar el acuerdo de arbitraje requiere las mencionadas formalidades puede luego alegar su falta de capacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje por no haber llenado dichos requisitos? En materia de arbitraje internacional la cuestión es muy clara por una prolongación del principio “de la buena fe”. Es un principio de general del arbitraje comercial internacional la prohibición de una persona de derecho público de prevalerse de las disposiciones de su derecho interno para [cuestionar] la validez del acuerdo de arbitraje que ha aceptado libremente.

Como puede verse, las empresas del Estado venezolano, cuando actúan en el comercio internacional encontrarán muchas dificultades para ampararse en el incumplimiento de las formalidades exigidas en el artículo 4º de la LAC y desconocer las cláusulas arbitrales que hayan suscrito.

Así le ocurrió a la empresa Diques y Astilleros Nacionales, C.A., DIANCA, cuando pretendió la anulación de un laudo dictado en Madrid en un arbitraje seguido en esa ciudad y cuya contraparte fue

²⁵ Mezgravis, p. 1505 y sgtes.

²⁶ Sánquiz Palencia, Shirley, p. 180.

²⁷ De Jesús, p. 77 y sgtes.

la empresa alemana *Raytheon Anschutz GMBH, RAYTHEON*. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por vía de su Sala Civil y Penal, dijo así:²⁸

Las consecuencias anulatorias del acuerdo arbitral que dicha parte demandante trata de inferir de la circunstancia de no haberse dado estricto cumplimiento a lo que, en orden a la aprobación de los convenios arbitrales, **disponen las normas de derecho interno venezolano** que quedan antes citadas, **chocan con el mandato terminante que contiene el artículo 2.2** de la antes aludida Ley 60/2.003 donde se ordena que “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral “. Además, el propio laudo que se pretende anular ahora, **nos recuerda que la Sala Constitucional del máximo órgano jurisdiccional de Venezuela, es decir, su Tribunal Supremo de Justicia, ha reconocido en su sentencia número 1.541, de 17 de octubre de 2.008, el principio de que un Estado no puede invocar su propio derecho interno para evadir un convenio arbitral.**

Por su parte, el laudo que se ahora quiere anular invoca la evidente procedencia de aplicar a los arbitrajes internacionales y, en general, a toda la contratación internacional, **aquellos principios generales del derecho que la practica han consagrado como integrantes del orden público internacional. Entre ellos no cabe desconocer los que proclaman el respeto debido a los actos propios y la buena fe.** (Negrita agregada).

Vista esta sentencia, cabe preguntarse que ocurriría si se presenta ante un tribunal venezolano para su ejecución un laudo como este del caso DIANCA que se produjo en Madrid y cuya nulidad fue desechada en la sede arbitral. Es decir, un laudo que condenó a DIANCA por incumplimiento de contrato a pagar una suma de dinero. Es de suponer que la empresa del Estado venezolano, más allá de las protecciones que le acuerda Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se opondrá a la ejecución en Venezuela del laudo con caso a los dispuesto en el artículo 48 de la LAC. Es decir, alegará la ineficacia o la nulidad del acuerdo arbitral por incapacidad de la empresa para pactar la cláusula arbitral dado que no se cumplieron las exigencias del artículo 4º de la LAC. También podría alegar la violación del orden público venezolano al no cumplirse con esas exigencias.

No creemos que haya habido precedentes sobre esta materia, pero es difícil pensar que un tribunal venezolano se incline fácilmente por validar el laudo y ordenar su ejecución en el país.

Es preciso destacar también que no han faltado comentarios adversos en la doctrina española a la sentencia DIANCA.²⁹ Hay quienes consideran que el artículo 4º venezolano es de preferente aplicación. Estiman que la sentencia sobredimensiona el valor de la “*lex fori* [es decir, la ley española] que en este caso no guarda en absoluto relación con las Partes (...) y estima aplicable el derecho español sin base normativa alguna.”³⁰ Se critica la prioridad atribuida al artículo 2.2 de la ley española de arbitraje cuando ha debido dársele preferencia al artículo 9.6 que se refiere específicamente al convenio arbitral. Esta última norma lo estima válido si cumple los requisitos establecidos por las

²⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Madrid, del 13 de marzo de 2012.

²⁹ Linares, p. 841.

³⁰ Linares, p. 848.

normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español. No compartimos esta opinión - atrevimiento nuestro, por ser un asunto de derecho español- dado que el artículo 2.2 de la ley arbitral española está allí inserto, precisamente, para impedir ese alegato en la jurisdicción arbitral o judicial española.

En el caso DIANCA las partes nada dijeron sobre la ley aplicable al convenio arbitral, pero sí escogieron a la ley venezolana para regir el contrato. De aplicarse esta al convenio arbitral, es plausible que DIANCA alegase la nulidad de la cláusula arbitral al no cumplir con las exigencias del artículo 4º de la LAC. Pero el tribunal arbitral, como ocurre muchas veces, cuando no hay escogencia expresa las partes de la ley aplicable, decidió aplicar a la cláusula arbitral la ley de la sede del arbitraje que era la española.

Para evitar eventuales nulidades o, al menos, conjurar amargos debates sobre el artículo 4º de la LAC, es muy conveniente cerciorarse que la empresa del Estado que suscribe una cláusula arbitral ha obtenido las autorizaciones requeridas. Más aún, es recomendable dejar constancia en el contrato que incluye la cláusula arbitral, una disposición que diga algo como esto:

La junta directiva [o directorio] de la empresa [nombre la empresa] aprobó la suscripción de este contrato y la cláusula arbitral en él incluida en su sesión del día __ de ____ de __. Se autorizó a [nombre y cargo] para representar a la compañía y firmar a su nombre este documento que incluye la cláusula arbitral. El ministro de tutela de la empresa, [nombre del ministro y del ministerio] aprobó la inclusión de dicha cláusula arbitral en este contrato mediante oficio número ____, del __ de ____ de __. Copia de la decisión de [la junta directiva o directorio], así como de la autorización del ministro han sido entregadas a [la contraparte].

F. Facultades de los administradores de personas jurídicas y apoderados para suscribir acuerdos arbitrales

Las personas jurídicas para llevar adelante sus actividades deben hacerlo por intermedio de personas físicas que serán sus administradores o apoderados. Veamos ambos casos.

1. Facultades de los administradores en Venezuela

Las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada son los tipos de sociedades más usados en Venezuela. Nos vamos a referir a ellas.

Se ha convertido en una práctica muy habitual para las sociedades anónimas venezolanas, fundir en un solo documento al documento constitutivo y los estatutos que, en el CCom, figuran como separados. El documento social así integrado se le denomina “documento constitutivo-estatutario” o un término semejante.

El CCom en su artículo 215 exige que el documento constitutivo de una sociedad anónima sea inscrito

en el registro mercantil y, en adición, que sea publicado en un diario de la localidad de constitución de la compañía. Igual exigencia para las sociedades en comandita por acciones y las de responsabilidad limitada. Esa publicidad permite verificar quienes son los administradores de la sociedad y los poderes que tienen para representar a la sociedad. Como hemos de ver, esa verificación se hace muy necesaria para tener certeza quien puede, a nombre de una sociedad mercantil, suscribir un acuerdo arbitral.

En Venezuela, los administradores de una sociedad anónima actúan como mandatarios de la sociedad. Así lo dispone de manera expresa el artículo 243 del CCom que además indica que no pueden hacer otras operaciones que las establecidas en el estatuto social. Así dice la norma:

Los administradores no responden sino de la ejecución del **mandato** y de las obligaciones que la Ley les impone;
(...)
No pueden hacer otras operaciones que las **expresamente** establecidas en el estatuto social;
(...). (Negrita agregada).

Esta norma proviene de la legislación italiana de la segunda mitad del siglo XIX. No está en consonancia con las legislaciones más recientes que tratan a los administradores como órganos de la sociedad. Subsiste a pesar los varios intentos que se han hecho en Venezuela para su reforma al igual que el resto de las normas sobre sociedades mercantiles. Difiere además de lo dispuesto en el mismo CCom para las sociedades de responsabilidad limitada como hemos de ver de seguidas.

Al establecerse en Venezuela que los administradores de las sociedades mercantiles son mandatarios de éstas, sus facultades quedan limitadas a actos de simple administración. Para hacer o convenir en actos de disposición (vender, hipotecar, dar en prenda, etc.) requerirán de facultades expresas. Comprometer en árbitros ha sido tradicionalmente considerado un acto de disposición. Más adelante trataremos este tema en más detalle.

Obsérvese también que los administradores sólo pueden hacer las operaciones que “expresamente” les autorice el estatuto social. Esta es una severa limitación.

El caso de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) es distinto. El artículo 325 del CCom dispone:

Los administradores se consideran autorizados para ejecutar **los actos de administración que abarquen el objeto de la compañía**. Salvo disposición en contrario del documento constitutivo, representarán, **conjunta o separadamente**, a la compañía y podrán obligarla.

