

El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual

Ramón ESCOVAR ALVARADO*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 533-550.

Sumario

Planteamiento 1. Responsabilidad Civil extracontractual originaria *1.1. Definiciones normativas 1.2. Arbitrabilidad objetiva* **2. Responsabilidad civil extracontractual derivada** *2.1. Responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre partes 2.1.1. El principio de autonomía del acuerdo de arbitraje 2.1.2. Método para determinar si una determinada controversia se encuentra comprendida por un acuerdo de arbitraje 2.2. Responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros*
Conclusiones

Planteamiento

A veinte años de vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, en Venezuela se desarrolla una cultura proarbitral. En efecto, paulatinamente ha calado en nuestro foro la idea de que el arbitraje constituye el mecanismo de resolución de controversias mediante el cual los comerciantes del siglo XXI resuelven

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado; Profesor de Derecho Internacional Privado y de Resolución Alternativa de Conflictos. **Universidad de Nueva York**, Magister en Derecho Comparado. **Universidad Central de Venezuela**, Magister *Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado; Profesor de Arbitraje Comercial Internacional. Ejerce el Derecho en ESC+G Abogados, S.C.

sus disputas. Dicho reconocimiento no solo es consecuencia de un coherente conjunto normativo que conforma un «Sistema de Arbitraje Comercial», sino también de un número de importantes decisiones jurisprudenciales que respaldan y promueven los principios fundamentales de la institución arbitral.

Desde el punto de vista normativo, el sistema de Arbitraje Comercial venezolano se fundamenta en los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República, disposiciones que incorporan a los medios alternativos de resolución de controversias al sistema de justicia y, por vía de consecuencia, consagran la interpretación proarbitraje como método interpretativo aplicable a los supuestos de hecho de arbitraje. De acuerdo con la interpretación proarbitraje, cualquier duda debe ser resuelta de manera de expandir la eficacia práctica del derecho fundamental de los justiciables a acudir a arbitraje. Es consecuencia del aludido principio y de la interpretación proarbitraje que en Venezuela los comerciantes posean un derecho fundamental a acudir a arbitraje¹.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia venezolana ha cumplido un destacado rol en desarrollar la eficacia práctica de los principios sobre los cuales se erige el sistema de arbitraje comercial. Así, destacan las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²:

La sentencia N.º 192/2008 resalta el derecho de los justiciables a elegir entre dirimir sus controversias por tribunales judiciales o por tribunales arbitrales, pues en nuestro ordenamiento jurídico existe «un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional»³. De igual forma, la decisión N.º 1541/2008 delimita el tema de la arbitrabilidad objetiva,

¹ Sobre el derecho fundamental de acudir a arbitraje véase HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental». En: *Arbitraje comercial interno e internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005.

² TSJ/SC, sents. N.ºs 192, del 28-02-08; 1541, del 17-10-08; 1067, del 03-11-10 y 1773, del 30-11-11.

³ En este sentido, cabe destacar que la noción del derecho fundamental al arbitraje había sido expuesta tiempo antes de la comentada decisión por HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («Arbitraje y Constitución...»), p. 30.

permitiendo el arbitraje comercial en materias consideradas de orden público. Por su parte, la sentencia N.º 1067/2010 reafirma el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*—es decir, la obligación de los tribunales judiciales de no pronunciarse sobre la jurisdicción de los tribunales arbitrales hasta que estos no se hayan pronunciado primero—, al mismo tiempo que establece los parámetros aplicables a la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje y desarrolla el poder cautelar de los tribunales arbitrales. Y, por último, la decisión N.º 1773/2011 contribuye a hacer más expedito el proceso de ejecución de laudos, toda vez que excluye la posibilidad de recurrir en casación fallos de tribunales superiores sobre recursos de nulidad en contra de laudos pero, no obstante, permite su recurribilidad a través del amparo y la revisión constitucional.

