

Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje

José Alberto Ramírez L.¹
(Venezuela)

SUMARIO: I. Introducción. II. Ratificación de los principios *Severability* y *Kompetenz-Kompetenz*. III. Ratificación de la validez del Arbitraje en materias consideradas como de orden público. IV. Reconocimiento de la posibilidad del Estado de someter a Arbitraje controversias relativas a contratos de interés general. V. Conclusiones.

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (1999); LLM in Dispute Resolution, University of Missouri-Columbia (2005).

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia que resolvió el recurso de interpretación presentado por la República Bolivariana de Venezuela sobre el alcance del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido al mandato constitucional para la promoción del arbitraje y los demás medios alternativos para la resolución de conflictos.

La sentencia, identificada por la Sala con el número 1541, marca un hito importante en el desarrollo jurisprudencial del arbitraje en Venezuela porque, en primer lugar, es la primera vez en diez años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que la Sala Constitucional interpreta el llamado principio de constitucionalización del arbitraje, en segundo lugar, porque por tratarse de una interpretación de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de normas constitucionales resulta vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, a tenor de lo dispuesto en el artículo 335 del texto constitucional, y en tercer lugar porque reafirma y consolida principios básicos de la institución arbitral que anteriormente habían sido golpeados o desaplicados por otras Salas del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

Son diversos los aspectos positivos a destacar de la sentencia 1541 dictada por la Sala Constitucional, no obstante, a los efectos del presente trabajo nos enfocaremos en el análisis de tres aspectos de marcada importancia que son (i) la ratificación de los principios de *Severability* y *Kompetenz-Kompetenz*, (ii) la ratificación de la validez del arbitraje en materias consideradas como de orden público y (iii) el reconocimiento de la posibilidad del Estado de someter a Arbitraje controversias relativas a contratos de interés general.

II. RATIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SEVERABILITY Y KOMPETENZ-KOMPETENZ

El principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje (también llamado *severability* o *separability*) implica que la validez del acuerdo de arbitraje no está atada a la validez del contrato que la contiene².

² Ver: SMIT, Robert. *Separability and competent-Competence in International Arbitration*. American Bar Association. May 7 2003.

Como consecuencia de este principio tenemos que:

- ▶ Un desafío a la validez del contrato principal no priva al tribunal arbitral de la jurisdicción para conocer y decidir sobre el conflicto entre las partes con respecto a ese contrato.
- ▶ La invalidez del acuerdo arbitral no implica la nulidad del contrato principal. Ante esta situación, las obligaciones derivadas del contrato principal pueden ser reclamadas ante los tribunales competentes.
- ▶ La Ley aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser distinta de la Ley aplicable al contrato principal.
- ▶ La cláusula de arbitraje puede sobrevivir a la terminación o expiración del contrato principal en tanto y en cuanto surjan conflictos derivados de hechos ocurridos durante el plazo de vigencia del contrato, o en cuanto a cláusulas que se mantengan vigentes con posterioridad a la terminación o expiración del contrato principal. (p. ej. cláusulas de confidencialidad).

El principio *Kompetenz-Kompetenz* implica la potestad que tiene todo tribunal arbitral de decidir primero sobre su propia competencia, decisión que se encuentra sujeta a control judicial posterior³.

El principio *Kompetenz-Kompetenz*, conjuntamente con el principio de la autonomía del acuerdo arbitral (*Severability*), constituyen las bases sobre las cuales se fundamenta la institución del Arbitraje. En efecto, la doctrina señala que existe una reciprocidad entre ambos, en el sentido que la autonomía de la cláusula arbitral permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia jurisdicción y la competencia del tribunal arbitral le permite determinar la validez del contrato principal que contiene la cláusula compromisoria.⁴

La coexistencia de estos principios garantizan la operatividad y subsistencia de la institución arbitral más allá de la voluntad unilateral de una de las partes, que eventualmente podría frustrar el arbitraje simplemente mediante un desafío al contrato que contiene la cláusula arbitral o en particular a la cláusula arbitral propiamente dicha.

³ Ver: *Idem*

⁴ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, 1996.

El principio *Kompetenz-Kompetenz* es recogido tanto por las fuentes domésticas como internacionales que nutren el sistema de arbitraje comercial venezolano. Así pues, observamos que como fuentes domésticas la Ley de Arbitraje Comercial⁵ (LAC) lo consagra expresamente en sus artículos 7 y 25⁶. Por su parte, los reglamentos de arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas lo consagran en sus artículos 12.3⁷ y 38⁸ respectivamente.

