

# Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de “jurisdicción” cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral\*

Jorge Isaac González Carvajal\*\*

Sumario:

## Introducción

1. **Algunas consideraciones generales sobre la excepción “procesal” de arbitraje**
  - 1.1. *La excepción de arbitraje en el “arbitramento” del Código de Procedimiento Civil de 1986*
  - 1.2. *La excepción de arbitraje en algunos ordenamientos jurídicos foráneos*
2. **La excepción de arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 y su tratamiento jurisprudencial**
  - 2.1. *Un primer criterio*
  - 2.2. *Un segundo criterio*
  - 2.3. *Un tercer criterio*
  - 2.4. *Un cuarto criterio*
  - 2.5. *Un quinto criterio*
3. **Nuestra opinión**
  - 3.1. *Lo que no es la excepción de arbitraje*
  - 3.2. *Aproximación a su naturaleza jurídica*

## Conclusión

## Introducción

Es permitido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que las personas sometidas a él elijan jueces privados para la resolución de los conflictos intersubjetivos

---

\* El presente escrito retoma y reelabora el texto de la ponencia presentada en el XI Congreso Venezolano de Derecho Procesal: “Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales en Venezuela”, San Cristóbal, 19 al 21 de abril de 2012, organizado por el Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano.

\*\* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal y Profesor de “Contratos y Garantías”. **Universidad Nacional de Rosario**, Argentina, Doctorando y candidato a *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal. *Visiting scholar* en la *Università degli Studi di Padova*, Italia, marzo-julio 2013. **Universidad Pedagógica Experimental Libertador**, Diplomado de Docencia en Educación Superior.

que no sean posibles resolver a través de medios autocompositivos<sup>1</sup>. Esta fórmula de heterocomposición, que parte de un principio de autocomposición<sup>2</sup>, se denomina arbitraje.

La posibilidad de elegir jueces privados (árbitros) coexiste *verbigracia* con la existencia y funcionamiento de órganos permanentes dependientes del Estado dispuestos a la resolución de conflictos. Estos órganos del Poder Judicial, mediante la función jurisdiccional, resuelven los conflictos que les son planteados dentro de los límites de sus competencias.

Ahora bien, a pesar que se ha discutido suficientemente en doctrina si aquellos jueces privados (árbitros) ejercen o no función jurisdiccional, nosotros estamos plenamente convencidos de que los árbitros sí ejercen función jurisdiccional<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Es común indicar que todo aquello que pueda ser transigido puede ser sometido a arbitraje, y en este sentido vale recordar lo que establece el Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 Extraordinario del 18-09-1990) en su artículo 608: “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción...”. Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 Extraordinario del 07-04-1998) establece en su 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 concerniente a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) que versen 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”.

<sup>2</sup> *Vid.* Alvarado Velloso, Adolfo: **Sistema procesal. Garantía de la libertad**. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2009. p. 496.

<sup>3</sup> Entre la doctrina venezolana que se adhiere la tesis jurisdiccional del arbitraje encontramos: Quintero, Mariolga: “De las medidas cautelares en el arbitraje”. En: *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*. N° 1. Livrosca. Caracas, 1999, p. 78.

En este estado de cosas, es posible que dos sujetos en condición de autoridad sean “competentes” para resolver por vía jurisdiccional y de modo simultáneo un mismo asunto. Surgiendo un problema que debe resolver el derecho

---

Véase también Pesci Feltri, Mario: **La Constitución y el Proceso**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, pp. 251-252. De Maekelt, Tatiana y Madrid, Claudia: “Al rescate del arbitraje en Venezuela”. En: **El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique**. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003, p. 722. Madrid M., Claudia C.: “Medidas cautelares y arbitraje. Especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial”. En: **Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. De Maekelt**. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001, p. 93. Sánquiz Palencia, Shirley: **El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano**. FRG – UCAB. Caracas, 2005, pp. 32-39, quien considera necesario adoptar la teoría autónoma para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. Borjas, Arminio: **Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**. Tomo V. 5ª, Librería Piñango. Caracas, 1979, p. 13. Cuenca, Humberto: **Curso de Casación Civil**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980, p. 357. Cuenca, Humberto: **Derecho procesal civil. La competencia y otros temas**. Tomo I. 9ª, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005, p. 75. Rengel-Romberg, Aristides: “Naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral”. En: **Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Irene de Velera (Coord.). Caracas, 2005, p. 181. Mélich Orsini, José: “Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato”. En: **Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, p. 128. Si bien el autor no hace expresa referencia a la naturaleza del arbitraje para tratar el tema que le ocupa en dicho trabajo, utiliza sin discriminación alguna la expresión “jurisdicción arbitral”. Henríquez La Roche, Ricardo: **El Arbitraje Comercial en Venezuela**. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Venezuela, 2000, p. 53. Hung Vaillant, Francisco: “Principios orientadores del arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial y los recursos contra el laudo arbitral”. En: **XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. Los medios alternativos de resolución de conflictos**. Barquisimeto, 2001, pp. 113 y ss. Ver también, Hung Vaillant, Francisco: “Apostilla a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia”. En: **El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique**. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003, p. 672. Gabaldon, Frank: “Algunos temas en torno a la Ley de Arbitraje Comercial”. En: **Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, p. 366. Bonnemaïson W, José Luis: **Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006, p. 19. López Fonseca, Manuel: “Las medidas

procesal, a saber, evitar que subsistan dos órganos jurisdiccionales competentes que puedan conocer o conozcan simultáneamente dos asuntos con identidad absoluta en cuanto a los elementos de su pretensión.

---

cautelares en el arbitraje”. En: **Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren**, Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001, p. 34. Álvarez, Tulio Alberto: **Procesos Civiles Especiales Contenciosos**. 2ª, UCAB. Caracas, 2008, p. 117. Haro, José Vicente: “La Justicia Arbitral y la Justicia Judicial”. En: **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1998, p. 153. Ortíz-Ortíz, Rafael: **Teoría General del Proceso**. 2ª, Editorial Frónesis. Caracas, 2004, p. 138. Sánchez Noguera, Abdón: **Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos**. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2004, p. 105. De Jesús O, Alfredo: “Crónica de Arbitraje Comercial. Número 1”. En: *Revista de Derecho*. N° 20. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006, p. 170. De Jesús O, Alfredo: “La excepción de arbitraje Comercial”. En: **XXXII Jornadas “J.M. Domínguez Escobar”, Derecho Procesal. El C.P.C. 20 años después. En homenaje a la memoria del Dr. José Andrés Fuenmayor**. Barquisimeto, 2001, p. 227. Martín-Ponte, Rafael: “Las medidas cautelares en el arbitraje comercial”. En: **Ensayos de derecho mercantil. Libro homenaje a Jorge Enrique Nuñez**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 495, entre otros. Entre las razones para argumentar a favor de la jurisdiccionalidad véase nuestro trabajo González Carvajal, Jorge Isaac: “Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial”. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 146. Caracas, 2008, pp. 241-254. Entre la doctrina extranjera que se refiere a este fundamental asunto podemos mencionar, en Argentina: Caivano, Roque: **Arbitraje**. 2ª, Ed. Ad-Hoc. S/l, 2008, pp. 97-101. Alvarado Velloso, Adolfo: **Introducción al Estudio del Derecho Procesal**. 2ª parte. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2008, pp. 66 y ss. En Colombia, Benetti Salgar, Julio: **El Arbitraje en el Derecho Colombiano**. 2ª, Ed Temis. Bogotá, 2001, pp. 22 y 24, quien pareciera adscribirse a la teoría ecléctica, dejando a cada legislación la determinación respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. En España, Montero Aroca, Juan: **Comentario Breve a la Ley de Arbitraje**. Ed. Civitas. Madrid, 1990, pp. 23-24. Barona Vilar, Silvia: **Medidas Cautelares en el Arbitraje**. Editorial Arandazi. Valencia, 2006, pp. 47-49. Caballol Angelats, Lluís: **El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje**. J.M. Bosch ed. Barcelona, 1997, pp. 20-23. Fernández Rozas, José Carlos: **Tratado de arbitraje comercial en América Latina**. Iustel, Madrid, 2008, pp. 95 y ss. En Francia, Oppetit, Bruno: **Teoría del arbitraje**. Ed. Legis. Trad. Silva Romero *et alter*. S/l, 2006, p. 57, quien señala: “... su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo...”.