De manera tal que temas tan importantes como la integración del arbitraje al sistema de justicia, el régimen de validez del acuerdo de arbitraje, la arbitrabilidad objetiva, los principios *Kompetenz-Kompetenz* y proarbitraje han sido abordados de forma satisfactoria por la jurisprudencia venezolana y la recurribilidad de los laudos arbitrales. Ahora bien, con la anterior afirmación no queremos sugerir que en nuestro país el arbitraje está exento de bemoles. Todo lo contrario. Somos conscientes que aún queda una lista de tareas pendientes en aras de incrementar sustancialmente la eficiencia y eficacia de la justicia arbitral.

En nuestro criterio, la aplicación o extensión del acuerdo de arbitraje a tópicos de responsabilidad civil extracontractual constituye uno de los temas que deben ser estudiados de manera que el arbitraje continúe progresando en Venezuela. Pues el foro jurídico venezolano debe comprender que no son arbitrables únicamente aquellas controversias que, a la luz del artículo 3 de la Ley de Comercial Arbitraje—en lo sucesivo referida como la «Ley de Arbitraje»— y del precedente de la sentencia N.º 1541/2008, carezcan de arbitrabilidad objetiva o sean contrarias al orden público. Es decir, debemos entender que en procedimiento arbitral puede discutirse el incumplimiento de las obligaciones convencionales de las partes, así como el incumplimiento de sus obligaciones legales y que, por tanto, entran dentro del campo de la responsabilidad extracontractual.

Veamos varios ejemplos para ilustrar la importancia del tema:

Ejemplo 1 (responsabilidad civil extracontractual originaria): Una vez ocurrido un choque entre dos vehículos automotores «cargueros» de gasolina, comercializados por dos competidores de la industria petrolera, uno por la empresa petrolera «A» y el otro por la empresa petrolera «B»; «A» y «B» suscriben un acuerdo para someter la controversia a arbitraje. De manera puramente didáctica, proponemos categorizar este tipo de responsabilidad extracontractual como originaria, pues desde una perspectiva fáctica la misma no se encuentra vinculada con una relación comercial preexistente entre las partes. Cabe preguntarse: ¿Pueden válidamente «A» y «B» someter la controversia al acuerdo de arbitraje suscrito entre «A» y «B»?

Ejemplo 2 (responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual): Pensemos ahora en una relación contractual de distribución de automóviles entre un reconocido comercializador asiático «C» y una empresa venezolana «D». El contrato de distribución exclusiva suscrito entre las partes contiene tanto un acuerdo de arbitraje como una cláusula de terminación unilateral. Una de las partes ha hecho valer su derecho contractual de finalizar unilateralmente el contrato. Una vez finalizado el contrato, su contraparte intenta una acción judicial en la que exige la responsabilidad extracontractual por el abuso de derecho derivado de la terminación unilateralmente del contrato. La parte demandante fundamenta su acción en dos argumentos, a saber: i. la jurisdicción arbitral ha cesado en virtud de que el contrato principal fue terminado unilateralmente, y ii. la controversia se encuentra fuera del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje, debido a que la reclamación es por responsabilidad civil extracontractual y no contractual. El anterior sería un caso en el que la responsabilidad extracontractual está vinculada, desde el punto de los hechos, con una relación comercial pre-existente. Por tanto, a efectos puramente didácticos, proponemos tratar este supuesto como un caso de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación comercial preexistente entre las partes. Cabe también preguntarse: ¿Son jurídicamente válidos los argumentos esgrimidos por la parte demandante?