En cuanto a las fuentes internacionales, observamos que la Ley modelo UNCITRAL, de la cual se inspira nuestra Ley de Arbitraje Comercial, lo consagra expresamente en el artículo 16.1⁹ y la Convención de Nueva York

⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

⁶ El artículo 7 de la Ley de arbitraje Comercial dispone 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. 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.” Mientras que el artículo 25 dispone que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.”

⁷ El artículo 12.3 del reglamento del CEDCA dispone que “Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal Arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones.

⁸ El artículo 38 del reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas dispone 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. A tal efecto, una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula arbitral. La excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral podrá oponerse en cualquier momento antes de la celebración de la Audiencia de Constitución del Tribunal Arbitral.”

⁹ Ley Modelo UNCITRAL, artículo 16.1: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria.”

lo acepta parcialmente en su artículo 2.3¹⁰. Así mismo, el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) establece el principio en su artículo 6.2¹¹.

Tal es la aceptación de la que goza el principio *Kompetenz-Kompetenz*, pues como hemos visto se encuentra previsto en tratados internacionales, leyes internas y reglamentos de centros de arbitraje locales y foráneos, que se considera como principio fundamental de la institución del arbitraje comercial.

No obstante la notoriedad de su importancia, resulta particularmente interesante que el tratamiento jurisprudencial que nuestro máximo tribunal había realizado sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*, no se correspondía con la tendencia legislativa y reglamentaria existente y mucho menos con el espíritu del constituyente cuando ordenó la promoción de la institución arbitral.

Así pues, observamos que hasta el momento ha existido una divergencia de criterios dentro de las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) a la hora de reconocer (u obviar en algunos casos) el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

El criterio dominante de la Sala Político-Administrativa (SPA) del TSJ durante los años recientes se ha inclinado por el desconocimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* al abrogarse jurisdicción sobre conflictos que estaban llamados a ser resueltos por la vía del arbitraje.

¹⁰ El Artículo 2:3 de la Convención de Nueva York dispone que “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.”

¹¹ El artículo 6.2 del reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC establece que “Si la Demandada no contesta a la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al Tribunal Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue.”

Como ejemplos de esta tendencia jurisprudencial de la SPA, podemos citar las siguientes decisiones:

- ▶ Sentencia de fecha 21 de octubre de 1999, caso: Hyundai de Venezuela C.A vs. Hyundai Motor Company.
- ▶ Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, caso: John Herrera Merchán vs. Transportes Marinos de Occidente C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 14 de febrero de 2002, caso: José Texeira De Miguel vs. Shell Venezuela Productos C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 20 de marzo de 2003, caso: Consorcio Barr S.A vs. Four Seasons Caracas, C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 03 de abril de 2003, caso: Inversiones Preámbulo 121 C.A vs Seguros Orinoco C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 06 de mayo de 2003, caso: Consultores Occidentales S.A (COSA) y otros vs. Hanover P.G.N Compressor, C.A
- ▶ Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003, caso: República Bolivariana de Venezuela vs. Autopista Concesionada de Venezuela AUCOVEN C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 06 de junio de 2004, caso: Shell Venezuela Productos C.A vs. Antonio María Claret González Gutiérrez.

Como se puede observar, lamentablemente no son pocas las decisiones de la SPA que han desconocido la facultad del Tribunal Arbitral de ser los primeros en pronunciarse sobre su propia competencia.

Por otro lado, debemos destacar que en contraste con estos criterios de la SPA se han producido algunas decisiones acertadas que han reconocido la validez del principio *Kompetenz-Kompetenz*, particularmente de la Sala de Casación Civil y de la Sala Constitucional, entre las que se pueden señalar:

Decisiones de la Sala de Casación Civil:

- ▶ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2002, caso: Hanover P.G.N Compressor C.A vs. COSA Convenca.
- ▶ Sentencia de fecha 13 de agosto de 2004, caso: Promotora E.P, 1967 vs. Asociación Civil El Carrao.
- ▶ Sentencia de fecha 19 de agosto de 2004, caso: Operaciones F.F C.A vs. Valores Venafim S.A.

De las decisiones nombradas se puede extraer el acertado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de que la “validez del acuerdo de arbitraje comercial no se discute ante jueces, sino ante el Tribunal arbitral”, lo cual no es más que la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Por su parte, la Sala Constitucional ha sentado criterios que consideramos positivos para la institución arbitral y en particular para la aceptación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, entre las que podemos mencionar la siguiente:

- ▶ Sentencia de fecha 23 de mayo de 2001, caso: Grupo Inmensa C.A., y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A, (CORESMALT).