En las SRL los administradores no están limitados por un mandato y están facultados para ejecutar todos los actos que figuren en el objeto social de la compañía. Además, salvo previsión en contrario en el estatuto social, pueden actuar conjunta o separadamente. Es obvio que tienen mayor campo de acción que los administradores de las sociedades anónimas y quienes contratan con ellas tienen mayor

certeza sobre la validez y exigibilidad de los acuerdos celebrados por ellos a nombre de la sociedad, incluidos los acuerdos arbitrales.

Si los administradores de las sociedades anónimas son sólo sus mandatarios, ha de aplicarse el artículo 1.689 del CC venezolano cuando indica que el mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato y agrega que el poder para transigir no envuelve el de comprometer. Por tanto, si en el documento constitutivo de una sociedad anónima o su estatuto social, no contempla expresamente que los administradores pueden comprometer en árbitros o suscribir cláusulas arbitrales, bien puede discutirse si esa facultad corresponde entonces a la asamblea de accionistas. Por tanto, si esos administradores –que no están expresamente autorizados– suscriben un acuerdo arbitral, la validez del acuerdo queda en entredicho y podría ser anulado al considerar que acordar el arbitraje como modo de solución de controversias, excede de la simple administración. Al tratarse de un caso de nulidad relativa, correspondería a la sociedad en cuestión pedir la nulidad del acuerdo arbitral. Por esa vía quedaría desconocido el acuerdo arbitral y por tanto las partes, a pesar del acuerdo arbitral, deberán acudir a la vía judicial para resolver sus controversias.

Como ya se ha dicho, nuestra legislación sobre sociedades mercantiles sufre de avanzada senectud. La fuente primigenia de nuestras normas es el código comercial italiano de 1882.³¹ A nuestro CCom se le hizo una reforma importante en 1955 para incluir a las sociedades de responsabilidad limitada, pero desde entonces si bien se han promulgado leyes paralelas para regular el mercado de valores y otras sociedades que ejercen su actividad en sectores regulados, como banca, seguros y otros, así como los efectos del registro mercantil, el cuerpo principal de la legislación sobre sociedades –en especial, las anónimas– se ha quedado estancado, no obstante los proyectos de reforma que se han preparado.³²

Si se aplica el artículo 243 del CCom en sentido estricto, es decir, se entiende que los administradores de las sociedades anónimas son simples mandatarios, sus facultades estarían muy limitadas porque requerirían de autorización expresa para enajenar, hipotecar bienes inmuebles, tomar préstamos, convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros o suscribir cláusulas arbitrales y realizar cualquier otro acto que exceda de la simple administración. Por ello los documentos constitutivos de las sociedades anónimas, como ya dijimos, contienen largas listas de actos de disposición que pueden llevar adelante los administradores a nombre de ellas.

Como se ha visto, la legislación para las sociedades de responsabilidad limitada es más adecuada al tráfico mercantil y a la necesidad de validar los acuerdos de los comerciantes. El artículo 325 del

³¹ Morles, p. 779.

³² Morles, p. 778. Tuve el honor de formar parte de la comisión redactora del proyecto de 1988.

CCom autoriza a los administradores a ejecutar los actos que abarquen el objeto de la compañía y salvo disposición en contrario del documento constitutivo, representarán, conjunta o separadamente, a la compañía y podrán obligarla.

Este último criterio que es sin duda es más práctico y eficiente³³. De esa manera los administradores dejan de ser mandatarios y actúan como órgano societario con facultad para representar y actuar a nombre de la sociedad, así como para obligarla. Es decir, esta fórmula entiende que los administradores son el órgano de la sociedad mercantil, avenida indispensable para que ella pueda actuar, celebrar contratos con la celeridad necesaria, ser representada adecuadamente y cumplir con sus objetivos comerciales. Debe entenderse entonces que los administradores tienen todos los poderes inherentes al ejercicio de la actividad económica que es el objeto de la sociedad, a menos que la ley o el documento constitutivo y estatutos hayan atribuido la competencia a otro órgano.³⁴ Convenir en transacciones y arbitrajes para resolver controversias se inscribe con soltura entre las facultades de esos administradores.

En respaldo de esa tesis puede también argüirse que las normas del CCiv y del CCom que imponen limitaciones a las acciones de los administradores de sociedades anónimas, han sido superadas, en primer lugar, por la LAC de 1998 que no exige para la suscripción de acuerdos arbitrales de formalidades especiales ni autorizaciones específicas, salvo para las empresas del estado, tema que se ha analizado la sección V.E.

Volvamos al artículo 3º de la LAC y veamos lo que dice. La norma determina que los acuerdos arbitrales deben ser suscritos por personas, naturales o jurídicas, capaces de transigir. Pueden, por tanto, suscribir acuerdos arbitrales las personas naturales mayores de edad con plena capacidad de goce y ejercicio. Carecerán de ellas, solo en el caso de alguna incapacidad sobrevenida que les haya inhabilitado o incapacitado y requieran de asistencia o autorización. Los menores, normalmente, tiene capacidad de goce, pero para su ejercicio, deben estar también representados por quienes ejerzan su patria potestad y tengan autorización.

Las personas jurídicas tienen plena capacidad de goce y ejercicio para transigir, salvo los muy excepcionales casos en que hayan perdido sus atribuciones dispositivas. De allí que las personas naturales mayores de edad que sean comerciantes y las sociedades mercantiles, dada su natural disposición y vocación para desenvolverse en el comercio, no tienen trabas para la suscripción de acuerdos arbitrales.

La norma guarda silencio sobre las personas que actúan a nombre de otro, como son los apoderados

³³ Morles, p. 1262.

³⁴ Morles, p. 1263.

de las personas naturales o jurídicas o los administradores de sociedades mercantiles. Sobre esta materia pesan como una losa las siguientes disposiciones del CCiv:

Artículo 1.688

El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración.

Para poder transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso.

Artículo 1.689

El mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato. **El poder para transigir no envuelve el de comprometer.** (Negrita agregada).

La conjunción de estas dos normas que provienen del Código Civil francés de 1804 cuando el arbitraje decaía en aquellas tierras,³⁵ ha sido reproducida también en el artículo 154 de nuestro CPC: esas disposiciones hacían que para convenir en arbitrajes –comprometer dicen las normas, a la vieja usanza– los apoderados o representantes, debían tener facultad expresa para ello.

A nuestro juicio la evolución del Derecho venezolano en la materia arbitral ha dejado sin efecto esas rigurosas disposiciones que trababan severamente la suscripción de acuerdos arbitrales. Creemos que esas disposiciones del CC y del CPC han quedado derogadas tácitamente para el arbitraje comercial cuando entró en vigencia el artículo 3º de la LAC en 1998. Esta Ley como ley especial y de fecha más reciente, prevalece sobre aquellas normas de los citados Códigos.

Si se acepta la prevalencia de la LAC, preguntémonos: ¿si el artículo 3º de LAC que exige capacidad para transigir para quienes suscriban una cláusula arbitral, qué justifica exigir que los representantes o apoderados tengan que estar autorizados de manera expresa para “comprometer en árbitros” o suscribir cláusulas arbitrales? Parece más razonable y consistente con el artículo 3º de la LAC decir que los apoderados o representantes de comerciantes o sociedades con facultades para transigir a nombre de sus representados, puedan válidamente y en su nombre suscribir cláusulas arbitrales o “comprometer” en árbitros.

Además de la LAC de 1998, como ya se ha dicho, debe recordarse que la CN de 1998 con sus artículos 253 y 258 ha consagrado al arbitraje como una forma normal de solución de controversias. La segunda de esas normas exhorta al legislador a promoverlo juntos con los otros modos alternativos de solución de conflictos.

Ese texto constitucional ha sido reforzado por la SC en su sentencia 1.541/08 en la que sostuvo “toda norma legal o interpretación judicial que lo contraríe debe considerarse **reñida al texto fundamental**

³⁵ *Ver Jallamion, Carine, op. cit.* Ella explica como Napoleón Bonaparte, a comienzos de siglo XIX, como emperador limita severamente al arbitraje cuando crea una nueva judicatura para la materia civil, la comercial y otra para asuntos administrativos. Si bien el arbitraje en Francia no desaparece totalmente, se eclipsa, tanto en el CCiv como en el CPC franceses que se promulgan entonces. Los textos de esos códigos franceses difieren de la tradición hispánica que era pro-arbitraje y como influyen o se copian en las leyes y códigos que se dictan en España y en Hispanoamérica, propenden en muy buena medida, al adormecimiento del arbitraje en nuestros territorios. Es a finales del siglo XX y en lo que va del siglo XXI cuando el arbitraje recupera su vigor.

y, por tanto, **inconstitucional.**” (Negrita agregada).