Ejemplo 3 (responsabilidad contractual derivada de una relación contractual entre terceros): Por último, supongamos que en el ejemplo 2 la acción formulada por «C» es una demanda arbitral por daños y perjuicios contractuales. El fundamento de esta acción consiste en que «D» violó sus obligación de exclusividad porque, luego de transcurrido un año de la terminación del contrato, distribuyó automóviles de un competidor de «C» y el contrato preveía una obligación convencional de no comercializar automóviles de empresas competidoras de «C» por un lapso de 10 años luego de terminado el contrato. Imaginemos que «E», el principal competidor de «C», formula una acción en la que reclama la responsabilidad civil extracontractual de «C», bajo el argumento que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1185 del Código Civil y 5 y 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el ejercicio de la cláusula de no-competencia le causó daños y perjuicios extracontractuales. En este último caso estamos al frente de una responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación comercial entre terceros. Vale la pena preguntarse si «E» puede demandar en arbitraje a «C» por los daños y perjuicios que le acarrearón en virtud de las supuestas prácticas anticompetitivas de «C».

Los anteriores supuestos ilustran los temas de mayor discusión actual en torno a la responsabilidad civil frente al arbitraje. Con fines estrictamente didácticos, los hemos divididos en tres categorías, a saber: i. arbitraje en casos de responsabilidad civil extracontractual originaria; ii. arbitraje en casos de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación comercial; y iii. arbitraje en casos de responsabilidad civil extracontractual de una relación comercial entre terceros. Por su relación y relevancia, trataremos la primera de ellas en un capítulo separado.

1. Responsabilidad Civil extracontractual originaria

En la actualidad, la aceptación del arbitraje de controversias extracontractuales constituye una regla general sobre la materia. En consecuencia, las partes de una relación jurídica extracontractual pueden someter sus controversias a arbitraje. La anterior afirmación se erige sobre dos razones fundamentales. A continuación nos referiremos a cada una de ellas.

1.1. Definiciones normativas

Las partes de una relación jurídica extracontractual pueden someter sus controversias a arbitraje; en primer lugar, porque las definiciones del acuerdo de arbitraje que proponen las diferentes fuentes normativas que integran el sistema de arbitraje comercial venezolano comprenden expresamente tanto controversias contractuales como extracontractuales. Recordemos que en Venezuela se encuentran vigentes la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras –conocida como la «Convención de Nueva York»–, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional –conocida como la «Convención de Panamá»–, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros –conocida como la «Convención de Montevideo»– y la Ley de Arbitraje Comercial.

En efecto, la Ley de Arbitraje, siguiendo los parámetros de la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional –«Ley Modelo»–, en su artículo 5, define al acuerdo de arbitraje como aquel por medio del 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». Por su parte, la Convención de Nueva York, a través de su artículo II.3, se refiere al acuerdo de arbitraje como aquel conforme al cual las partes se obligan: «a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación contractual o no contractual concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje». Y por último, la Convención de Panamá, en su artículo 1, habla del: «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 en relación a un negocio de carácter mercantil».

Así, una interpretación armónica y concatenada de las normas que integran el Sistema de Arbitraje Comercial lleva a concluir que, al igual que en casos de arbitraje que versen sobre una controversia puramente contractual⁴, aquellas

⁴ En este sentido, conviene precisar que, de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia venezolana, las normas que integran el sistema normativo de arbitraje comercial

disputas vinculadas con una relación extracontractual pueden ser sometidas a arbitraje. No obstante, al igual que en los supuestos de controversias contractuales, deben llenarse los extremos siguientes: a. debe tratarse de una relación mercantil definida, y b. los tópicos específicos controvertidos detenten arbitrabilidad objetiva; esto es, que en congruencia con el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, sean susceptibles de ser resueltos por arbitraje.

1.2. Arbitrabilidad objetiva

Las partes de una relación jurídica extracontractual pueden someter sus controversias a arbitraje; en segundo lugar, el propio Derecho venezolano incluye a los tópicos de responsabilidad civil extracontractual dentro del campo de las materias que pueden ser objeto de arbitraje, es decir, que detenten arbitrabilidad objetiva.