Sucede así que ante alguna relación jurídica, de carácter privado, susceptible de transacción e independientemente de su naturaleza (contractual o no), las partes acuerdan someter sus conflictos eventuales (o actuales en caso que el conflicto exista) a la decisión de árbitros. Imagínese que la decisión es tomada por razones que cada parte ha estimado conveniente, como, por ejemplo, la naturaleza de la relación amerita una resolución predecible en tiempo y costo, etc.

Presentado el conflicto una de las partes decide desconocer el acuerdo y acudir a los tribunales oficiales para resolverlo ante un juez del Estado. Propone su demanda, la cual es admitida y asimismo es emplazado el demandado para dar contestación. Enterado el demandado de la demanda debe hacer valer el acuerdo de arbitraje (o compromiso o cláusula, si se rige por el “arbitramento” del Código de Procedimiento Civil), pues para él, por los motivos tomados en cuenta en su oportunidad, es preferible resolver este conflicto ante árbitros y no frente a la justicia del Estado. Sin embargo, no cuenta con una defensa nominada en el ordenamiento jurídico venezolano. ¿Qué debe hacer entonces? La respuesta está en el planteamiento de una “excepción”, que es en nuestro ordenamiento una excepción innominada e invertida.

El panorama se complica cuando nos encontramos frente al orden internacional, destino natural del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, en el cual se encuentran vigentes instrumentos normativos que prevén el efecto negativo del acuerdo de arbitraje frente a la jurisdicción oficial y el deber de cada Estado parte de dar cabida a una excepción procesal excluyente de la jurisdicción oficial del Estado en caso de arbitraje internacional. Vigente en Venezuela, como en muchos otros Estados, al margen de otros Tratados sobre la materia se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras – Convención de Nueva York de 1958 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.832 Extraordinario de 29 de diciembre de 1994)<sup>4</sup>, que establece en su artículo II:

<sup>4</sup> Otros importantes instrumentos normativos son: la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975, vigente en Venezuela según Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.170, de 20-02-1985 y el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR.

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 todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Las líneas que siguen tienen como pretensión contribuir de manera modesta al estudio de la defensa o reacción del demandado que pretende hacer valer el efecto negativo (o procesal) del acuerdo arbitral; particularmente en el contexto del tratamiento jurisprudencial que ha recibido en Venezuela a la fecha que se escribe esto. Tomando en cuenta que dentro de las cuestiones previas establecidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil no se encuentra reglada expresamente una excepción de arbitraje o excepción de compromiso, sugerimos una interpretación que vea el fenómeno más allá de las tendencias jurisprudenciales actuales.

## **1. Algunas consideraciones generales sobre la excepción “procesal” de arbitraje**

Como es sabido el proceso como método de debate único e irrepetible adopta una forma que permite a, por lo menos, dos sujetos discutir razones frente a un tercero imparcial. Hay un primer sujeto que inicia el procedimiento mediante la acción procesal poniendo en movimiento el aparato jurisdiccional al cual le

presenta una demanda (documento) que contiene su pretensión jurídica. Esta pretensión va dirigida contra otro(s) sujeto(s), para someter su voluntad a la voluntad del pretendiente. Dado que el proceso es medio de debate entre iguales se le permite al sujeto pasivo de la pretensión, es decir, contra quien va dirigida, acudir al proceso para defenderse. Con esto se cumple el imperativo de garantizar el principio de contradicción del proceso, que, como señala Calamandrei, es manifestación del carácter bilateral de la acción<sup>5</sup>.

En ejercicio de este derecho de defensa, el demandado puede asumir varias actitudes, una de ellas es reaccionar contra la acción y pretensión del actor. En un sentido amplio se entiende que cualquier actitud de defensa que asume el demandado contra el demandante puede entrar dentro de la denominación de “excepción”. Sería así excepción cualquier defensa o contradicción, independientemente de su contenido y finalidad, que el demandado postulara en su oportunidad de defensa<sup>6</sup>. Otra significación más restringida que se le da a la palabra “excepción” se refiere al rechazo basado en razones que el juez no podría tener en cuenta si el demandado no las hubiese hecho valer<sup>7</sup>.

La doctrina ha construido divisiones o clasificaciones de las excepciones. Según el carácter personal se las divide en absolutas y relativas; se las divide también en declinatorias, perentorias, dilatorias y mixtas; sustanciales y procesales, propias e impropias, personales y reales, etc<sup>8</sup>. La clasificación que

<sup>5</sup> Calamandrei, Piero: **Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código**. Vol. I. 2ª, Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. S. Sentis Melendo. Buenos Aires, 1973, p. 239.

<sup>6</sup> *Vid.* Chiovenda, Giuseppe: **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Ed. Valletta. Trad. E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco. Buenos Aires, 2005, p. 297; Devis Echandia, Hernando: **Compendio de Derecho Procesal**. Tomo. I. 10ª, Editorial ABC. Bogotá, 1985, pp. 239 y ss. También Morales Molina, Hernando: **Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General**. 11ª, Editorial ABC. Bogotá, 1991, p. 164. Véase también Couture, Eduardo: **Vocabulario jurídico**. 6ª reimp. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997, p. 269. Couture, Eduardo: **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**. 3ª, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977, p. 90.

<sup>7</sup> *Vid.* Calamandrei: ob. cit., p. 240.

<sup>8</sup> *Vid.* Chiovenda: ob. cit., pp. 308-309. Devis Echandia: ob. cit., t. I, pp. 246 y ss. Morales Molina: ob. cit., pp. 168-171. Couture: **Fundamentos...**, pp. 113-119. Borjas:

más éxito ha tenido es la que las divide en dilatorias y perentorias<sup>9</sup>. Según alguna doctrina, las dilatorias tendrían relación con el tiempo señalado para proponerlas, mientras que las perentorias podían ser alegadas en cualquier estado del juicio; para otros, la diferencia entre unas y otras, radica en que mientras las perentorias tendían a extinguir completamente el derecho del actor o a perimir o anular el procedimiento, las dilatorias tendían a suspender el ejercicio de la acción o el curso de la actuación procesal. Creemos que el enfoque más adecuado es este último.