La aplicación de esos criterios lleva a concluir que en Venezuela el arbitraje, hoy en día, es una forma natural y normal de solución de controversias. Lo es, al menos a partir de esa sentencia 1.541/08 que también dijo con claridad que el arbitraje no era un modo excepcional para dirimir diferencias. Al contrario, es un modo normal, sobre todo para los comerciantes que procuran encontrar un modo privado y expedito de resolver sus conflictos. Por tanto, exigir formalidades o autorizaciones especiales a los comerciantes o a las sociedades mercantiles, estaría en contradicción con la interpretación constitucional que favorece el arbitraje.

Creemos que pactar arbitrajes comerciales no debe requerir otras formalidades que aquellas especialmente previstas en la ley especial. Si el artículo 3º de la LAC exige que quienes las suscriban tengan capacidad para transigir, no es consecuente que quienes hayan de representarlos –como apoderados de personas naturales y jurídicas o administradores de sociedades mercantiles– deban tener alguna facultad expresa adicional a la de transigir.

En consecuencia, no se justifica exigir que los representantes o apoderados tengan que estar autorizados de manera expresa para “comprometer en árbitros” o suscribir cláusulas arbitrales. Definitivamente, es más razonable y consistente con el artículo 3º de la LAC que los apoderados o representantes de comerciantes o sociedades con facultades para transigir a nombre de sus representados, puedan válidamente y a nombre de ellos, suscribir cláusulas arbitrales o “comprometer” en árbitros.

Como hemos de ver en la sección V.F.3, en el comercio internacional el arbitraje internacional se rige por el principio *pacta sunt servanda* que favorece la preservación de los acuerdos de arbitraje que hayan sido suscritos. Es contrario a ese principio desconocer los acuerdos arbitrales libremente suscritos máxime en un contrato de larga duración que sido ejecutado por mucho tiempo y el pretendido desconocimiento se plantea sólo cuando surge una disputa. De igual manera, la obligación de actuar de buena fe exigida por el artículo 1.160 de nuestro CCiv impone respetar y cumplir los acuerdos. Esos criterios que allí explicaremos son trasladables al campo del arbitraje en Venezuela porque el arbitraje es una institución reconocida y favorecida por su sistema jurídico desde la Constitución que ordena su promoción.

2. *Autorizaciones expresas en el caso venezolano*

Mientras no se despeje totalmente el tema de las facultades de los administradores de las sociedades anónimas para suscribir acuerdos arbitrales, conviene evitar riesgos y sinsabores. Por ello cuando se negocie con una contraparte la cláusula arbitral en un contrato y esa contraparte sea una sociedad anónima constituida en Venezuela, siempre será conveniente cerciorarse sobre qué autorizaciones son

necesarias y sobre quien puede obligar a esa sociedad en una cláusula arbitral.

Ocurre que el CCom venezolano no contempla un sistema rígido para la administración de las compañías anónimas, por el contrario, da una libertad absoluta a los socios para que establezcan el que ellos prefieran. Por ello, en Venezuela se adoptan sistemas de administración hechos a la medida y enormemente variados lo que, aconseja cerciorarse con esa revisión estatutaria quien o quienes pueden celebrar, a nombre de la compañía, un contrato específico.

Aunque las posibilidades para establecer el régimen de administración de una sociedad mercantil son muchas, es habitual, que se escoja entre dos sistemas. Uno de administración unipersonal o también de dos personas, para las empresas de menor tamaño y con pocos accionistas. Y otro de administración colectiva, mediante una junta directiva, para las empresas de mayor tamaño y varios accionistas.

Es habitual que a los administradores cuando son personas individuales se les atribuya facultades para actuar, conjunta o separadamente, a nombre de la compañía y convenir en actos de disposición haciendo una enumeración exhaustiva. Debe entenderse que también pueden convenir en acuerdos arbitrales, salvo que se les prohíba expresamente. En este último caso, muy poco común, correspondería a la asamblea de accionistas aprobar un acuerdo arbitral.

Cuando la administración está atribuida a un cuerpo colectivo, como una junta directiva, es habitual que ella deba aprobar actos de disposición, incluyendo un acuerdo arbitral. Luego de recibida esa aprobación, normalmente se faculta al presidente de la compañía, o a alguno sus gerentes u otros funcionarios o apoderados, para que suscriban el documento correspondiente a nombre de la compañía.

También es posible que las sociedades mercantiles confieran facultades específicas, incluyendo actos de disposición, a funcionarios como el presidente, vicepresidente o gerente. En Venezuela se ha utilizado la figura del representante judicial a quien se atribuye la facultad de actuar por la compañía y representarla en todo tipo de procesos, judiciales o no, incluidos los arbitrales. Estos funcionarios pueden estar autorizados para suscribir acuerdos arbitrales.

Para evitar conflictos debates y disputas, insistimos en la necesidad de revisar el documento constitutivo y estatutos de la empresa registrados y publicados con la que se va a celebrar un acuerdo arbitral. Cuando se negocia un contrato y allí se inserta una cláusula arbitral es recomendable pedir a la contraparte copias de los documentos estatutarios, o revisarlos en el registro mercantil, para tener certeza de quien está facultado para suscribir el acuerdo arbitral. De esa manera se puede adquirir certeza sobre quien puede actuar a nombre de la compañía y que aprobaciones se requieren (junta

directiva, asamblea). No debe olvidarse que, si una empresa no ha actuado siguiendo las previsiones de esos documentos, podrá alegar más tarde y podría ser acordada la nulidad del acuerdo arbitral. Nulidad esta que es relativa, por tanto, la acción sólo corresponde a la empresa que no obtuvo las aprobaciones exigidas por sus documentos de constitución.

Es recomendable dejar constancia en el contrato que incluye la cláusula arbitral, si se requiere la aprobación de la junta directiva, una disposición que diga algo como esto:

La junta directiva [o directorio] de la empresa [nombre la empresa] aprobó la suscripción de este contrato y la cláusula arbitral en él incluida en su sesión del día __ de ____ de __. Se autorizó a [nombre y cargo] para representar a la compañía y firmar a su nombre este documento. Copia de la decisión de [la junta directiva o directorio] ha sido entregada a [la contraparte].

De ser uno sólo el administrador y ser él quien suscribe el contrato con la cláusula arbitral incluida, conviene dejar constancia de la cláusula del documento constitutivo y estatutos que le autoriza. O de ser el caso, obtener copia y citar los datos de la aprobación por la asamblea de accionistas.

3. Facultades de los administradores en el arbitraje internacional

Debido a las dificultades que muchas veces se presentan para determinar quien representa legítimamente a una persona jurídica, en particular, una sociedad mercantil, algunos países han procurado quitar al arbitraje la condición de acto de disposición. De esa manera, quien represente a una sociedad mercantil, no requerirá de facultades expresas para suscribir un acuerdo arbitral.

La ley arbitral peruana es la más avanzada que hemos encontrado sobre esta materia, su artículo 10, dispone:

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.
2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Esta ley procura facilitar la suscripción de acuerdos arbitrales, suprimiendo la necesidad de aprobaciones o autorizaciones especiales o expresas. Se deja establecido que los administradores de una persona jurídica, con su solo nombramiento, están facultados para suscribir acuerdos arbitrales. A su vez, cuando se autoriza alguien para suscribir un contrato a nombre de la sociedad, sin necesidad de decirlo expresamente, se le faculta para someter a arbitraje las controversias que deriven de ese contrato. Sin duda alguna, ambas previsiones facilitan la suscripción y la validez de acuerdos arbitrales.

En otros países, por ejemplo, Argentina, se acepta el concepto de mandato aparente.³⁶ Este se da cuando las circunstancias que rodean una gestión hacen razonable suponer que una persona obra válidamente a nombre de otro. El tercero de buena fe que contrata cree por razones serias que había un mandato suficiente para el acto o contrato que se suscribe. En esos casos, la ley se inclina por la validez y fuerza obligatoria del acuerdo o contrato, protegiendo de ese modo la seguridad jurídica.

El artículo 367 del Código Civil y Comercial argentino dispone:

Representación aparente. Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante.

Igual ocurre en Colombia³⁷ donde el artículo 842 de sus Código de Comercio, dispone:

Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exentos de culpa.

En México³⁸ también se contempla la teoría de la representación aparente. Se da cuando una persona actúa en nombre de otra que, de forma tácita y reiterada, dando a entender que se le ha facultado para celebrar actos o negocios en su nombre, con apariencia de representante, induciendo a un tercero a creer la legitimidad de su actuación y, por lo tanto, se le reconocen efectos jurídicos a la misma.