Como es sabido, la arbitrabilidad objetiva se refiere al campo y los límites de los tópicos que pueden ser sometidos a arbitraje y es regulada normativamente por el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial⁵. En este sentido, cabe destacar que nuestro ordenamiento jurídico no permite que zonas extensas del Derecho privado carezcan de arbitrabilidad objetiva. En efecto, de acuerdo con la sentencia N.º 1541/2008 el *test* vinculante para determinar si una determinada disputa puede ser sometida a arbitraje consiste en discernir «... si allí

venezolano deben ser interpretadas de forma armónicas, de manera de alcanzar su objetivo común, este es: favorecer la vigencia práctica del derecho fundamental de las partes a acudir a arbitraje. Véase: CSJ/SCC, sent. del 10-10-97 (caso: Embotelladoras Caracas C.A. y otros vs. Pepsi-Cola Panamericana S. A.)

⁵ «Artículo 3.- Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias: a. 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 definitivamente firme; b. directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de Derecho público; c. que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas; d. relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e. 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 definitivamente firme».

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».

Así pues, en congruencia con el Derecho venezolano, todo tribunal arbitral puede conocer y decidir las mismas controversias que son conocidas y decididas por un tribunal judicial ordinario como competencia en materia mercantil. De manera tal que la regla sobre la arbitralidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico sea que: si una determinada materia puede ser conocida y decidida por un juez con competencia en materia mercantil, entonces dicha materia detenta arbitralidad objetiva y, por ende, puede ser conocida y decidida por un tribunal arbitral. Y para determinar si un tópico posee arbitralidad objetiva no es fundamental que este sea regido por normas imperativas, de orden público interno o internacional. Ahora bien, antes de profundizar en este respecto, conviene precisar conceptualmente las nociones de orden público interno, orden público internacional y orden público trasnacional.

El «orden público interno» se encuentra en todas aquellas disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico cuya aplicación no es disponible por la voluntad de los particulares, pero que puede estar sujeta o condicionada a una norma de conflicto –por ejemplo: el artículo 18 del Código Civil venezolano: «Es mayor quien haya cumplido 18 años...»– en supuestos integrados por elementos de extranjería. Por su parte, el «orden público internacional» está representado por todas aquellas normas imperativas internas que por ser directamente e inminentemente esenciales para la subsistencia política, económica o social del ordenamiento jurídico interno se aplican inmediatamente en todos los supuestos posibles, inclusive en aquellos que posean elementos de extranjerías⁶. Es decir, las normas de orden público internacional no admiten la eventual aplicación de un Derecho extranjero; los elementos extranjeros del caso en cuestión devienen en irrelevantes.

⁶ Véase: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Derecho Internacional Privado*. Civitas. Madrid, 2000, *passim*; ROMERO, Fabiola: «La norma de aplicación inmediata o necesaria». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 112. UCV. Caracas, 1999, pp. 127 y 128. Véase también: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Derecho Internacional Privado*. 2.^a, Tecnos. Madrid, 1976, p. 95.

Por último, el «orden público transnacional» consiste en todas aquellas normas o principios de carácter transnacional cuya renuncia o irrespeto haría completamente inviable la interacción de los diferentes agentes de la comunidad mundial y que constituye un verdadero «orden público común para los Estados civilizados» que debe respetarse inclusive en detrimento por normas de imperativas de Derecho interno. Como tal, es consecuencia de un grado razonable de sensibilidad y respeto en relación con: la comunidad internacional, la capacidad de tribunales extranjeros y transnacionales; la necesidad del sistema comercial internacional de previsibilidad en la resolución de conflictos⁷. Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada estima que este se manifiesta de las siguientes maneras: contribuyendo a la formación de reglas específicas adaptadas a las necesidades del comercio internacional; excluyendo –en ocasiones– la aplicación de una norma imperativa de la *lex fori*; protegiendo el orden público de otro u otros Estados de la comunidad internacional⁸.