En este último sentido, señala Ferrero: “La división entre dilatorias y perentorias no se refiere al tiempo en que son interpuestas las excepciones, sino a la naturaleza de las mismas, según si paralizan o extinguen la acción”<sup>10</sup>. Por su parte, Bülow señala: “La diferencia consiste en que las perentorias son una limitación permanente y las dilatorias, temporarias del derecho del actor. Las primeras se oponen a la acción en toda circunstancia, las últimas pueden evitarse por el actor”<sup>11</sup>. En todo caso, ambas excepciones tuvieron en su origen un genuino contenido material, como demostró Bülow<sup>12</sup>.

La clasificación en Venezuela ha perdido relevancia aparente, pues el Código de Procedimiento Civil vigente (1986) descartó cualquier inclinación por alguna clasificación legal de excepciones. En efecto, la antigua división que se desprendía del texto del Código de Procedimiento Civil de 1916, entre excepciones dilatorias, de inadmisibilidad y perentorias (artículos 247 y siguientes) desapareció. Respecto a la clasificación del derogado Código de Procedimiento Civil venezolano señala Borjas:

---

ob. cit., t. III, p. 61. Ferrero, Augusto: **Derecho Procesal Civil. Excepciones**. 2ª, s.e. Lima, 1974, pp. 74 y ss. Vescovi, Enrique: **Teoría General del Proceso**. Editorial Temis. Bogotá, 1984, p. 91.

<sup>9</sup> Vid. Briseño Sierra, Humberto: **El juicio ordinario civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia mexicanas**. Vol. I. Ed. Trillas. México, 1988, p. 396, que critica la clasificación de excepciones mixtas.

<sup>10</sup> Ferrero: ob. cit., p. 79.

<sup>11</sup> Bülow, Oskar von: **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Librería El Foro. Trad. Miguel A. Rosas Lichtschein. Buenos Aires, 2008, p. 235.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 231-232.

La clasificación más importante de las excepciones, y la que tiene verdadero interés práctico, es la que establece nuestra ley procesal, como se ha visto en el comentario del artículo 247, en excepciones dilatorias, de inadmisibilidad y perentorias, según tengan por objeto paralizar temporalmente el procedimiento, desechar la demanda y no dar entrada al juicio, o atacar la acción del demandante para destruir o enervar sus efectos<sup>13</sup>.

No obstante, algunas normas conservaron el *nomen iuris*. Por ejemplo, el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil vigente:

En la contestación de la demanda el demandado deberá expresar con claridad si la contradice en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación, y las razones, defensas o excepciones perentorias que creyere conveniente alegar...

La intención del legislador del Código vigente parece haber sido evitar la problematización que tal división produjo con la clasificación de excepciones en nuestro Código de 1916, sustituyéndola por cuestiones previas. Sin embargo, no parece sensato considerar que la eliminación textual de la clasificación legal impida clasificar a las cuestiones previas y demás defensas que puedan invocarse, dentro de la categoría de excepciones dilatorias y/o perentorias.

Ahora, visto que nuestro Código abandonó la división entre excepciones dilatorias, perentorias o de inadmisibilidad, parecería que cualquier otra excepción procesal previa que pueda deducirse del ordenamiento jurídico deberá, en principio, ser reconducida a través de alguna de las cuestiones previas nominadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil<sup>14</sup>; no obstante,

<sup>13</sup> Borjas: ob. cit., p. 66.

<sup>14</sup> Establece el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil: "Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, podrá el demandado en vez de contestarla promover las siguientes cuestiones previas: 1º La falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto deba acumularse a otro proceso por razones de accesoriadad, de conexión o de continencia. 2º La ilegitimidad de la persona del actor por carecer de la capacidad necesaria para comparecer en juicio. 3º La ilegitimidad

creemos que en materia de excepciones y en general cuando nos referimos al derecho constitucional a la defensa es necesario un enfoque progresista y no restrictivo. En el planteamiento de excepciones y defensas está comprometido el propio derecho de acceso a la justicia, el derecho de acción y el derecho a la defensa. En este sentido, Alvarado Velloso señala:

... las excepciones admisibles en proceso en el cual se discute acerca de una pretensión declarativa no deben considerarse a las restringidas a las pocas que enumeran algunas leyes, respecto de las cuales la doctrina afirma su carácter taxativo<sup>15</sup>.

Se trata así de una premisa para abordar el tema que nos ocupa. Respecto a la excepción de arbitraje, la entendemos como una excepción dilatoria que se erige en garantía procesal por medio de la cual una de las partes pretende hacer valer la eficacia procesal de un acuerdo arbitral, y, con ello, su pretensión de que se solucione la controversia por la vía escogida consensualmente excluyéndose de la competencia de los jueces. La excepción de arbitraje es pues una garantía específica, aunque innominada, para hacer valer el acuerdo de arbitraje, y más aun, para hacer valer el derecho al proceso arbitral (*Vid.* sent. 192/08 de la Sala Constitucional).

---

de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, o por no tener la representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente. 4º La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye. La ilegitimidad podrá proponerla tanto la persona citada como el demandado mismo, o su apoderado. 5º La falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio. 6º El defecto de forma de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340, o por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78. 7º La existencia de una condición o plazo pendientes. 8º La existencia de una cuestión prejudicial que debe resolverse en un proceso distinto. 9º La cosa juzgada. 10. La caducidad de la acción establecida en la Ley. 11. La prohibición de la ley de admitir la acción propuesta o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda. Si fueren varios los demandados y uno cualquiera de ellos alegare cuestiones previas, no podrá admitirse la contestación a los demás y se procederá como se indica en los artículos siguientes”.

<sup>15</sup> Alvarado Velloso: **Introducción al Estudio...**, 1ª parte, p. 203.

### *1.1. La excepción de arbitraje en el “arbitramento” del Código de Procedimiento Civil de 1986*

Según nuestro entendimiento, la defensa o excepción de arbitraje no aparece en Venezuela con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial. Antes bien, creemos que pudo deducirse del Código de Procedimiento Civil de 1986. El Código de rito vigente dio un paso importante en materia de arbitraje al prever mecanismos para hacer valer el contrato arbitral. También es conocido que bajo la vigencia del Código se diferencia aún la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. La cláusula compromisoria como una cláusula prevista en un contrato en la cual se someten las controversias eventuales o potenciales a la decisión de árbitros (algunos afirman que el rasgo definitorio consiste en que la cláusula se acuerda antes del conflicto); mientras que el compromiso es el acto jurídico autónomo e independiente mediante el cual las partes someten sus controversias a arbitraje. Resulta conveniente, en vía de claridad, mencionar que el régimen del arbitramento del Código de Procedimiento Civil es diferente al de la Ley de Arbitraje Comercial, fundamentalmente en lo relativo a la excepción o defensa de arbitraje, porque en la Ley de Arbitraje la competencia para decidir sobre la competencia del árbitro (*kompetenz-kompetenz*) la tiene el propio árbitro (o tribunal arbitral) mientras que en el arbitramento la competencia de la competencia la tiene el juez oficial (artículos 7 y 25 de la Ley vs. artículo 613 del Código).