En España, explica el profesor Jesús Alfaro Águila-Real³⁹ que el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital española establece tres reglas para delimitar el ámbito la representación aparente. La primera, el poder de los administradores se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social; la segunda, es que la excepción de exceso de poder (actos que excedan el objeto social) no es oponible por la sociedad a terceros que hubieran actuado de buena fe y sin culpa grave, es decir, terceros que creyeran que los administradores estaban actuando dentro del ámbito de su poder y que no hubieran podido saber la verdad (que estaban actuando fuera del objeto social) desplegando la mínima diligencia exigible a cualquier persona, diligencia que no incluye una obligación de consultar los estatutos inscritos en el registro; y la tercera regla, las limitaciones al poder de representación contenidas en los estatutos, incluyendo aquellas que reducen las competencias del órgano de administración a favor de la asamblea de accionistas, en comparación con el modelo legal que atribuye a los administradores el poder para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, no son oponibles a terceros.

En Francia la jurisprudencia también ha dado cabida a la representación aparente. La Corte de

³⁶ Merhar, Gastón.

³⁷ Gómez Espinoza, Margarita María y otros.

³⁸ Ídem.

³⁹ *La representación de la sociedad por los administradores*, 2018, ver en <https://almacendederecho.org/la-representacion-de-la-sociedad-por-los-administradores>

Casación⁴⁰ ha dicho:

El mandante puede quedar obligado sobre la base de un mandato aparente, aunque no haya culpa de su parte, si la creencia del tercero sobre la extensión de los poderes del mandatario es legítima porque las circunstancias del caso eximen al tercero de verificar los límites exactos de ese poder.

El lenguaje que utiliza la Corte francesa impone el examen de cada caso. Serán las circunstancias de hecho específicas las que darán validez al mandato. Esas circunstancias deben haber alentado al tercero contratante a creer de buena fe que su interlocutor estaba plenamente facultado para actuar por su mandante.

En los países que han adoptado estas reglas se prefiere la eficacia y validez de los contratos pactados a eventuales nulidades o invalidaciones, cuando quien representa una sociedad se presenta como su administrador o como funcionario autorizado. Supone una confianza o creencia legítima de quien actúa como contraparte de que la sociedad está debidamente representada. Estas reglas son también aplicables a los acuerdos arbitrales.

4. Facultad de los apoderados para suscribir cláusulas arbitrales

En el mundo comercial es común que para muchos asuntos se actúe mediante apoderados. Tal manera de actuar puede darse tanto en el caso de personas naturales como de personas jurídicas.

Siempre conviene precisar que no debe confundirse el tema de la capacidad para suscribir una cláusula arbitral (o cualquier otro contrato) con el de las facultades o poder que debe tener quien la suscriba a nombre de otro como apoderado. Son dos asuntos diferentes.

Una persona natural puede ser plenamente capaz para actuar por sí misma, pero en cambio ocurre que no tiene el poder para actuar en nombre de otro. Este otro puede haberlo autorizado para actuar a su nombre para ciertos actos, pero no le ha dado poder para que en su nombre y representación suscriba transacciones o acuerdo arbitrales. También puede ocurrir que un incapaz pueda actuar a nombre de una persona capaz para suscribir un acuerdo arbitral, pero en cambio él por sí mismo, por ser incapaz, no puede suscribir una cláusula arbitral.

Cuando las personas naturales mayores de edad actúan representadas por un mandatario, ya hemos expresado en las secciones anteriores que a la luz del artículo 3º de la LAC, el poder para transigir ha de ser suficiente para suscribir un acuerdo arbitral en materia comercial. Pero es preferible ser precavido y evitar riesgos. Por ello en la medida de lo posible, es prudente asegurarse que el texto del poder del apoderado de la contraparte incluya la facultad expresa de pactar arbitrajes. Así se evita una eventual aplicación, si bien indebida, del artículo 1689 del del CCiv o del 154 del CPC que exigen

⁴⁰ Cass., 13 déc. 1962, n° 57-11.569, Bull. Ass. plén. N. 2. Traducción del autor

poder expreso para “comprometer”.

G. Efectos del acuerdo de arbitraje

El acuerdo de arbitraje impone a las partes acudir a acudir al arbitraje. Las partes, no obstante, pueden derogar ese acuerdo. Veamos ambos temas.

1. El efecto contractual

El acuerdo arbitral produce como principal efecto obligar a las partes que lo han suscrito, a una obligación de hacer, dirimir controversias que ya existen o que puedan producirse en el futuro, ante árbitros; y a una obligación de no hacer, se obligan a no acudir ante los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Irán a arbitraje las controversias previstas en el acuerdo arbitral. Por ello y para evitar discusiones sobre cuáles controversias deben ir a arbitraje y cuáles a la jurisdicción ordinaria, las cláusulas arbitrales se redactan, la mayor parte de las veces, en términos muy amplios, tales como, “todas las controversias que surjan de este contrato”, también “todas las controversias que se originen o guarden relación con este contrato.” De esa manera, las partes dejan claramente establecido su intención inequívoca de arbitrar todos los conflictos que deriven de esa específica relación contractual.

Si bien esa es la redacción más común de las cláusulas arbitrales, también es posible, convenir en arbitrar algunas disputas y dejar otras para la jurisdicción ordinaria

El único aparte del artículo 5º de la LAC que aquí se comenta lo expresa de manera terminante y categórica:

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.

El acuerdo de arbitraje, como todo contrato, impone obligaciones a las partes, a la vez que les confiere derechos. Incumplirá su obligación contractual aquella parte que pretenda sustraerse del arbitraje acudiendo a la jurisdicción ordinaria sin la anuencia o conformidad de su contraparte.

La obligación de arbitrar se activará cuando una de las partes, surgida una disputa que esté cubierta por una cláusula arbitral, demande a su contraparte en arbitraje para exigirle el cumplimiento de prestaciones contractuales o la resolución de del contrato, más la indemnización de daños y perjuicios, en uno u otro caso, intereses y costas procesales.

De esa manera el demandante cumple con su obligación de arbitrar al acudir a esa jurisdicción para encontrar solución a la disputa. Su contraparte cumplirá, a su vez, con su obligación cuando acepte el procedimiento arbitral y someta sus defensas al conocimiento de los árbitros.

Las obligaciones de ambas partes no concluyen allí. Ambas deben contribuir a que el arbitraje transcurra adecuadamente, sin perjuicio de hacerse representar para alegar y probar con la firmeza y la destreza profesional necesaria sus derechos y sus defensas. Si el demandado en arbitraje opta por no comparecer, el arbitraje transcurrirá en su ausencia y concluirá con el laudo final que, salvo circunstancias excepcionales que le permitan pedir y obtener su anulación (artículos 43 y 44 de la LAC), le será plenamente oponible con efecto de cosa juzgada.

2. El efecto jurisdiccional

El acuerdo arbitral es un acto de derecho privado que se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, dos o más partes con plena capacidad para disponer de sus derechos, deciden que una controversia disponible que ya haya surgido, o una que pueda surgir en el futuro, se resuelva mediante arbitraje. Es decir, la controversia será conocida, tramitada y decidida por personas naturales que no está investidas como miembros de la judicatura. Estas personas, los árbitros, tendrán la facultad de dictar un laudo decisorio. Es decir, un laudo que tendrá efectos dirimentes y, además, producirá cosa juzgada.

Como puede verse, el arbitraje tiene una naturaleza mixta. Nace de un acto esencialmente privado, un contrato, un acuerdo de partes que actúan libremente y en ejercicio de derechos que le son reconocidos y que resuelven apartarse de la jurisdicción ordinaria para dirimir un conflicto. El efecto público se da porque la judicatura, luego de suscrito el acuerdo arbitral, no puede ni conocer ni decidir la controversia.

El acuerdo arbitral debe llenar los requisitos típicos de cualquier contrato y a su vez produce los efectos de una relación contractual, pero en adición, produce un importante efecto jurisdiccional. El acuerdo de arbitraje suprime y separa un conflicto de la jurisdicción ordinaria que, sin el pacto arbitral, habría de conocerse, procesarse y decidirse allí. El pacto arbitral lo aparta y lo lleva a otro terreno, el arbitral, donde encontrará su solución mediante un acto, el laudo, que la ley le otorga, al igual que una sentencia judicial, el efecto de cosa juzgada.

H. Arbitraje con no signatarios

El acuerdo arbitral, como hemos dicho antes, es un contrato consensual. Por tanto, sólo quienes hayan dado su consentimiento quedan obligados por el acuerdo arbitral. A su vez, para beneficiarse del acuerdo arbitral o, en todo caso, para invocarlo como parte del mismo, habrá que haberlo suscrito, es decir, firmado por las partes o aceptado en un intercambio de documentos. Queda claro que no se podrá obligar a un arbitraje a quien no sea parte del acuerdo arbitral. A su vez, sólo podrá exigirse el cumplimiento del acuerdo arbitral, a quien o quienes sean parte del mismo.

Estas reglas derivan del artículo 1.166 del Código Civil que establece el principio del efecto relativo

de los contratos:

Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley.