Con ocasión de decidir sobre el alcance del último aparte del artículo 258 de la Constitución, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de establecer claramente y con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, el criterio que deben seguir los operadores del poder judicial frente a los principios de autonomía de la cláusula arbitral y de la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, lo cual hizo en los siguientes términos:

“También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (severability, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “torpedear” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (kompetenz-kompetenz), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.”

Si bien no es la primera vez que esta Sala se pronuncia sobre estos principios, lo resaltante es que es la primera vez que lo hace en una decisión que interpreta directamente el alcance de la norma constitucional que ordena la promoción del Arbitraje; por lo tanto podemos sugerir que el llamado efecto de constitucionalización del Arbitraje a partir de ahora abarca la constitucionalización de los principios básicos de la institución como lo son los principios de *severability* y *Kompetenz-Kompetenz*.

III. RATIFICACIÓN DE LA VALIDEZ DEL ARBITRAJE EN MATERIAS CONSIDERADAS COMO DE ORDEN PÚBLICO

Dentro del extenso análisis que realiza la sentencia 1541 sobre la institución arbitral se incluye un subtítulo dedicado al alcance y límites de la justicia arbitral en la constitución Venezolana. Aprovecha esta oportunidad la Sala constitucional para sentar Jurisprudencia respecto a los criterios para determinar la arbitrabilidad, entendida esta como la aptitud de un litigio de ser objeto de arbitraje.

Desde el punto de vista legislativo, los criterios y los límites de la arbitrabilidad de las controversias en el derecho venezolano están determinados en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) que establece que *“podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”*.

Concatenando esta disposición con los principios que sobre transacción dispone nuestro Código Civil en sus artículos 1.713 y 1.714, tenemos que son susceptibles de transacción todos los derechos disponibles por las partes, por lo tanto en materia de arbitraje puede afirmarse que son susceptibles de ser sometidos a arbitraje todos aquellos litigios que versen sobre materias sobre las cuales las partes tengan libre disposición, excepto por las excepciones establecidas en el mismo texto del citado artículo 3 de la LAC.

La facultad de disposición se refiere a los derechos subjetivos de los cuales es titular una persona. Desde el punto de vista práctico resultaría inconveniente tratar de listar aquellos derechos que son disponibles, resultando más eficiente delimitar aquellos que son indisponibles (p.ej. Derechos personalísimos).

En el marco del derecho comparado, destacada parte de la doctrina considera que el criterio para determinar la arbitrabilidad de un litigio va más allá del criterio de la libre disponibilidad de los derechos. Así pues, se añade el criterio según el cual serán arbitrables todos los litigios de carácter patrimonial.¹²

Sobre este aspecto se pronuncia la Sala Constitucional en estos términos: *“El criterio para determinar cuando una disputa es arbitrable depende del*

¹² Ver: BERNARDINI, Piero. The Problem of Arbitrability in General. 2008 y HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité. 2002.

ordenamiento jurídico que se trate.” Esto nos lleva de nuevo a analizar el contenido del artículo 3 de la LAC, el cual señala las materias exceptuadas mencionando a) aquellas que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia firme; b) aquellas concernientes a las atribuciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) aquellas que versen sobre el estado y capacidad de las personas; d) aquellas relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, y e) aquellas sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia firme.

Así las cosas, observamos que de acuerdo al ordenamiento jurídico venezolano impera una combinación de los criterios de arbitrabilidad relativos a la libre disposición de los derechos y del carácter patrimonial de la disputa, con el añadido de que la materia no debe ser contraria al orden público.

Lamentablemente la interpretación que hasta el momento había dado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia al criterio de inarbitrabilidad relacionado al orden público, había sido contrario a los principios pro-arbitraje consagrados tanto en la Constitución nacional como en la LAC.

Para sustentar esta afirmación podemos señalar como ejemplos algunas sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa del TSJ que declararon inarbitrables controversias surgidas en materia de arrendamiento bajo el pretexto de que los derechos contenidos en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios son de orden público, en interpretación del texto del artículo 7 de la Ley.¹³

- ▶ Sentencia de fecha 06 de diciembre de 2001. Caso: Ayoub Bou Assaf vs. La Media Manzana de Punto Fijo C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 05 de febrero de 2003. Caso: Inversiones Tata 88 C.A vs. Inversiones Farma Shop 2000 C.A.