El compromiso o la cláusula compromisoria formalizados son causa eficiente para sustraer o excluir la competencia de los jueces oficiales y otorgársela a los árbitros, es decir, para producir el efecto negativo (o procesal). La situación ideal se da cuando las partes están plenamente de acuerdo en llevar adelante el arbitraje de rito (arbitramento) y formalizan bien el compromiso o la cláusula arbitral.

Ahora, puede ocurrir que existiendo una cláusula compromisoria o compromiso arbitral una de las partes incumpla en someterse al arbitramento, es decir, a formalizarlo. Para regular esta situación el Código estableció en su artículo 609:

Si existiere cláusula compromisoria, las partes formalizarán el compromiso siguiendo en un todo las exigencias establecidas en el artículo anterior; pero si alguna de las partes se negare a formalizarlo, la otra podrá presentar el instrumento público o privado en el cual conste la obligación de comprometer al Tribunal que deba conocer o esté conociendo de la controversia, expresando las cuestiones que por su parte quiera someter a arbitramento. Presentado dicho instrumento, el Tribunal ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso en el quinto día siguiente, en cualquier hora de las fijadas en tablilla a que se refiere el artículo 192...

Esta disposición normativa no está redactada en forma clara<sup>16</sup>, entre otras razones porque el encabezado debió ser una disposición normativa independiente que regulara la cláusula compromisoria; sin embargo de su inteligencia se colige que el contenido que sigue luego del “punto y coma” aplica tanto al compromiso arbitral como a la cláusula compromisoria. Y más aun, de su lectura es posible prever la situación de que sea el demandado en el proceso quien plantee una defensa o excepción, para lograr la constitución del tribunal arbitral y la exclusión de competencia del tribunal oficial.

En efecto, la disposición normativa reza en su parte pertinente: “... la otra [parte] podrá presentar el instrumento público o privado en el cual conste la obligación de comprometer al Tribunal que deba conocer o esté conociendo de la controversia...” De suponer que si el tribunal oficial está conociendo la controversia es porque una de las partes inició el procedimiento judicial; luego, si inició el procedimiento a despecho de una cláusula compromisoria o compromiso arbitral es evidente que, en principio, el sujeto que se niega a formalizar el compromiso o cláusula es la parte actora. Luego, la parte demandada puede exigir la formalización del compromiso o la cláusula por la vía de la incidencia que prevé la norma en cuestión. Y por tratarse de una reacción o contradicción del demandado que

---

<sup>16</sup> *Vid.* Baumeister Toledo, Alberto: “Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela. Informe al Comité AIDA CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 51. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1997, p. 325.

ataca la competencia del juez oficial, es necesario calificarla como una excepción procesal. De manera que, en nuestra opinión, la excepción de arbitraje estaba ya en nuestro Código de Procedimiento Civil de 1986.

Ahora, tal “excepción” asume una forma poco clara, no propiamente como excepción o cuestión previa de las previstas en el Código de Procedimiento Civil vigente, sino como una “incidencia procesal”<sup>17</sup>. Como explica Baumeister, la incidencia procesal de arbitraje tendría como objeto resolver sobre la validez y eficacia del compromiso o cláusula compromisoria, y su enfoque natural sería el de calificarla como incidencia principal, utilizada con el objeto único de que el convenio quede formalizado, mediante demanda dirigida a compeler al contrario a acudir y formalizar el arbitraje.

Sin embargo, puede enfocársela –según explica el autor– como mecanismo *ad hoc*, para hacer valer la existencia del convenio “cuando una de las partes suscritora del mismo, de *improbis* acude a la vía jurisdiccional y llama al proceso a su contraria, y con ello incurre en franco desconocimiento del citado pacto”<sup>18</sup>. En este último caso la incidencia es calificada como accidental. La vía principal sería aquella por medio de la cual el actor pretende la constitución del tribunal arbitral mediante una acción donde se pretenda eso, mientras que la accidental aquella que pertenece al demandado que pretende mediante una reacción (excepción) se haga expedita la vía arbitral.

Sin lugar a dudas la interpretación en cuestión se desprende del texto del Código de Procedimiento Civil de 1986, es decir, la posibilidad de plantear una incidencia, bien principal (activa-acción) o accidental (pasiva-excepción) para hacer valer la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral regulado según la ley de rito civil.

Ahora, la posibilidad última es explicada por Baumeister siguiendo el criterio de que el arbitraje del Código de Procedimiento Civil no es un mecanismo jurisdiccional *strictu sensu*, por lo que no resulta posible hacer valer su existencia

<sup>17</sup> *Vid.* Baumeister Toledo: ob. cit., p. 324.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 326.

a través de la falta de jurisdicción (no da lugar a la regulación de la competencia-jurisdicción), ni se contempla como causa de pérdida o suspensión de la actividad jurisdiccional, lo que obliga a la parte demandada a plantear una incidencia de cláusula compromisoria o compromiso arbitral. Por ello, recomienda el autor, en el contexto del arbitramento del Código de rito, que ante la falta de regulación de una cuestión previa o defensa anticipada de acuerdo arbitral, la parte demandada debe hacer valer la existencia de la cláusula o compromiso como defensa previa (opuesta antes del acto de contestación de la demanda), siendo recomendable el planteo de la existencia de una “cuestión prejudicial”, en el sentido de que sea resuelto de carácter previo al juicio ordinario el incidente relativo a la validez de la cláusula compromisoria<sup>19</sup>.

En todo caso, queremos rescatar que el tratamiento procesal de la excepción o incidencia que regula el Código de Procedimiento Civil para el arbitramento tiene rasgos particulares, que reclaman autonomía respecto a *verbigracia* la propia excepción de falta de jurisdicción y, como veremos, respecto a la excepción de arbitraje comercial que se deduce de la Ley de Arbitraje Comercial.

### *1.2. La excepción de arbitraje en algunos ordenamientos jurídicos foráneos*

En Argentina el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su Libro Sexto “Proceso Arbitral”, prevé una incidencia para demandar la constitución del tribunal arbitral. Así, el artículo 742 es del tenor siguiente:

Podrá demandarse la constitución del tribunal arbitral, cuando una o más cuestiones deban ser decididas por árbitros.

Presentada la demanda con los requisitos del artículo 330, en lo pertinente, ante el juez que hubiese sido competente para conocer en la causa, se conferirá traslado al demandado por diez días y se designará audiencia para que las partes concurran a formalizar el compromiso.

<sup>19</sup> Baumeister Toledo: ob. cit., p. 327.

Si hubiese resistencia infundada, el juez proveerá por la parte que incurriera en ella, en los términos del artículo 740.

Si la oposición a la constitución del tribunal arbitral fuere fundada, el juez así lo declarará, con costas, previa sustanciación por el trámite de los incidentes si fuere necesario.

Si las partes concordaren en la celebración del compromiso, pero no sobre los puntos que ha de contener, el juez resolverá lo que corresponda.