Los terceros, como regla general, no podrán acudir al arbitraje y no podrán tampoco ser obligados a comparecer en un proceso arbitral.

Bien sabemos que, si bien existen muchas normas legales que establecen principios indubitables como el que se acaba de citar, también hay excepciones o en todo caso situaciones de hecho que, pueden quebrar en buena medida, esa inflexibilidad.

Así ha ocurrido con esta materia. La jurisprudencia arbitral, respaldada por la judicial y también la doctrina, han encontrado casos de terceros que, aunque no hayan dado su consentimiento expreso al acuerdo arbitral son, sin embargo, llamados a comparecer a un proceso arbitral o se les autoriza a participar en un arbitraje cuando así lo piden. Para justificar esas presencias e incorporaciones, se habla de consentimientos implícitos, de falsos terceros, de grupos de empresas, también de *alter egos* y otras fórmulas.

El caso más citado sobre este tema y que marcó la pauta para incorporar a partes no signatarias a un proceso arbitral, fue el laudo interino dictado en 1982 en el arbitraje CCI N° 4131 de *Dow Chemical AG* (Suiza) contra *Isover Saint Gobain*, una empresa francesa. Ambas empresas estaban vinculadas por un contrato y otra empresa del grupo *Dow*, la sociedad *Dow Chemical Europe*, tenía a su vez un contrato con *Isover Saint Gobain*. Cada contrato, por separado, establecía que las controversias que surgieran entre ellas se resolverían por arbitraje de acuerdo con el reglamento de arbitraje de la CCI.⁴¹

Como resultado de las diferencias surgidas entre las partes, *Dow Chemical* (Suiza) y *Dow Chemical Europe*, así como la subsidiaria *Dow Chemical* (Francia), a las que se agregó también la empresa matriz *Dow Chemical Company* (Estados Unidos), demandaron por la vía arbitral a *Isover Saint Gobain* ante la CCI. La demandada, *Isover Saint Gobain*, opuso como defensa que el tribunal arbitral no tenía competencia para conocer la demanda de la subsidiaria francesa y de la matriz estadounidense, porque la cláusula arbitral no había sido suscrita por ellas en el contrato *Dow Chemical* (Suiza)-*Isover*.

El tribunal arbitral descartó esos alegatos y afirmó su competencia sobre la subsidiaria francesa y la matriz de Estados Unidos. El tribunal arbitral concluyó que las circunstancias en las que se habían celebrado los contratos y el desarrollo de la relación contractual demostraron la participación tanto de la subsidiaria francesa, como de la matriz estadounidense. También estimó que *Dow Chemical*

⁴¹ Soto Coaguila, Carlos A, p. V y sgtes.

Company, de Estados Unidos, era el eje central de ambas relaciones contractuales.

El tribunal arbitral se expresó así:

[L]a cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo [Dow] debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con **la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso**, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen.⁴² (Negritas agregadas).

La demandada *Isover* recurrió la nulidad del laudo⁴³ del laudo ante la Corte de Apelación de París que alegando que el tribunal arbitral había pronunciado un laudo sin que existiese cláusula arbitral. La Corte negó la anulación y validó el laudo arbitral, cuando sostuvo:

[S]iguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la **voluntad común de todas las empresas involucradas**, que *Dow Chemical France* y *The Dow Chemical Company* (USA) revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable.⁴⁴ (Negritas agregadas).

Es importante destacar que, tanto el laudo como la sentencia judicial, ponen de relieve la “voluntad común” de las partes a las que se extiende el acuerdo arbitral, aunque no lo hayan suscrito. De esa manera, estas decisiones, acogen como criterio el consentimiento implícito para aceptar la incorporación de partes no signatarias del acuerdo arbitral.

Vale la pena poner de relieve el criterio allí acogido, es decir, la “voluntad común”, o el consentimiento implícito de los interesados que fueron llamados al arbitraje, porque los académicos belgas Bernard Hanotiau –gran especialista en el tema– y Erica Stein⁴⁵ sostienen que ese es el camino que debe seguirse, fundamentado en el derecho de los contratos. Compartimos esa opinión.

Ellos afirman –y nos unimos– que “[en]n todo caso, el consentimiento de las partes es el elemento primordial para extender los efectos del convenio arbitral.” Estiman que en esa decisión no se usó el término “grupo de empresas” con el que se ha pretendido justificar que las empresas de un mismo grupo económico están necesariamente obligadas, o pueden beneficiarse, de una cláusula arbitral suscrita por una de ellas. Para estos autores sólo el consentimiento implícito que surge de la conducta de los interesados en la negociación y ejecución de un contrato es el elemento que permite atraerlos

⁴² Transcripción y traducción en Soto Coaguila, Carlos A., op. cit.

⁴³ De acuerdo con la ley arbitral francesa (al igual que la suiza), el laudo puede ser anulado si el tribunal arbitral se ha declarado erróneamente que es competente o incompetente (arts. 1492.1 y 1520.1 del Código de Procedimiento Civil francés vigente luego de su reforma por el Decreto 2011-48 del 13 de enero del 2011) . Es preciso anotar que la LAC, al igual que la Ley Modelo, no contemplan esa causal de nulidad de un laudo.

⁴⁴ Transcripción y traducción en Soto Coaguila, Carlos A., op. cit.

⁴⁵ Hanotiau y Stein, p. 57 y sgtes.

al mismo y hacerlos partícipes del acuerdo arbitral.

Creemos que la ley de arbitraje más avanzada en esta materia es la ley peruana de 2008. De hecho, debe ser la única ley arbitral que la contiene en su articulado. En efecto, su artículo 14° dispone:

Artículo 14°.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo **consentimiento de someterse a arbitraje**, según la buena fe, se determina por su **participación activa** y de manera determinante en la **negociación, celebración, ejecución o terminación** del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. (Negrita agregada).

Como puede verse, la norma copiada extiende el acuerdo arbitral a quienes hayan expresado su consentimiento de manera implícita. Ese consentimiento, según la buena fe, surge de la participación activa de una persona natural o jurídica en la creación y ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral. La norma peruana adopta, sin duda alguna, el criterio del consentimiento implícito que propugnan los citados académicos belgas.

Si bien se incorpora al acuerdo arbitral a quienes no son signatarios, no se abandona el origen y fundamento contractual del arbitraje. Como se sabe, el arbitraje nace de un contrato y a ese contrato se incorporan quienes lo han suscrito y, también, a otras personas que, dada su actuación respecto de un acuerdo arbitral, son igualmente partícipes. De la misma manera y con fundamento en la buena fe que, como regla de conducta, nos obliga a todos, ha de entenderse que la actuación de algunos justifica de manera indubitable sumarlos al acuerdo arbitral.

El académico y árbitro peruano, Alfredo Bullard González,⁴⁶ explica algunas de las situaciones que permiten incorporar al acuerdo arbitral a personas que no lo hayan suscrito. Bullard enumera los siguientes casos:

- a) Incorporación por referencia: Cubre el supuesto que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo.
- b) Representación y agencia: Un primer caso de aplicación es la incorporación al arbitraje del agente o representante de una empresa que si ha firmado el convenio arbitral. Por ejemplo, una empresa extranjera utiliza como representante comercial o agente a una empresa local, la que supuestamente actúa para concretar la venta, pero desarrolla una actividad que va más allá de esos alcances. Por ejemplo, pasa a ejecutar directamente las obligaciones del contrato (sin estar formalmente obligada a ello) llegando en ocasiones a facturar directamente por la ejecución de las prestaciones a cargo de la empresa extranjera. Luego, cuando surge la

⁴⁶ Bullard, p. 32 y sgtes.

controversia, el agente se niega a arbitrar sosteniendo que él no es parte en el contrato ni en el convenio arbitral, al no haberlo suscrito. Otro alcance es el caso de la empresa que es autorizada por otra a usar sus marcas o imagen comercial y en base a dicho uso, autorizado y apoyado abiertamente por la empresa principal, consigue clientes. Si bien formalmente solo la franquiciada o agente comercial suscribe los contratos, en los hechos hay una participación activa de la titular de las marcas y la imagen comercial en la ejecución del contrato. En esos casos la principal podría ser incorporada al arbitraje. En los casos reseñados no parecería necesaria la existencia de vinculación de propiedad (accionariado) entre las empresas, siendo suficiente su participación activa del agente principal o de la empresa franquiciadora, en su caso. Desde otra perspectiva el cliente tampoco podría negarse a la participación del agente o representante que gestionó directamente la ejecución del contrato y que no suscribe el convenio arbitral, si consintió y aceptó dicha gestión.