¹³ Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, Artículo 7º: Los derechos que la presente Ley establece para beneficiar o proteger a los arrendatarios son irrenunciables. Será nula toda acción, acuerdo o estipulación que implique renuncia, disminución o menoscabo de estos derechos.

- Sentencia de fecha 27 de enero de 2004. Caso: Plaza Suites I C.A vs. Codemar C.A.

Sobre el concepto de orden público podemos sugerir que el mismo se refiere a un límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido resulte contrario a los intereses colectivos de la sociedad, manifestados en principios y reglas de Derecho.

Como observamos, el concepto de orden público tiene una finalidad de protección que impide que se disminuyan derechos garantizados por el ordenamiento jurídico. Esto nos obliga a hacer la precisión de que en materia de arrendamientos sometidos a la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios la escogencia del foro arbitral no implica renuncia, disminución o menoscabo de los derechos que establece la Ley para proteger a los arrendatarios, como erróneamente venía señalando la SPA.

En cualquier caso, a partir de ahora no debe quedar ninguna duda de que en efecto son arbitrables las disputas en materias consideradas como de orden público, a partir del criterio expuesto por la Sala Constitucional en su sentencia 1541, el cual quedó expuesto en los siguientes términos:

“En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.”

Aclara la Sala Constitucional que la declaratoria de orden público de una determinada materia por parte del legislador implica una limitación al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el sentido que las imposibilita a relajar las protecciones que la Ley consagra a la parte considerada como “débil jurídico”, en el entendido que tales protecciones son de naturaleza sustantiva. La libre escogencia de un medio alternativo como el arbitraje es de naturaleza adjetiva, por lo tanto, no contraría el orden público porque este únicamente incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas.

Adicionalmente, debemos señalar que este razonamiento de la Sala Constitucional resulta coherente con el criterio de que la justicia arbitral

no es excepcional a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial, sino que por el contrario ambas se encuentran en el mismo rango.

Si bien ha quedado claro que son arbitrables las disputas que versen sobre materias consideradas como de orden público, observamos que la Sala Constitucional no hace mención expresa sobre si se refiere a arbitraje de derecho o de equidad. En nuestro criterio, quedan excluidos los arbitrajes de equidad en materias consideradas como de orden público, por cuanto la “libertad” de acción de los árbitros que menciona el artículo 8 de la LAC¹⁴ queda limitada por la obligatoriedad de aplicación de las normas sustantivas de orden público.

Concluye la sentencia 1541 su análisis sobre este punto brindándonos una herramienta de tipo práctico para determinar la arbitrabilidad de las disputas que versen sobre materias consideradas como de orden público, al señalar que “para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes.”

IV. RECONOCIMIENTO DE LA POSIBILIDAD DEL ESTADO DE SOMETER A ARBITRAJE CONTROVERSIAS RELATIVAS A CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL

Sin lugar a dudas el Arbitraje es el medio de resolución de controversias mayoritariamente utilizado en los contratos de comercio internacional. Con esta realidad fácilmente comulgan los particulares que hacen vida en el mundo del comercio globalizado, pues están conscientes de las ventajas de celeridad, especialidad, economía, confiabilidad, y neutralidad que este medio ofrece.

La situación es muy distinta cuando los actores de la actividad comercial son los Estados que se ven obligados a entrar en relaciones comerciales

¹⁴ Ley de Arbitraje Comercial. Artículo 8: Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. **Los segundos procederán con entera libertad**, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho. (Destacado nuestro).

con factores extranjeros para satisfacer una demanda de bienes y servicios especializados que no puede ser satisfecha internamente.

Así vemos como la llamada doctrina Calvo, según la cual todo conflicto entre un Estado con un actor extranjero debe necesariamente ser solucionada por los tribunales locales de ese Estado, ha penetrado en la mayoría de los países de América Latina, quienes aún hoy en día siguen incluyéndola en sus constituciones. En el caso particular de Venezuela, observamos que la doctrina Calvo ha gozado de inclusión en nuestro texto fundamental, tanto en la Constitución de 1961 (artículo 127), como en la Constitución de 1999 (artículo 151)¹⁵.

Esta penetración constitucional que la doctrina Calvo ha tenido en Venezuela ha servido de base para argumentar criterios jurisprudenciales adversos a la posibilidad de la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos de interés público. Particularmente sobre este punto debemos traer a análisis la sentencia de fecha cuatro (4) de abril de 2006, dictada por la Sala Político Administrativa (SPA) del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso Eleetronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV).