La norma no está redactada como si se tratara de una excepción; más lo hace como si se tratara de una acción. Según comenta Caivano, el carácter obligatorio de la cláusula compromisoria (acuerdo) se traduce en acciones y excepciones tendientes a hacer efectivo el pacto arbitral. Por un lado, si una parte se niega a celebrar el compromiso la contraria tiene una acción judicial para compelerlo. Si se inicia la demanda en sede judicial, el demandado podrá oponer la excepción de incompetencia y el juez deberá declinar a favor de los árbitros<sup>20</sup>. Señala el autor que si bien el Derecho argentino no cuenta con una norma que consagre la excepción de convenio arbitral se la puede llegar a individualizar por aplicación de los principios generales. En sentido similar comenta Gozáni al destacar los efectos del acuerdo:

La principal consecuencia se asienta en excluir la actividad jurisdiccional futura, posibilitando que las partes aleguen la excepción de incompetencia si una de ellas, ante la crisis contractual o conflicto emergente, promoviese acción judicial...<sup>21</sup>.

Para Alsina el compromiso arbitral da lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción o declinatoria. En efecto, señala que “procede la excepción cuando en el contrato se convino que cualquier dificultad deba ser dirimida

<sup>20</sup> Caivano: ob. cit., p. 115.

<sup>21</sup> Gozáni, Osvaldo: **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Depalma. S/I, 1995, p. 140.

por árbitros”<sup>22</sup>. También para Alvarado Velloso la excepción viable en caso de mediar un acuerdo de arbitraje es la excepción de incompetencia<sup>23</sup>. En doctrina argentina existe acuerdo en que el medio idóneo para plantear la excepción es la incompetencia.

La Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia (Ley N° 1770) de 1997, prevé expresamente la excepción que comentamos, denominándola excepción de arbitraje. Así, el artículo 12 es del siguiente tenor:

- I. El convenio arbitral importa la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje.
- II. La autoridad que tome conocimiento de una controversia sujeta a convenio arbitral debe inhibirse de conocer el caso cuando lo solicite la parte judicialmente demandada. En este caso, dicha parte puede oponer excepción de arbitraje en forma documentada y antes de la contestación. La excepción será resuelta sin mayor trámite, mediante resolución expresa.
- III. Constatada la existencia del convenio arbitral y sin lugar a recurso alguno, la autoridad judicial competente declarará probada la excepción de arbitraje o, pronunciándose únicamente sobre la nulidad o ejecución imposible del convenio arbitral desestimaré la excepción de arbitraje.
- IV. No obstante haberse entablado acción judicial, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar laudo mientras la excepción esté en trámite ante el juez.

La claridad de la norma boliviana es patente. Se reconoce la autonomía de la excepción para hacer valer el arbitraje, denominándosela excepción de arbitraje. Se la cataloga como una excepción que debe ser alegada a instancia de parte

<sup>22</sup> Alsina, Hugo: **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo II. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1982, p. 90.

<sup>23</sup> Alvarado Velloso: **Introducción al Estudio...**, 1ª parte, p. 194.

(*ope exceptionis*), se la desembaraza de formulismos o solemnidades, requiriéndose que se proponga en forma documentada y antes de la contestación.

En Colombia, la excepción de compromiso o cláusula compromisoria se encuentra prevista en el Código General del Proceso en el numeral 2 del artículo 100: “Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: [...] 2. Compromiso o cláusula compromisoria...”.

Mientras que en el párrafo primero del artículo 90 el Código de rito colombiano establece: “Párrafo primero: La existencia de pacto arbitral no da lugar a inadmisión o rechazo de la demanda, pero provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa”.

Para Morales, tanto el compromiso como la cláusula compromisoria dan pie al planteamiento de la excepción de compromiso, derogan la jurisdicción común y en el fondo equivalen a la falta de jurisdicción, pero el Código le dio entidad autónoma en vía de claridad<sup>24</sup>. Para Morales, la excepción de compromiso es una excepción perentoria del proceso, pues esta, como excepción perentoria, mata el proceso en el cual el derecho se ejerce<sup>25</sup>.

Según señala Benetti, parte de la doctrina encabezada por Martínez Niera consideran que se trata de una excepción de falta de competencia en el juez, quien, sin embargo, conserva jurisdicción para el conocimiento de los demás procesos que la ley le adscribe y que la misma debe ser declarada *ope exceptionis* y no de oficio, criterio compartido por Monroy Cabral<sup>26</sup>. Para Rafael Gamboa, no se trata de una derogación sino de una subrogación de competencia, pues el tribunal arbitral tiene jurisdicción por ministerio de la ley y competencia en el hecho concreto por la voluntad de las partes<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Morales Molina: ob. cit., p. 377.

<sup>25</sup> Ibid., p. 168.

<sup>26</sup> Vid. Benetti Salgar: ob. cit., pp. 119-120.

<sup>27</sup> Ibid., p. 121.

Para Devis la excepción de compromiso es una excepción previa absoluta o definitiva, es decir, una excepción por medio de la cual se hacen valer impedimentos procesales con pretensiones de ponerle fin al proceso<sup>28</sup>. Sin embargo, procura no denominarla excepción dilatoria, sino excepción previa, dejando la denominación de excepción dilatoria para aquellas que ha denominado la doctrina como de mérito o de fondo, para dilatar la exigibilidad del derecho pretendido por el demandante<sup>29</sup>. Para el autor tanto la cláusula compromisoria como el compromiso originan incompetencia del juez ante quien se formule la demanda con desconocimiento de dicho pacto. En caso de cláusula compromisoria, la excepción se alega como motivo de reposición o como excepción previa, pero debe alegarse oportunamente o de lo contrario se produce renuncia implícita a la vía arbitral. Mientras que cuando media compromiso después de surgido el litigio, se produce una pérdida de competencia para el juez, quien debe suspender el trámite a los fines de la constitución del tribunal arbitral<sup>30</sup>.

La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador (Ley N° 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997 reformada por Ley N° 2005-48. RO/532 de 25 de febrero de 2005)<sup>31</sup>, regula la excepción en forma autónoma en su artículo 8, que es del siguiente tenor:

Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente.

<sup>28</sup> Devis Echandia: ob. cit., t. I, p. 249. Entre la doctrina venezolana: Rivera Morales, Rodrigo: **Presupuestos procesales y condiciones de la acción en el proceso civil. Actualidad de dos conceptos fundamentales**. <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org> [consulta: 20-03-2012], identifica a la existencia de convenio arbitral como un óbice procesal “en cuya presencia en un caso concreto imposibilita que se pueda llegar a una sentencia válida sobre el fondo del litigio”.

<sup>29</sup> Devis Echandia: ob. cit., t. I, p. 587.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, t. III, pp. 820-821. Coincide esta opinión con la norma prevista en el artículo 617 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

<sup>31</sup> La primera establecía también en su artículo 8, la excepción de arbitraje: “Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan cele-

Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral.

En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

La norma describe las formas de renunciar al arbitraje y al señalar la renuncia tácita regla la excepción de existencia de convenio arbitral. La sujeta a simples requisitos, como su proposición en la oportunidad contestar la demanda (*ope exceptionis*) y la prueba de las afirmaciones, que en caso del excepcionante consistiría en la prueba del acuerdo. El efecto de la estimación de la excepción es el archivo de la causa.

La Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003 de 23 de diciembre), establece en su artículo 11:

1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

---

brado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.
3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar a un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

Disposición normativa que debe ser coordinada con los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000), que establecen:

Artículo 39. El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia.

Artículo 63.1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a Tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros.

Según señala Cordón Moreno, la Ley de Arbitraje de 2003 hace desaparecer la excepción de arbitraje que estaba prevista en el artículo 11 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje<sup>32</sup>, y se equipara el planteamiento del

<sup>32</sup> Establecía el artículo 11 de la mencionada Ley española: “1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente la oportuna excepción. 2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de apersonadas en juicio, cualquier actividad procesal que no la de proponer en forma la oportuna excepción” (citado en Montero Aroca: ob. cit., p. 69).

efecto negativo del acuerdo arbitral tanto en el ámbito internacional como en el interno a la falta de competencia judicial internacional o a la falta de competencia territorial, defectos procesales ambos denunciabiles sólo a instancia de parte por el cauce de la declinatoria, que siempre deberá plantearse con carácter previo<sup>33</sup>. Destaca de la Ley española vigente el reconocimiento expreso de los efectos positivos y negativos del acuerdo, así como la naturaleza *ope exceptionis* de la excepción. También que la misma no suspende el curso de la prosecución de las actuaciones arbitrales y el mantenimiento de la potestad cautelar de los jueces oficiales<sup>34</sup>.

La Ley de Arbitraje de Guatemala de 17 de noviembre de 1995, dedica una disposición normativa a reglar la excepción de arbitraje, denominándola genéricamente excepción de incompetencia. El artículo 11, dispone:

1. El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia.

Se entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omita interponer la excepción de incompetencia.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, habiéndose hecho valer la excepción de incompetencia, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones

<sup>33</sup> Córdón Moreno, Faustino: **El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje**. Ed. Civitas. S/I, 2005, p. 138.

<sup>34</sup> Sobre la influencia de la Ley de arbitraje española en nuestra manera de concebir la excepción de arbitraje volveremos *infra*, cuando mencionemos que el tratamiento en Venezuela de la excepción siguió muy de cerca al derogado artículo 11 de la Ley de Arbitraje española de 1988 y de la interpretación ofrecida en la obra del catedrático español Caballol Angelats.

arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Como la mayoría de las leyes de arbitraje hasta acá mencionadas, la Ley guatemalteca consagra expresamente el efecto positivo y negativo del acuerdo y señala que para hacer valer este último la excepción pertinente es la excepción de incompetencia. Excepción que tendrá que hacerse valer so pena de entenderse prorrogada la competencia de los tribunales oficiales. Por otra parte, también consagra que la existencia del litigio judicial en el cual se plantea la excepción no impide la iniciación y prosecución del proceso arbitral.

En Perú, para el año 1974, Augusto Ferrero señalaba que la excepción de arbitraje es una excepción de incompetencia. Concretamente indicaba el autor: “Algunas legislaciones consideran como excepción a la de arbitraje, cuando sin respetar el compromiso pactado, una de las partes demanda ante un fuero común. Sin necesidad de crear una nueva excepción, procederá en este caso la de incompetencia, por ser juzgador competente el árbitro o el tribunal arbitral”<sup>35</sup>. Al respecto el Código Procesal Civil peruano establece en sus artículos 446.13 y 448:

Artículo 446. Excepciones proponibles. El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: [...] 13. Convenio arbitral.

Artículo 448. Sólo se admitirán los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven. Para la excepción de convenio arbitral únicamente se admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia.

Normas a ser coordinadas con el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071 de 2008 que norma el arbitraje, que prevé la excepción de convenio arbitral:

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como

<sup>35</sup> Ferrero: ob. cit., p. 96.

excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> La norma vigente amplió la anterior, también prescrita en el artículo 16 de la Ley General de Arbitraje N° 26.572, que establecía: “Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral. Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los

Finalmente podemos mencionar el Código General del Proceso de Uruguay (Ley 15.982), que en el Título VIII regula todo lo relativo al proceso arbitral y en particular en su artículo 475 recoge el efecto negativo del acuerdo: “La cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someterán a la decisión de los árbitros”.

Del catálogo normativo mencionado un hecho particular no escapa a la vista y es que la excepción o defensa para hacer valer el efecto negativo del acuerdo de arbitraje es un tema sujeto a la contingencia de cada orden normativo<sup>37</sup>. Pero algo sí es común en los órdenes normativos aludidos y es que: 1. La excepción o defensa de arbitraje se plantea *ope exceptionis*, es decir, se propone a instancia de parte, 2. Se la desembaraza de mayores formalismos, y que 3. En todos los casos produce la separación del juez del conocimiento de la causa, o mejor dicho, la extinción del proceso judicial. Características comunes arrojan rasgos que pueden ser universalizados con pretensiones científicas, parangonados con nuestro instituto y ofrecer una solución que, sin ser mimética de las soluciones ajenas, obedezcan a su función y finalidad.

## 2. La excepción de arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 y su tratamiento jurisprudencial

En consideraciones preliminares al Proyecto de la Ley de Arbitraje Comercial vigente Baumeister sugirió la siguiente redacción del artículo 6 del Proyecto:

El acuerdo de arbitraje estará constituido por indubitable manifestación de voluntad escrita de las partes, contenida en cualquier documento o conjunto

---

árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el artículo 1. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo”. Sobre la interpretación de esta norma *vid.* Lohmann Luca de Tena, Guillermo: “Interferencia Judicial en los Arbitrajes”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 1. 2005, pp. 269-271.

<sup>37</sup> Sobre el tema véase el trabajo de Fernández Rozas: ob. cit., pp. 688-706.

de instrumentos, conformes a la cual deciden que la resolución de todas o algunas de las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas, respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, sea resuelta por árbitros arbitradores o de derecho, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria.

Dicha manifestación de voluntad puede estar contenida en una cláusula contractual o ser producto de un acuerdo independiente en que se lo contemple.

El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria y existiendo, se lo deberá hacer valer en la primera oportunidad de incorporarse al proceso por cualquiera de los interesados ante el tribunal que conciere sobre los asuntos que deban ser resueltos por arbitraje, so pena de que al no hacerlo se repute reasumida la jurisdicción por los jueces naturales.

El órgano judicial ante quien se hiciera valer oportunamente la existencia de un acuerdo de arbitraje, y constatada que fuere su existencia documental, suspenderá *ipso facto* el curso de la causa, ordenando a las partes tomar las providencias del caso para constituir el Tribunal Arbitral conforme a dicho acuerdo. Todo lo actuado hasta esa oportunidad será nulo y sin efecto alguno<sup>38</sup>.

La propuesta del doctrinario abarcó las omisiones que no recogió el Código de rito en materia de arbitramento, como: la oportunidad de hacer valer la defensa o excepción de arbitraje y los efectos de su proposición. Sin embargo, la recomendación en referencia no fue acogida y la Ley de Arbitraje Comercial nada estableció definitivamente sobre el tratamiento procesal de la excepción de arbitraje.