- c) Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de actos propios: Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Esta es una simple derivación de la doctrina conocida en el *common law* o en derecho internacional como *estoppel*, o en los ordenamientos de origen romano germánico, como doctrina de los actos propios.
- d) Levantamiento del velo societario/Grupos de sociedades: el contexto de la existencia de un convenio arbitral plantea un doble problema, lo que hace aún más complicada la aplicación de esta teoría. A diferencia de un caso judicial en la que el juez enfrenta un importante pero único reto de relativizar el principio de responsabilidad limitada, en el caso de que exista una cláusula arbitral, la propia competencia del árbitro depende del levantamiento. El árbitro tiene que declararse competente para juzgar a una empresa o persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia. A ello se le añade el problema que, al inicio del arbitraje, aún no se han evacuado las pruebas, con lo que es difícil saber si corresponde o no levantar el velo e incorporar a la persona en cuestión como parte. Por eso los árbitros suelen verse forzados a tomar la decisión de asumir provisionalmente competencia hasta poder determinar en el laudo si existe o no los elementos para levantar el velo. En ese momento recién está claro que es competente y que puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. No son pues casos fáciles bajo ningún punto de vista.
- e) Contrato a favor de tercero: Es perfectamente legítimo que las partes que celebren un contrato a favor de un tercero, sea bajo el artículo 1.164 del Código Civil venezolano, o bajo alguna otra modalidad, pacten arbitraje. Pero la pregunta es cuál sería la consecuencia de que

el beneficiario del contrato, que no lo ha suscrito, y por tanto tampoco ha suscrito el convenio arbitral, pudiera invocar o ser obligado a ir a arbitraje.

- f) Acción oblicua. Ocurre que no siempre el beneficio que se pretende derivar de un contrato proviene de un contrato a favor de tercero. Es el caso de la acción oblicua, contemplada en el artículo 1.278 del Código Civil venezolano, que faculta al acreedor a ejercer, en vía de acción, los derechos de su deudor.
- g) Cesión, novación y subrogación. Puede también derivarse el consentimiento implícito en supuestos como: novación por cambio de deudor, cesión de derechos o de crédito, cesión de posición contractual o subrogación legal o convencional. En todos estos casos los suscritores originales de un contrato y de su acuerdo arbitral son sustituidos por otros participantes que ocupan las posiciones de aquellos. Nos luce difícil determinar a priori si el pacto arbitral puede extenderse a los recién incorporados como partes. Será preciso examinar las circunstancias de cada caso y los acuerdos que se pacten para determinar esas partes sustitutas quedan obligadas o pueden beneficiarse del acuerdo arbitral suscrito en el original.

Creemos que en todos esos casos priva la noción de que el nuevo actor –no signatario del acuerdo arbitral– queda, no obstante, vinculado por la cláusula arbitral porque, de manera expresa o implícita, ha dado su consentimiento.

I. Revocación del acuerdo arbitral

1. Revocación expresa

Las partes del acuerdo arbitral pueden dejarlo sin efecto, de manera expresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1159 del Código Civil venezolano ⁴⁷que permite la revocación de un contrato por mutuo consentimiento. De esta manera, las partes derogarían, por escrito, el compromiso arbitral, o bien, la cláusula arbitral inserta en un contrato.

2. Revocación tácita

También puede derogarse o revocarse el acuerdo arbitral de manera tácita. Así ocurre cuando una de las partes demanda a la otra ante un tribunal de la jurisdicción ordinaria y la demandada, en lugar de oponer como primera defensa la declinatoria de jurisdicción para que la disputa se resuelva en arbitraje, opta por allanarse a la escogencia hecha por el demandante.

En ese caso, el demandado no exigirá que se acuda al arbitraje y opta, con su silencio, a que la disputa se resuelva en los tribunales judiciales. Si así ocurre, se estima que ambas partes han renunciado a

⁴⁷ El texto del artículo dice: “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.”

hacer valer sus derechos en la jurisdicción arbitral y optan por la judicial, sin consecuencias adversas para ninguna de ellas.

3. *Ausencia de revocatoria*

El artículo 9 de la Ley Modelo señala que no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas. Por tanto, en aquellos países que hayan adoptado esta norma en sus leyes de arbitraje, quienes hayan suscrito cláusulas o compromisos arbitrales, podrán siempre acudir a tribunales judiciales para solicitar medidas cautelares y, de ser acordadas, hacerlas cumplir.

Si bien LAC venezolana no contiene esa norma, la SC del TSJ en su sentencia del caso Astivenca, en consonancia con la misma, la doctrina y jurisprudencia internacional, dejó establecido que aún cuando una de las partes que haya suscrito una cláusula arbitral, no renuncia a ella, si acude a un tribunal judicial, con el sólo propósito de pedir una medida cautelar contra su contraparte, antes de la constitución o instalación del tribunal arbitral. Por tanto, aun cuando se acuda al Poder Judicial para obrar contra la contraparte cuando aún no esté en funciones el tribunal arbitral, únicamente para instrumentar una medida preventiva, fundamentada en buen derecho y peligro en la mora, la cláusula arbitral pactada mantiene plenamente su fuerza obligatoria. Así lo expresó la sentencia Astivenca:

Ahora bien, una vez reconocido (...) el poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral antes del inicio de las actuaciones arbitrales, **sin que ello pueda interpretarse como una renuncia tácita al compromiso arbitral**; debe igualmente señalarse que el ejercicio de tal potestad por parte de los mencionados órganos jurisdiccionales (...) se encuentra limitada y sometida a los principios y normas aplicables, tales como los criterios atributivos de competencia para el conocimiento de la solicitud de medida cautelar -vgr. Ubicación del bien- o las normas adjetivas y sustantivas aplicables, tales como **la verificación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares** -presunción de buen derecho y peligro de mora- o la tramitación de la oposición a las medidas acordadas. (Negritas agregadas).

Conviene advertir que la sentencia no contempla, a diferencia de la Ley Modelo, que se pueda acudir a los tribunales judiciales para solicitar medidas precautorias, cuando el tribunal arbitral ya se hubiere constituido. La sentencia señala que el poder cautelar conferido a los jueces se agota y se traslada al tribunal arbitral tan pronto como éste se constituya. La sentencia Astivenca se expresó en estos términos:

Así pues, el ejercicio del mencionado poder cautelar se agota en la medida que la controversia sea sometida a su jurisdicción natural y una vez constituida ésta, el respectivo órgano arbitral tendrá plenas facultades conforme al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, para modificar, ampliar o revocar las medidas cautelares previamente otorgadas. (Negritas en el original).

Dice la sentencia Astivenca que tampoco podrá acudirse a los jueces para pedir medidas preventivas,

cuando las normas del reglamento arbitral escogido por las partes para regir el procedimiento arbitral, contemple la posibilidad de designar árbitros de emergencia para atender esas solicitudes de medidas. Así se expresó la sentencia:

El tribunal sólo podrá decretar medidas cautelares, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia, que prevea el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos infra, salvo que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros ad hoc para el otorgamiento de tales medidas -vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje.

Es preciso destacar que la sentencia señala que la medida cautelar acordada por el tribunal judicial decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido

La SC ordenó la publicación de la sentencia Astivenca en la Gaceta Oficial e indicó que la sentencia “fija la interpretación vinculante respecto al sistema arbitraje y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial”.

J. Ineficacia y nulidad del acuerdo arbitral

Como se ha visto en la sección V.A.6 una cláusula arbitral defectuosa o equívoca puede conducir a la ineficacia de la cláusula arbitral. Puede ocurrir que las “patologías” o defectos de la cláusula sean tan evidentes que la demanda arbitral no sea admitida para su trámite por el centro arbitral ante el que se presenta. Esa situación es poco común porque el centro arbitral, salvo que el defecto sea muy obvio, preferirá que la decisión que concluya en la ineficacia o invalidez por defectos de forma una cláusula arbitral sea adoptada por un tribunal arbitral. Por tanto, muy probablemente, el centro arbitral admitirá a trámite la demanda, la comunicará a la parte demandada y de allí partirán las gestiones para la constitución del tribunal arbitral que, seguramente a instancia de la demandada, deberá pronunciarse sobre la ineficacia de la cláusula arbitral. Si una cláusula arbitral es declarada ineficaz, el proceso arbitral termina y la disputa de las partes deberá resolverse en la jurisdicción ordinaria.

También puede ocurrir que una de las partes y por otras causas alegue la nulidad de la cláusula arbitral. Como se ha visto, el acuerdo arbitral, como cualquier otro convenio suscrito por personas naturales o jurídicas para ser plenamente eficaz, debe nacer del libre consentimiento de las partes, con un objeto válido, suscrito por personas capaces y sin vicios del consentimiento. En adición, debe cumplir con los requisitos de forma que en el caso de la legislación venezolana, se resume –Art. 6° de la LAC– en que conste por escrito.

La ausencia o menoscabo de alguno de esos requisitos puede dar lugar a la nulidad, a la ineficacia o

la imposibilidad de dar cumplimiento al acuerdo arbitral.