Un breve resumen de las consecuencias de la evolución del orden público internacional y el arbitraje comercial internacional se encuentra en la argumentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la decisión *Mitsubishi Motors*, la cual afirmó:

En la medida de la expansión del comercio internacional en las décadas recientes, también lo ha hecho la utilización del arbitraje comercial para resolver disputas producto de ese comercio (...) si –las instituciones de arbitraje internacional– van tomar una lugar central en el ordenamiento jurídico internacional, los tribunales nacionales deben «sacudirse la vieja hostilidad hacia el arbitraje» y también su acostumbrada e inentendible falta de voluntad para ceder la jurisdicción de las disputas producto de sus leyes domésticas a los tribunales arbitrales extranjeros o transnacionales. En esta medida, por lo menos, será necesario para las cortes nacionales subordinar

⁷ Véase: Decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1985 (Caso: *Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*). Véase también: BORN, Gary B.: *International Civil Litigation in United States Courts*. 3.^a, Kluwer Law Internacional. Londres, 1996, p. 1019.

⁸ Véase: CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2.^a, Civitas. Madrid, 1991, p. 654.

nociones domésticas de arbitrabilidad a la política internacional que favorece al arbitraje comercial (traducción libre).

En este orden de ideas, la Sala Constitucional, a través del precedente de su decisión N.º 1541/2008 ha interpretado los artículos 26, 49, 253 y 258 de la Constitución para entender: a. el hecho que a una controversia le sean aplicables normas imperativas o de orden público interno o internacional no conlleva a que la misma sea inarbitrable; b. la suscripción de un acuerdo de arbitraje no implica renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial considerada de orden público interno o internacional, y c. el carácter imperativo del régimen regulatorio de materias consideradas como de orden público o imperativas debe ser exclusivamente extensible a normas sustantivas y no a las procesales.

En suma, las controversias que versen sobre responsabilidad civil extracontractual en materia mercantil son perfectamente arbitrables y, por tanto, pueden ser conocidas y decididas por un tribunal arbitral, toda vez que las mismas también pudiesen ser conocidas o decididas por un tribunal judicial con materia mercantil en el supuesto que no existiese un acuerdo de arbitraje.

Solo en aquellos supuestos concretos que los hechos específicos sean contrarios a los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico que podrá considerarse que el asunto no puede ser conocido por un tribunal arbitral. No obstante, debemos resaltar que estos últimos casos son bastante limitados –*exempli gratia*, disputas sobre tráfico de sustancias prohibidas, armas o personas–. Y lo que es aún más importante: a la luz del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, tampoco podrán ser decididos por un tribunal judicial con competencia en materia de mercantil⁹. Recordemos que dicha disposición legal es clara al dictaminar que: «Presentada la demanda, el tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa. Del auto del tribunal que niegue la admisión de la demanda, se oirá apelación inmediatamente, en

⁹ ESCOVAR LEÓN, Ramón: *La demanda*. 2.ª, Ediciones Homero. Caracas, 2000, p. 55.

ambos efectos». De manera tal, que aquellos casos de responsabilidad civil extracontractual que no podrán ser decididos y conocidos por un tribunal arbitral tampoco puedan ser conocidos por un tribunal judicial con competencia en material mercantil.

2. Responsabilidad civil extracontractual derivada

Por la estrecha relación entre uno y otro, en este capítulo analizaremos el arbitraje en caso de la responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre partes como de una relación contractual entre terceros.

2.1. *Responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre partes*

Volvamos a nuestro ejemplo de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual, a saber: Una relación contractual de distribución de automóviles entre «C» y «D» terminada unilateralmente por «C» y en la que «D» ha demandado ante tribunales judiciales a «C» su responsabilidad civil por abuso de derecho. Como anotamos *supra*, los fundamentos de la demanda consisten en que: i. la controversia se encuentra fuera del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje, debido a que la reclamación es por responsabilidad civil extracontractual y no contractual, y ii. la jurisdicción arbitral ha cesado en virtud de que el contrato principal fue terminado. Cabe destacar que los supuestos del caso propuesto son similares a los conocidos por la Sala-Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia¹⁰.