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial es el fundamento de la excepción de arbitraje comercial, según la cual:

---

<sup>38</sup> Baumeister Toledo, Alberto: “Algunos comentarios sobre el Proyecto de la Ley de arbitraje comercial”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 52. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1998, pp. 433-434.

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.

Sin embargo, al existir en nuestro ordenamiento procesal la figura de las cuestiones previas (defensas previas a la contestación a la demanda) cualquier defensa procesal no prevista en el catálogo del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, no es aceptada (fácilmente) de forma autónoma, y en caso de ser aceptada, es reconducida y explicada mediante un instituto conocido. Así ocurre con la defensa o excepción de arbitraje en Venezuela, la cual es asimilada por la mayoría doctrinaria a un supuesto de falta de jurisdicción.

En efecto, el régimen de la excepción de arbitraje fue elaborado por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entendiendo que la eficacia del contrato de arbitraje (acuerdo de arbitraje según la vigente Ley de Arbitraje Comercial), se hace valer como defensa a través de la cuestión previa de falta de jurisdicción. No obstante, sobre este criterio hay antecedentes jurisprudenciales previos a la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial y previos a la actual composición del Tribunal Supremo como la sentencia dictada por la otrora Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en el caso *Embotelladora Caracas C.A. y otras vs. Pepsi Cola Panamericana*, dictada el 9 de octubre de 1997<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> *Vid.* Hernández-Bretón, Eugenio: “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 109. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1998, pp. 144-149.

Debemos señalar que la diferencia fundamental entre la excepción de arbitraje que prevé el Código de Procedimiento Civil (aplicable al llamado por nuestro Código de rito, arbitramento) y la excepción de arbitraje que se deduce de la interpretación del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, radica no sólo en el trámite (pues mientras el Código de rito regula una incidencia, la excepción o defensa que se deduce de conformidad con la Ley de Arbitraje Comercial no tiene trámite propio) sino también que en aquella la competencia para determinar la competencia del árbitro (*kompetenz-kompetenz*) la conserva el juez del Estado<sup>40</sup>, mientras que en materia de arbitraje comercial, la competencia de la competencia es atribuida al árbitro<sup>41</sup> y no al juez del Estado. La distinción no es baladí, pues, según el Código de rito, el Juez oficial controla tanto la validez del acuerdo como su eficacia procesal<sup>42</sup>; mientras que en materia de arbitraje comercial el juez de la excepción sólo controla la eficacia procesal del acuerdo quedando el tema de la validez del “acuerdo de arbitraje” al conocimiento del propio árbitro. Esto es extensible al ámbito de vigencia del arbitraje (privado) internacional, donde en efecto la doctrina ha señalado unánimemente que del mentado artículo II.3 de la Convención de Nueva York se desprende el principio *kompetenz-kompetenz*<sup>43</sup>. Lo que significa que en materia de arbitraje comercial internacional la competencia de la competencia la tiene el árbitro. Esto debe ser coordinado con el artículo VII de la Convención en referencia del cual se desprende el principio pro arbitraje<sup>44</sup>, que es del tenor siguiente:

<sup>40</sup> Artículo 613 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>41</sup> Establece el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

<sup>42</sup> Por eficacia procesal entendemos el efecto natural y típico del acuerdo de arbitraje, cual es separar o excluir al juez oficial del conocimiento de la causa por existencia de otro órgano jurisdiccional competente, árbitros.

<sup>43</sup> Vid. Escovar Alvarado, Ramón J.: “La facultad de los Tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (Principio *kompetenz-kompetenz*)”. En: **Arbitraje comercial interno e internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Irene de Velera (Coord.). Caracas, 2005. p. 441.

<sup>44</sup> Véase: sentencia N° 192/08, 28-02-2008, Sala Constitucional, caso: Bernardo Weininger y otros.

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque...

Ahora bien, no obstante la claridad de la norma internacional e incluso la de la Ley de Arbitraje Comercial, en Venezuela existe un caos total en cuanto al tratamiento procesal de la excepción o defensa procesal para hacer valer el efecto negativo del arbitraje<sup>45</sup>, al margen de que existen importantes avances impulsados por la Sala Constitucional en sus sentencias N° 1541/08 publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008 (hoy día *leading case* en materia de arbitraje), N° 1067/2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.561 de 26 de noviembre de 2010 y más recientemente sentencia N° 1784/11 de fecha 30 de noviembre de 2011. Podemos identificar criterios de tratamiento procesal que parecen ser diferentes:

### 2.1. *Un primer criterio*

En primer lugar, podemos identificar el criterio que podría llamarse “tradicional” que identifica a la excepción de arbitraje como cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. En atención a este criterio, debe la parte interesada en hacer valer la eficacia procesal del acuerdo arbitral proponer la cuestión previa prevista en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil por estar sometida la controversia (actual o potencialmente) a la jurisdicción de un árbitro. Habría en tal supuesto falta de jurisdicción del Poder Judicial que debe regirse por las normas relativas a esta excepción procesal particular. Esta tesis está arraigada en el foro vene-

<sup>45</sup> Vid. De Jesús O, Alfredo: “Crónica de arbitraje comercial: Sexta entrega”. En: *Revista de Derecho*. N° 31. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2009, p. 153.

zolano y es casi un dogma inexpugnable hasta el punto que se relaciona la excepción de arbitraje de manera automática con la falta de jurisdicción del Poder Judicial. Sin embargo, este criterio no tiene fundamentos sistemáticos que lo avalen y ha generado una monopolización del conocimiento de la excepción de arbitraje en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En este sentido, la sentencia N° 1209 dictada en fecha 19 de junio de 2001, caso: Hoteles Doral vs. Corporaciones L Hoteles, era –como veremos– el *leading case* (seguido por sentencia N° 832/2002, caso: Inversiones San Ciprian, C.A.). La Sala Político Administrativa señaló en ese caso como puntos de juricidad relevantes para resolver la consulta que se le sometía: i. la necesidad de determinar la validez de la cláusula compromisoria para advertir o no su eficacia, particularmente el relativo a la capacidad “de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros”, ii. el carácter expreso, inequívoco e incuestionable de las cláusula de enervar cualquier conocimiento judicial sobre los conflictos, y iii. la existencia de conductas procesales de las partes, orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje, como: no renunciar tácitamente al arbitraje bien por efectuar cualquier actuación diferente al planteamiento de la “declinatoria de competencia” o si bien planteándola no se haga en “forma”, es decir, de conformidad con el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, esto último –según la Sala– por requerirse una especial técnica para el planteamiento de la excepción.

La importancia de esta decisión fue el establecimiento de una serie de requisitos y condiciones para la eficacia de la excepción o defensa de arbitraje no previstos en la ley, así como la ambigüedad al no distinguir la falta de jurisdicción y la incompetencia del tribunal, sin aclarar cuál de los dos institutos aplicaba como mecanismo para hacer valer la eficacia procesal del acuerdo. Asimismo, el fallo, luego de reconocer la vigencia constitucional de los medios alternativos de resolución de conflictos y el mandato dirigido no sólo al Poder Legislativo sino también al Poder Judicial de promoverlos, declara la intención de “salvaguardar la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso tergiversado que

de ellos se pretenda, en aras de alterar o defraudar los cánones y principios del sistema ordinario de administración de justicia”, considerando que el arbitraje es una excepción y eclipse a la competencia constitucional de los tribunales.