En las secciones V y VI nos referimos a la ausencia de consentimiento cuando quien suscribe una cláusula arbitral no tiene la capacidad para hacerlo. Ese sería el caso de un menor o de otro incapaz que actúe sin la debida representación y sin autorización judicial. Tampoco habrá consentimiento válido si el representante o apoderado que actúa a nombre de una sociedad o de una persona natural, no está suficientemente facultado para suscribir una cláusula arbitral a nombre de sus representado.

También se ha señalado en la sección V.C que el objeto de la controversia de las partes debe ser arbitrable. El encabezamiento del artículo 3° de la LAC establece que pueden arbitrarse aquellos asuntos que las partes puedan transigir. Las siguientes normas de esa disposición legal, establece inarbitrabilidades objetivas. No pueden arbitrarse, por ejemplo, controversias sobre delitos o faltas, controversias sobre atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público, tampoco sobre el estado y capacidad de las personas y otros asuntos allí señalados. También hay allí inarbitrabilidades subjetivas, como aquella que impide acuerdos arbitrales celebrados por incapaces que actúen sin la debida representación y sin autorización judicial.

También pueden darse casos de nulidad de cláusulas arbitrales cuando haya habido vicios del consentimiento. No abundan, pero pueden darse casos donde se aleguen vicios del consentimiento como error, dolo o violencia para invocar la nulidad de acuerdos arbitrales.

Ocurre que el artículo 6° de la LAC impone una protección para quienes suscriben cláusulas arbitrales en formularios pre-impresos. Se intenta proteger a la parte más vulnerable que acepta un contrato y una cláusula arbitral sin poder modificar su contenido. La norma legal dispone que 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. El incumplimiento de esta norma debe acarrear la nulidad de la cláusula arbitral.

El tema de la nulidad de la eventual nulidad de la cláusula arbitral exige, por su parte, determinar quién tiene la competencia para conocer de esa materia, decidir si se trata de una nulidad absoluta o relativa, acordar la nulidad si es procedente y fijar los efectos de la nulidad cuando ella se pronuncie.

1. A quien compete decidir la nulidad de una cláusula arbitral

Los artículos 7° y 25 de la LAC disponen que “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**” (negrita agregada)⁴⁸. Por tanto, si se plantea nulidad de un acuerdo arbitral,

⁴⁸ El artículo 25 de la LAC, que junto con las demás normas contenidas en los capítulos III y IV de esa ley se refieren al arbitraje independiente.

cualquiera que sea su causa, corresponderá al tribunal arbitral y no a la judicatura pronunciarse sobre ella. A esta regla se le conoce como *competence/competence* en su formulación francesa o “competencia de la competencia” si se expresa en español.

La regla *competence/competence* es esencial para la eficacia del acuerdo arbitral. Si las partes han pactado ir a arbitraje para resolver disputas, sería contradictorio que el acuerdo pueda o deba ser validado, o quizá anulado, en la jurisdicción ordinaria. Las partes cuando pactan el arbitraje procuran, específicamente, apartarse de los tribunales de justicia. Por tanto, se destruiría la voluntad expresada por las partes, si se les obliga a acudir a la judicatura para que esta se pronuncie sobre la validez o nulidad de su acuerdo.

Si bien la regla *competence/competence* figura en el artículo 16 de la Ley Modelo y en casi todas las legislaciones arbitrales modernas, es preciso señalar que en tiempos pasados no fue siempre así. Cuando el arbitraje se pactaba mediante un “compromiso”, máxime cuando éste se suscribía ante el juez que conocía de la causa que se quería sustraer de la jurisdicción ordinaria, la validez o nulidad de ese acuerdo se debatía ante la judicatura⁴⁹.

Ese proceder ha ido desapareciendo para dar vigencia a la *competence/competence*. No obstante, en una jurisdicción comercial tan importante como la estadounidense persiste y para derogarla y sean los árbitros y no los jueces quienes decidan sobre la validez de una cláusula arbitral, es preciso que las partes lo acuerden en el pacto arbitral. Más aún, en algunas de esas jurisdicciones los jueces siguen como criterio que la escogencia debe ser expresa, no basta con escoger el reglamento de un centro arbitral que así lo disponga. Esta última exigencia es objeto de severas críticas y en acciones judiciales, instituciones profesionales pro-arbitraje, como la *Miami International Arbitration Society* (MIAS), han presentado escritos como *amicus curiae* en procura de su desaparición.⁵⁰

En el caso venezolano, la sentencia vinculante n.º 1067 del 3 de noviembre de 2010, pronunciada por la Sala Constitucional en el caso de Astilleros Venezolanos C.A., determinó con meridiana claridad que compete a los tribunales arbitrales decidir sobre la nulidad o validez de una cláusula arbitral. Tanto así que, salvo cuando la nulidad sea evidente e indubitable y quepa pronunciarla, el tribunal judicial deberá abstenerse de conocer la materia. Es más, el tribunal judicial queda obligado a remitir las partes al arbitraje en todos los casos en que el pacto arbitral conste por escrito. La sentencia, además, prohíbe expresamente al tribunal judicial pronunciarse sobre otras causas de eventual de nulidad del acuerdo arbitral.

⁴⁹ Ver artículo 611 del CPC

⁵⁰ <https://www.mias.org/post/mias-files-amicus-brief-on-arbitrability-with-florida-supreme-court>. Ver también: [new-york-arbitration-week-2021-redux-dispelling-cross-cultural-enforcement-myths-the-arbitral-award-in-seats-of-the-americas.pdf](#) (visitado en noviembre de 2021)

En adición a la regla *competence/competence* y unida a ella, el mismo artículo 7° de la LAC consagra el principio de la autonomía de la cláusula arbitral. La disposición legal dice así: “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.” (Negrita agregada)

De no existir este principio de la autonomía de la cláusula arbitral podría producirse un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral como parte que sería del contrato también sería nulo y el laudo que se emita pronunciando la nulidad del contrato, se habría basado en una cláusula arbitral nula. Para evitar esa consecuencia absurda, la eventual nulidad del contrato no comprende la nulidad de la cláusula arbitral en él contenida.

Es preciso destacar que, si bien los árbitros están facultados para decidir sobre su validez o ineficacia de una cláusula arbitral, la decisión que se produzca en un laudo arbitral podrá ser objeto control judicial. La eventual nulidad de una cláusula arbitral es una causal que hace procedente el recurso de nulidad contra el laudo arbitral⁵¹.

2. *Nulidad absoluta o relativa*

En el campo contractual se distingue comúnmente entre nulidades absolutas y relativas. Igual ocurre con los acuerdos arbitrales.

Las nulidades absolutas se producen cuando el acto que se examina está afectado por vicios graves que van en contra de normas de orden público. En esos casos, la nulidad del acto puede pronunciarla de oficio el juez y, en nuestro caso, el árbitro, sin necesidad que ella sea alegada por una de las partes. La nulidad absoluta no puede convalidarse y las acciones para reclamarla son imprescriptibles.

En cambio, la nulidad relativa se produce cuando el acto está afectado por vicios que deben ser alegados por la parte que la ley ha querido proteger. La nulidad relativa es susceptible de convalidarse por confirmación y puede extinguirse por prescripción.

El árbitro que haya de pronunciar la nulidad habrá de examinar la naturaleza del vicio alegado y de allí las consecuencias. A manera de ejemplo, serán casos de nulidad absoluta las cláusulas arbitrales pactadas en contravención del artículo 3° de la LAC porque versan sobre delitos o faltas; sobre las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; o versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas.

En cambio, estarán afectadas de nulidad relativa y, por tanto, la nulidad sólo podrá ser declarada a

⁵¹ Ver causales a), d) y f) del artículo 44 de la LAC.

instancia de la parte que la ley protege como es el caso de las cláusulas arbitrales que hayan sido suscritos por incapaces sin la debida representación y sin autorización judicial. También deberá alegar la nulidad la persona natural o jurídica que la invoque porque la cláusula arbitral fue suscrita por un apoderado, o en el caso de una empresa cuando sea admisible, por un funcionario sin facultades para ello.

Cuando el tribunal arbitral declara la nulidad de la cláusula arbitral y también cuando constata su “patología” y, en consecuencia, su ineficacia, el proceso arbitral termina y salvo que prospere una acción de nulidad que revoque esa decisión o laudo, las partes deberán acudir a la justicia ordinaria para dirimir su controversia.

K. El arbitraje internacional y la ley aplicable al acuerdo arbitral

Cuando el arbitraje es internacional, como cuando las personas naturales que suscriben el acuerdo arbitral tienen nacionalidades distintas o cuando las empresas que lo pactan han sido constituidas o tienen sus domicilios en países diferentes, surge el tema de cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral. Esa ley determinará la validez y los efectos de la cláusula arbitral, también la competencia del tribunal arbitral.

Conviene precisar, primero, cuando se considera que un arbitraje es internacional para luego revisar la ley aplicable al convenio arbitral.