En este caso la SPA consideró que por tratarse de un canal de televisión del Estado que realiza una actividad en beneficio colectivo se está en presencia de un servicio público, y que por cuanto el contrato perseguía mejorar la prestación del servicio público de televisión, el mismo debía ser considerado un contrato de interés público en los términos expresados en el artículo 151 de la Constitución Nacional.

Agregaba la SPA que aunque el Estado venezolano realice actividades comerciales o industriales y para ello suscriba contratos con las empresas privadas, no significa que por ello deje de estar sometido a normas de Derecho Público y tenga que actuar enteramente bajo las normas de Derecho Privado, en cualquiera de sus ramas.

¹⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 151: En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Concluyó la SPA decidiendo que las controversias derivadas de contratos celebrados por una empresa del Estado que (i) persiguen una finalidad pública, (ii) se relacionan con la prestación de un servicio público y (iii) afectan el patrimonio del Estado venezolano, no pueden ser sometidas a arbitraje.

De manera tal, que la SPA por vía de una sentencia derogaba en la práctica el texto de los artículos 3 y 4 de la LAC, los cuales respectivamente establecen las materias que pueden ser objeto de arbitraje (arbitrabilidad) y la posibilidad de que sociedades en las cuales la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al 50% del capital social puedan someter a arbitraje sus controversias; violentando además el mandato constitucional de promocionar el arbitraje y los demás medios alternos de resolución de conflictos.

Sin lugar a dudas que esta sentencia del caso *Elettronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV)* significó un duro golpe para la institución del arbitraje como tal y para la imagen internacional de Venezuela como jurisdicción amigable al arbitraje, contribuyendo a generar inseguridad jurídica para todos aquellos inversionistas que contratan directa o indirectamente con el Estado venezolano, quienes veían subordinadas las garantías ofrecidas por el marco legal vigente ante la interpretación del operador judicial de turno.

Llama poderosamente la atención que el criterio sostenido por la SPA en el caso *Elettronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV)* no resultaba congruente con los antecedentes jurisprudenciales que se venían produciendo en cuanto al análisis de la arbitrabilidad de los contratos de interés público. Así pues, observamos como la misma SPA de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 17 de Agosto de 1999, caso *Simón Muñoz Armas*, había considerado válido el arbitraje en los *Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el esquema de Ganancias Compartidas*. En esa oportunidad, la Corte realizó el análisis del alcance del artículo 127 de la Constitución de 1.961, equivalente al actual artículo 151 de la Constitución vigente (expresión constitucional de la llamada *Cláusula Calvo*), concluyendo que el criterio de inmunidad soberana debía interpretarse de un modo restringido, aceptando la escogencia del arbitraje como medio de solución de conflictos en los contratos (de interés público) de asociación estratégica que se celebraron en el área petrolera en la década de los noventa.

Afortunadamente, la Sala Constitucional aprovecha la oportunidad para abordar este tema y en la sentencia 1541 incluye un apartado al que titula “DEL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL”, en donde coloca un freno al criterio ultranacionalista de inmunidad soberana estricta que había sentado la SPA. Comienza este aparte la Sala calificando de “paradigmático” el texto del artículo 151 de la Constitución vigente. Seguidamente la Sala trae a colación el fallo de la extinta Corte Suprema de Justicia mencionado en el párrafo anterior para reafirmar que nuestro texto constitucional acoge el sistema de inmunidad relativa, el cual permite la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general.

Este enfoque pragmático se justifica en la necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales con actores extranjeros para desarrollar actividades esenciales para la realización de sus fines que no pueden ser satisfechas por el Estado mismo. Así, el Estado se ve obligado a participar en un mercado globalizado con tendencias bien marcadas, entre las que resalta la escogencia del Arbitraje como medio idóneo para la resolución de eventuales conflictos.

Se impone entonces un criterio práctico en donde el Estado comprende que si desea participar como un actor más en el comercio internacional de bienes y servicios debe renunciar a su pretensión nacionalista de ejercer jurisdicción sobre las disputas que se generen de esas actividades y aceptar que es el arbitraje la opción que ha logrado a lo largo de su desarrollo histórico captar la aceptación de los actores que operan en un mundo cada vez más globalizado.