En nuestro criterio, los problemas de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual, en esencia, están vinculados con la extensión y alcance del acuerdo de arbitraje. Es decir, responden a la pregunta de si una determinada controversia se encuentra dentro del campo de aplicación de un acuerdo de arbitraje. No obstante, para comprender plenamente el tema, consideramos que es necesario tener en cuenta tanto el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje como los diferentes métodos utilizados

¹⁰ CSJ/SPA, sent. del 21-10-99 (caso: Hyundai de Venezuela C. A. vs. Hyundai Motors).

a efectos de determinar si una disputa se enmarca dentro del espectro de un acuerdo arbitral. A continuación, nos referiremos a cada uno de estos tópicos:

2.1.1. El principio de autonomía del acuerdo de arbitraje

Como es sabido, salvo algunas de las modalidades del arbitraje estipulado por tratados de inversión, el acuerdo de arbitraje es sin duda alguna la génesis de todo proceso arbitral¹¹. Paradójicamente, se caracteriza por ser un acuerdo de naturaleza contractual con efectos procesales, el cual persigue regular obligaciones procesales de las partes, de someter sus controversias al procedimiento arbitral, en exclusión de la jurisdicción que de otra forma detentarían los tribunales judiciales estatales¹².

El propósito formal del acuerdo de arbitraje no es otro que evidenciar el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje. La constancia escrita de dicho consentimiento representa el pilar fundamental del sistema de arbitraje comercial. En este sentido, cabe destacar que las características propias del acuerdo de arbitraje han llevado a la doctrina a afirmar que el acuerdo de arbitraje representa un contrato de tipo especial, autónomo y plenamente individualizado¹³.

Siguiendo este orden de ideas, con el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje se alude a que este posea vida propia y, por tanto, no pueda ser afectado por la terminación o nulidad del contrato principal. Dicho principio es desarrollado normativamente por el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual es claro en establecer:

¹¹ En arbitraje de inversión, la posibilidad de acudir a arbitraje puede ser consecuencia de un tratado internacional o, inclusive, de una ley nacional. En estos casos, se dice que el instrumento en cuestión contiene una «oferta de arbitraje».

¹² Sobre este respecto HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Algunas cuestiones de Derecho Internacional Privado del arbitraje comercial». En: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. T. II. TSJ. Fernando PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, p. 486, caracteriza al acuerdo de arbitraje como un contrato con efectos procesales.

¹³ Véase: DELGADO SOTO, Germán: «Nulidad de la cláusula arbitral». En: *Arbitraje comercial interno e internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, p. 224.

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.

El principio bajo análisis conlleva a que los acuerdos que contengan acuerdos arbitrales deban ser analizados bajo la premisa de que realmente se trata de dos contratos separados: el contrato principal, referido a las obligaciones comerciales de las partes; y el «contrato de arbitraje», que contiene la obligación de resolver por arbitraje cualquier disputa relacionada con el contrato principal¹⁴.

Ahora bien, tanto el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje como la propia esencia de dicho acuerdo excluyen la idea de que el arbitraje se encuentra limitado a las controversias contractuales que surjan del contrato principal. A falta de exclusión expresa de las partes, el acuerdo de arbitraje comprende todas las controversias, contractuales o no, que puedan estar relacionadas o derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes.

Insistimos: al existir una ficción jurídica según la cual el acuerdo de arbitraje representa un contrato independiente y autónomo del contrato principal, el arbitraje no puede verse afectado por la terminación o nulidad del contrato principal ni, menos aún, constreñido al campo de las controversias contractuales derivadas del contrato principal. Como bien enseña la doctrina angloamericana, permitir lo contrario validaría la estrategia de utilizar una acción de daños extracontractuales como mecanismo para dejar sin efecto un acuerdo de arbitraje¹⁵. Pues con solo formular maliciosamente una acción esencialmente contractual, bajo el disfraz de una acción de responsabilidad extracontractual, sería suficientemente para burlar el acuerdo de arbitraje.

¹⁴ Véase: REDFERN, Alan *et al.*: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4.^a, Thomson. Londres, 2004, p. 163.