1. El arbitraje internacional

El artículo 1.3 de Ley Modelo determina cuando se está en presencia de un arbitraje internacional:

- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
 - b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Como puede verse son varias y distintas las hipótesis para que un arbitraje sea considerado internacional. La más frecuente es que se trate de empresas que han sido constituidas y tienen sus establecimientos en países diferentes al tiempo de celebrar el contrato que las une y, en él, acuerdan resolver mediante arbitraje cualquier disputa que surja entre ellas relacionadas con ese contrato.

2. La ley aplicable al acuerdo arbitral

Es preciso poner de relieve, como ya se dijo, que la cláusula arbitral inserta en un contrato se considera

como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Es decir, la cláusula o acuerdo arbitral tiene vida propia y se apreciará su validez y eficacia de manera independiente y separada del resto del contrato,

De allí deriva que la ley aplicable al contrato en la que está inserta la cláusula arbitral no es necesariamente la ley aplicable a esta última. Como hemos de ver, en ocasiones puede ser la misma, pero muchas veces no lo es. Se daría así un caso de *dépeçage*, es decir, cuando diferentes leyes son aplicables a distintos aspectos de un contrato.

Como en todo contrato y por regla general, las partes pueden escoger libremente la ley aplicable al acuerdo arbitral. En el caso de Venezuela así lo dispone el artículo 29 de la Ley de derecho Internacional Privado.⁵² Además, es la regla general en la contratación internacional.⁵³ Por tanto, las partes pueden escoger la ley específica que rige la cláusula arbitral que, como se ha dicho, puede ser la misma el resto del contrato o una distinta.

Cuando las partes no han escogido la ley aplicable a la cláusula arbitral corresponderá a los árbitros determinarla. El artículo 30 de la ley venezolana de derecho internacional privado da unas guías de carácter general:

A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

Esta norma venezolana está en sintonía con las normas y principios comúnmente aceptados en el mundo internacional. De allí deriva que los árbitros, cuando las partes no lo han hecho, deban determinar cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral. Puede haber muchas opciones, pero lo más probable es que se pronuncien por una de estas dos opciones:⁵⁴

En primer lugar, la ley aplicable al contrato. En los contratos internacionales es muy común que las partes, además de establecer una cláusula arbitral para resolver las posibles disputas, fijen el derecho aplicable al contrato mediante una escogencia específica. El texto de la cláusula de ley aplicable dirá algo como esto: “El presente contrato se regirá por las leyes de [nombre del país]”.

De acuerdo con las circunstancias los árbitros pueden determinar que esa ley, además de regir el resto del contrato, sea también la ley aplicable a la cláusula arbitral. En una reciente decisión la Corte

⁵² “Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes.”

⁵³ Artículo 3 de Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma) 1980, que vincula a los países de la Unión Europea (con excepción de Dinamarca) y no obstante el Brexit la Convención seguirá vigente en el Reino Unido; véase también el Preámbulo de los Principios UNDRIOIT 2010.

⁵⁴ Meza, sección IV.

Suprema del Reino Unido (*Enka v. Chubb*)⁵⁵ estimó que los comerciantes que han escogido una ley aplicable para regir el contrato asumen que la cláusula arbitral, como las demás del contrato, quedan amparadas por ella.

En segundo lugar, la ley del lugar del arbitraje. Ante la ausencia de escogencia expresa por las partes, los árbitros con frecuencia se inclinan por esta opción. La ley del lugar del arbitraje ciertamente está vinculada con el acuerdo arbitral. Es la *lex arbitri* porque en el lugar escogido para el arbitraje se desarrollará el proceso arbitral, serán sus tribunales judiciales los que habrá de prestar apoyo al tribunal arbitral en materia de pruebas o medidas cautelares y serán aquellos que habrán de conocer y sustanciar el eventual recurso de nulidad contra el laudo arbitral que allí se produzca. Sin perjuicio de las reglas que las partes adopten en materia de procedimiento, serán las leyes del lugar del arbitraje las que determinarán de manera supletoria los aspectos procesales del caso. Por tanto, determinar que la ley aplicable al acuerdo arbitral sea la ley del lugar del arbitraje tiene una base sólida y bien justificada.

3. *Cláusula arbitral sin ley aplicable*

Una tercera opción, si cabe llamarla así, nacida en Francia, estima que la cláusula arbitral en un arbitraje internacional no está necesariamente vinculada al orden jurídico de un Estado.⁵⁶ Estiman quienes propugnan esta tesis que, debido a la autonomía de la cláusula arbitral, ella no se rige por las normas del contrato en el cual está incluida y tampoco es adecuado aplicarle normas de conflicto de leyes o de derecho internacional privado. La cláusula arbitral, en un arbitraje internacional, tiene validez y efecto sin necesidad de buscar cual es la ley aplicable a ese acuerdo.

La jurisprudencia francesa⁵⁷ sobre esta materia ha resumido estos principios así:

(...) en materia de arbitraje internacional el acuerdo de [arbitraje] reviste una total autonomía (... si bien la ley francesa prohíbe el [arbitraje] en un acto mixto (es decir, civil y comercial), esta disposición es inaplicable cuando el acto reviste el carácter de contrato internacional (...)) Considerando que no hay necesidad de inquirir cual es la ley aplicable teniendo en cuenta la autonomía de una cláusula compromisoria que instituye al arbitraje en un contrato internacional, ésta es válida independientemente de su referencia a una ley estatal.

La cláusula arbitral inserta en un contrato internacional, encontraría así su validez en su sola existencia. Este criterio tiene vigencia únicamente en las relaciones internacionales.

Si bien la LAC venezolana no distingue entre arbitraje nacional e internacional, es preciso constatar que hay normas derivadas de tratados internacionales como la Convención de Nueva York o la de Panamá que instan al reconocimiento de los acuerdos arbitrales. De la misma manera, la

⁵⁵ *Enka Insaat Ve Sanayi AS* (Respondent) v. OOO Insurance Company Chubb (Appellant)

⁵⁶ Loquin, p. 129-147.

⁵⁷ Le Bars, p. 29. Cita la sentencia de la Corte de Casación (Cass. 1º civ.) del 4 de julio de 1972, *Hecht c/ Ste Buisman's*). También comenta la sentencia de la Corte de Apelación de París del 13 de diciembre d 1975, *Meunicucci c/ Mahieux*.

jurisprudencia y los usos comerciales imponen a los actores del mundo comercial internacional reglas de comportamiento que están plenamente reconocidas.

Así, pueden citarse varias de esas reglas que son válidas y eficaces sin estar referidas necesariamente a un derecho nacional. Es el caso del principio *pacta sunt servanda*, que obliga a las partes a cumplir con lo pactado; igual el principio de la buena fe contractual que obliga a la lealtad y cooperación entre los contratantes para que el contrato cumpla su función adecuadamente en beneficio de ambas partes; el impedimento a deshacerse de un acuerdo arbitral por la omisión de alguna formalidad exigida por el derecho interno del país donde está constituida una empresa del Estado;⁵⁸ la consideración de que el pacto arbitral es un acto de simple administración que no requiere de facultades o poderes especiales para quien lo suscribe.

Las reglas citadas son aceptadas de manera general en el mundo comercial internacional. Se han convertido en normas de orden público internacional y, por ende, no admiten derogatorias.

VI. Conclusión

El acuerdo arbitral es el cimiento del arbitraje. Sin acuerdo arbitral no habrá arbitraje. Desde tiempos lejanos en Grecia, Roma, la Edad Media española, cuando fue acogido en Hispanoamérica el arbitraje castellano, en los tiempos de independencia y hasta hoy, las partes deben dar su consentimiento libremente para que, en lugar de acudir los jueces ordinarios, se acuda a árbitros para dirimir una controversia.

De allí se desprende la necesidad prestar atención a la cláusula arbitral que ha de insertarse en un contrato. Es preciso escribirla con la debida claridad y con los términos adecuados para que la misma no pueda ser impugnada o desconocida. Para ello es recomendable usar las cláusulas modelo propuestas por los centros de arbitraje cuya eficacia ha sido probada muchas veces. Vale considerar también la conveniencia de escoger un centro arbitral que administre el arbitraje.

En adición, es preciso precaver que quienes suscribe el acuerdo arbitral tengan capacidad para hacerlo y, si quienes lo hacen son apoderados o administradores de sociedades comerciales, que dispongan de las facultades necesarias para obligar a sus representados en los acuerdos arbitrales.

El acuerdo arbitral debe además escoger la sede del arbitraje y determinar el idioma que ha de usarse en las actuaciones arbitrales. Conviene también prestar atención a la ley que ha de regir el acuerdo

⁵⁸ Craig, Park, Paulsson, p. 45.

arbitral y, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, escoger la que sea más conveniente para la validez y eficacia de la cláusula arbitral.

Miami 2022.