No hace esfuerzos la Sala para ocultar sus reservas para con la institución arbitral, pues en nuestro criterio, nuestro poder judicial continúa considerando que cualquier medio de resolución de conflictos distinto a la jurisdicción ordinaria implica una renuncia a un Poder decisorio que en otros tiempos ejerció de forma monopólica. Así, observamos que dentro de un análisis coherente que venía desarrollando la Sala Constitucional sobre la arbitrabilidad de los contratos de interés general se escapa un párrafo antipático que sugiere esta idea y que nos permitimos transcribir para luego comentar.

“...no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en

muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.”

Como hemos comentado, en nuestro criterio la aceptación jurisprudencial de la arbitrabilidad de los contratos de interés general no se produce porque nuestro poder judicial realmente crea y promocioe sus innegables ventajas, pues como hemos dicho para el poder judicial implica una renuncia a una situación de Poder y para el Estado implica una renuncia a una situación de ventaja natural. Consideramos que sencillamente se ha comprendido que si el Estado desea consumir bienes y servicios provistos por factores extranjeros debe ajustarse a las reglas de juego que imperan en el comercio internacional, pues de lo contrario se promovería un aislamiento voluntario del Estado ante la comunidad internacional en materia comercial.

Resulta inaceptable la sutil acusación que hace la Sala a la institución arbitral al sugerir que los tribunales arbitrales carecen de imparcialidad porque sus miembros se encuentran vinculados y tienden a favorecer a las corporaciones transnacionales; tal argumento formulado en forma genérica le resta todo mérito científico y denota la superposición de un criterio político sobre los criterios jurídicos que son los que deben nutrir las sentencias de nuestro máximo Tribunal. Basta con resaltar que son las propias partes (sean estas corporaciones privadas o Estados soberanos) quienes escogen sus propios árbitros y que esta es una de las mayores ventajas de la institución arbitral. En cualquier caso, es propicia la oportunidad para resaltar que en sociedades donde su poder judicial es colocado en tela de juicio por problemas de imparcialidad, los medios alternativos de resolución de conflictos antes que constituirse en instrumentos de dominación se constituyen en instrumentos de desarrollo.

Dicho esto, continuamos resaltando los aspectos positivos que contiene el fallo de la Sala en cuanto a la arbitrabilidad de los contratos de interés general.

Así, vemos que la Sala declara que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.

Continúa la Sala señalando que el artículo 151 constitucional no permite sostener una teoría de inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, reconociendo la posibilidad del Estado de someter a arbitraje controversias derivadas de contratos de interés general.

Hace mención la Sala al principio de soberanía como límite a la arbitralidad en contratos de interés general. Si bien la Sala no desarrolla que debe entenderse por este principio de soberanía, nos proporciona algunas luces al afirmar que el principio de soberanía se ejerce por parte del Estado cuando decide soberanamente someter controversias relativas a contratos de interés general a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros.

Por último señala la Sala que el principio de soberanía implica también un límite a la eventual ejecución de un laudo extranjero en territorio venezolano al destacar que en caso de que la decisión de un tribunal arbitral extranjero contraríe el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República.

V. CONCLUSIONES

Resulta positivo afirmar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial y del reconocimiento constitucional del arbitraje en los artículos 253 y 258 de la Constitución vigente se ha producido un desarrollo jurisprudencial considerable en materia de arbitraje, particularmente desde el Tribunal Supremo de Justicia.

Lamentablemente se ha observado una inconsistencia de criterios entre las distintas Salas del máximo Tribunal respecto a aspectos fundamentales para la sana operatividad de la institución arbitral, destacando numerosas sentencias que denotan cierta aversión de los operadores judiciales a renunciar a su jurisdicción en favor de la justicia alternativa.

Así las cosas, la Sala Constitucional, basándose en su potestad de más alto intérprete de los principios constitucionales, ha aprovechado la oportunidad para ordenar esta situación y establecer con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República criterios fundamentales para el correcto desenvolvimiento de la institución arbitral como lo son, entre otros, el principio de autonomía de la cláusula arbitral, la facultad del tribunal arbitral de determinar su propia competencia, la arbitrabilidad en materias consideradas como de orden público y la posibilidad del Estado de someter a Arbitraje controversias relativas a contratos de interés general.

Esperamos que este hito jurisprudencial marcado por la Sala Constitucional en su interpretación sobre el alcance del único aparte del artículo 258 de la Constitución abra las puertas para que podamos observar más y mejores sentencias de parte del poder judicial que cumplan efectivamente con el mandato del constituyente de promocionar el arbitraje y los demás medios alternativos para la resolución de conflictos.