¹⁵ BORN, Gary: *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Londres, 2001.

2.1.2. Método para determinar si una determinada controversia se encuentra comprendida por un acuerdo de arbitraje

Como señalamos *supra*, en razón del principio de autonomía de la voluntad de las partes y de la propia noción del acuerdo de arbitraje, un tribunal arbitral puede conocer todo tipo de controversias de Derecho privado siempre que los hechos que la generan se encuentren dentro del campo de aplicación de dicho acuerdo. El método para determinar si un acuerdo de arbitraje abarca controversias extracontractuales originadas dentro del marco de una relación jurídica contractual consistirá en un análisis tanto de la amplitud del lenguaje utilizado por el acuerdo de arbitraje —es decir, si las partes no han limitado el arbitraje a controversias contractuales— como de los hechos propios de la controversia. En este sentido, destacan ciertas experiencias jurisprudenciales del Derecho comparado.

Por ejemplo, la jurisprudencia canadiense, a través de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Alberta, dictada en 1994, en el caso *Kaverit Steel Crane Ltd. vs. Kone Corporation*, ha utilizado el análisis del lenguaje del acuerdo de arbitraje como mecanismo fundamental para determinar si una controversia extracontractual, derivada de una relación contractual, se encuentra dentro del alcance de un acuerdo de arbitraje. Según este precedente, el factor determinante para definir si una determinada disputa se ubica dentro del espectro de un acuerdo de arbitraje está precisamente en el estudio de la amplitud y la precisión utilizada al convenir las controversias que serían resueltas por el órgano arbitral. La clave estaría en la redacción y lenguaje utilizado en el propio acuerdo de arbitraje. Por otra parte, la jurisprudencia australiana, a través de la decisión de su Corte Suprema de Justicia del año 2000, en el caso *Metrocall Inc. Electronic Tracking System*, ha puesto hincapié en analizar la relación que puedan tener los hechos de la controversia planteada en arbitraje con la relación jurídica o comercial que dio origen al acuerdo arbitral.

Nosotros somos del criterio que los métodos para analizar los acuerdos de arbitraje deben ser implementados con el objetivo de determinar si los hechos que dan origen a la controversia extracontractual se encuentran dentro del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje. Como bien evidencia la jurisprudencia

angloamericana, a través de la decisión dictada por el Quinto Circuito Federal en 1999, en el caso *US pennzoil vs. Ramco Energy*, la determinación de si los hechos que dan origen a la controversia extracontractual se encuentran contenidos por el acuerdo arbitral debe ser realizada a la luz del principio de interpretación proarbitraje. Según este principio, cualquier duda debe ser resuelta de manera de garantizar la vigencia práctica del derecho de las partes a acudir a arbitraje.

Como hemos apuntado en otras oportunidades, en Venezuela la interpretación proarbitraje se encuentra consagrada en los artículos 253 y 258 de la Constitución y se vale del método interpretativo según la buena fe desarrollado por los artículos 1160 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil¹⁶. Así, por una parte, el artículo 1160 del Código Civil dispone: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso y la ley».

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil: «En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los integrantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe».

De forma tal que todos aquellos casos en los que sea aplicable el Derecho venezolano, los operadores jurídicos deben analizar dichos acuerdos en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de «promocionar del arbitraje», a la luz de los artículos 253 y 258 de la Constitución.

2.2. Responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros

Volvamos ahora al último de nuestros ejemplos, a saber: la demanda de «E», el principal competidor de «C», formula una acción arbitral en la que reclama

¹⁶ ESCOVAR ALVARADO, Ramón: «La interpretación del acuerdo de arbitraje». En: *Memoria Arbitral*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Caracas, 2011, p. 245.

la responsabilidad civil extracontractual de «C», bajo el argumento de que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1185 del Código Civil y 5 y 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el ejercicio de la cláusula de no-competencia le causó daños y perjuicios extracontractuales. En nuestro criterio, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para conocer la demanda por responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros, salvo que las partes suscriban un acuerdo de arbitraje. Esto, debido a tres argumentos centrales:

En primer lugar, porque los casos de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual de terceros son, en esencia, supuestos de inexistencia de acuerdos arbitrales, en razón de que las partes no se encuentran vinculadas por un acuerdo escrito de arbitraje. Recordemos que el acuerdo de arbitraje requiere un requisito formal por excelencia, a saber: su constancia por escrito. En el supuesto analizado, simplemente no existe un acuerdo de arbitraje escrito que obligue a las partes a someter sus controversias a arbitraje. Por lo tanto, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para conocer demanda por responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros.

En segundo lugar, en razón del principio de relatividad de los contratos, el cual es desarrollado por el artículo 1166 del Código Civil. Como bien enseña MÉLICH-ORSINI, dicho principio se refiere «... a la ineficacia del acuerdo de voluntades para producir efectos vinculatorios entre personas distintas de aquellas que han prestado su consentimiento al mismo»¹⁷. Y, en arbitraje, dicho consentimiento debe ser manifestado por escrito. Así, el derecho de acudir de arbitraje solo arropa a aquellas personas que, directa o consecuencialmente, hayan manifestado por escrito su voluntad a que sus controversias sean resueltas por ese mecanismo jurisdiccional.

Por último, los supuestos de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros no constituyen alguno de los supuestos

¹⁷ MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 5.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, p. 656.

en los que la jurisprudencia y la doctrina arbitral ha permitido extensión del acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios del mismo, a saber: grupo de empresas, levantamiento del velo corporativo, comisión, cesión y novación¹⁸.

Por las anteriores razones, somos del criterio de que los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para conocer demanda por responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros, salvo que las partes suscriban un acuerdo de arbitraje.

Conclusiones

En la actualidad, la aceptación del arbitraje de controversias extracontractuales constituye una regla general sobre la materia. En consecuencia, las partes de una relación jurídica extracontractual pueden someter sus controversias a arbitraje. No obstante, al igual que en los supuestos de controversias contractuales, deben llenarse los extremos siguientes: a. debe tratarse de una relación mercantil definida; b. los tópicos específicos controvertidos detenten arbitrabilidad objetiva, y c. los tópicos en disputas no sean contrarios al orden público, entendido como los valores más esenciales y fundamentales del ordenamiento jurídico.

La problemática del arbitraje frente a la responsabilidad civil extracontractual, derivada de una relación contractual, en esencia, está vinculada con la extensión y alcance del acuerdo de arbitraje.

Tanto el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje como la propia esencia de dicho acuerdo excluyen la idea de que el arbitraje se encuentra limitado a las controversias contractuales que surjan del contrato principal. A falta de exclusión expresa de las partes, el acuerdo de arbitraje comprende a todas las controversias, contractuales o no, que puedan estar relacionadas o derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes.

¹⁸ GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, Jhon: *Fouchard Gaillard Goldman on international Commercial Arbitration*. Kluwer Law. Londres, 1999, p. 280.

En todos aquellos casos en los que sea aplicable el Derecho venezolano, los operadores jurídicos deben analizar dichos acuerdos en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de «promocionar el arbitraje», a la luz de los artículos 253 y 258 de la Constitución.

En principio, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para conocer demanda por responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros, salvo que las partes suscriban un acuerdo de arbitraje.

* * *

Resumen: El autor reflexiona sobre la posibilidad del arbitraje comercial en asuntos referentes a la responsabilidad civil extracontractual. A tales fines considera necesario diferenciar tres categorías, a saber: i. arbitraje en casos de responsabilidad civil extracontractual originaria; ii. arbitraje en casos de responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación comercial, y iii. arbitraje en casos de responsabilidad civil extracontractual de una relación comercial entre terceros. **Palabras clave:** arbitraje comercial, responsabilidad civil extracontractual. Recibido: 30-11-19. Aprobado: 29-12-19.