En las sentencias de Sala Político Administrativa se observó una recurrente confirmación y ratificación del criterio establecido en las sentencias números: 1209/01 y 832/2002<sup>46</sup>. Así, podemos mencionar sentencias: 687/2009

<sup>46</sup> En esta sentencia se establecieron las condiciones de procedencia de la excepción: “a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros. b) La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir. Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia: b 1) La denominada <Renuncia Tácita al Arbitraje>, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en <forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil>, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando al fondo de la misma) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en <forma> esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación procesal adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (Véase, entre otras, sentencias números: 1209 del 20 de junio de 2001 y 832, del 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral, C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A.)”.

publicada el 21 de mayo de 2009, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. vs. Oceanlink Offshore III AS; 812/2009 publicada el 4 de junio de 2009, caso: Euro Delicias, C.A. vs. Delicocinas, C.A.; 1069/2009 publicada el 15 de julio de 2009, caso: Vanuatu, S.A. vs. Desarrollos El Carite, C.A.; 1627/2009 publicada el 11 de noviembre de 2009, caso: Inversiones Infeca 27, C.A. vs. Servicios Halliburton de Venezuela, C.A.; 509/2010 publicada el 02 de junio de 2010, caso: Organización Lider 2000, C.A.; 00927/2010 publicada el 29 de septiembre de 2010, caso: Alfredo Méndez Carballo vs. Villas de Loma Linda, C.A.; y 1093/2010 publicada el 03 de noviembre de 2010, caso: Autoambar, C.A. vs. Cosaca Motors, C.A.

Sobre este criterio tradicional debemos señalar que resulta relevante la denominación que se le da a la excepción de arbitraje asimilándola en forma automática a la del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil mencionándose lo siguiente: “cabe advertir que –en cuanto al segundo requisito– referido a la renuncia tácita al arbitraje el demandado debe oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción” (*Vid.* 00927/2010 publicada el 29 de septiembre de 2010, caso: Alfredo Méndez Carballo vs. Villas de Loma Linda, C.A.). La Sala Constitucional “ha dejado sin efecto” los dos criterios líderes previamente referidos, en lo atinente a la llamada renuncia tácita, mediante sentencia N° 1067/2010<sup>47</sup>, criterio que ha sido acogido por la misma Sala Político Administrativa<sup>48</sup>.

No obstante, la existencia del criterio de la Sala Constitucional, aun queda una dificultad que necesita ser superada y es evitar la analogía (*rectius*: interpretación

<sup>47</sup> *Vid.* sentencia N° 1067, 03-11-2011, Sala Constitucional. Véase también de la misma Sala sentencia N° 1784/11, 30-11-2011, caso: Distribuidora Juan de Dios Atacho, C.A. Exp. 10-0036.

<sup>48</sup> *Vid.* de la Sala Político Administrativa las siguientes sentencias números: 00272, 02-03-2011, caso: Atlantis Supply, C.A. y otros vs. Ser 2004, C.A., Exp. 11-0076; 00247, 23-02-2011, caso: Cristobal Brewer Mendoza y otro vs. Manuel Candal Iglesias, Exp. 11-0065 (este fallo resulta interesante, pues se reconoce eficacia a una cláusula de arbitraje societario); 00690, 25-05-2011, caso: Ingemed, C.A. vs. Constructora Norberto Odebrecht, Exp. 11-320; 00908, 26-07-2012, caso: Antonio Fernández y otro vs. Constructora y Promotora Las Cúpulas; y 01131, 09-10-2013, caso: José Aguilar Castro vs. Rosario Mall, C.A. y Desarrollos El Dorado, C.A.

extensiva) entre la falta de jurisdicción y la excepción de arbitraje. Tales realidades jurídicas presentan diferencias específicas que obligan a otorgarle un tratamiento diferenciado. La doctrina venezolana defiende la idea de que el arbitraje produce falta de jurisdicción del Juez<sup>49</sup>, cuando, a nuestro entender, no hay tal falta de jurisdicción.

Según veremos como parte de este criterio tradicional se inscribe también el sentado con carácter vinculante por la Sala Constitucional en sentencia

<sup>49</sup> *Vid.* Henríquez La Roche: ob. cit., p. 115, quien señala: “Cuando el demandante ignora o reputa nulo el acuerdo de arbitraje y propone su demanda ante la jurisdicción pública, dándose inicio al juicio, el demandado debe oponer la primera cuestión previa del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la declinatoria de conocimiento por falta de jurisdicción. No es propiamente incompetencia –insistimos– sino falta de jurisdicción...” *Vid.* Rodríguez, Luis Ernesto: “Falta de jurisdicción y su trámite”. En: **Derecho procesal civil internacional In memoriam Tatiana B. De Maekelt**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, pp. 221-223, el autor, no obstante señalar el régimen anárquico al cual está sujeto la excepción en Venezuela, se inclina por la siguiente conclusión: “... la excepción de arbitraje, es definitivamente un supuesto de falta de jurisdicción, y más específicamente, un caso de falta de jurisdicción sobrevenida”. También Madrid Martínez, Claudia: “El acuerdo de arbitraje como excepción al ejercicio de la jurisdicción”. En: **Derecho procesal civil internacional In memoriam Tatiana B. De Maekelt**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, p. 727, señala la autora: “... el principal efecto del arbitraje es sustraer el litigio de la esfera de competencia de los tribunales ordinarios; por lo que, ante la existencia de una cláusula arbitral, en nuestra opinión, se produce una falta de jurisdicción”. En el mismo sentido Bello Tabares, Humberto E.T. y Jiménez Ramos, Dorgi Doraly: **Teoría general del proceso**. Tomo II. Ed. Liber. Caracas, 2008, pp. 243 y 257. Por su parte De Jesús O.: “Crónica de arbitraje comercial: Sexta entrega”, p. 150, refiriéndose a los criterios de la Sala Político Administrativa señala: “... el incidente que produce una excepción de arbitraje es de naturaleza jurisdiccional y que por lo tanto se trataba, dentro del lenguaje procesal venezolano, de una falta de jurisdicción y no de una falta de competencia. Pero se trataba de un criterio estrictamente procesalista, excesivamente procesalista, valga decirlo, que no podía lograr la armonía necesaria con el nuevo derecho de arbitraje comercial... La dominación procesalista de la vieja escuela del derecho procesal que insistían en una visión tercamente procesalista de la excepción de arbitraje fue superada y desplazada. Hoy en día, por la evolución de las ideas sobre la materia y por el nacimiento de una verdadera cultura arbitral en el foro venezolano, no hay duda de que los antiguos criterios de la Sala Político Administrativa sobre la excepción de arbitraje son completamente inadecuados”.

N° 1067/2010, con avances particulares, que a nuestro modo de ver no aclara definitivamente la situación respecto al trámite de la excepción de arbitraje en Venezuela.

## 2.2. *Un segundo criterio*

En segundo lugar, está un criterio que sin dejar de considerar que la excepción de arbitraje se identifica con un caso de falta de jurisdicción toma al Código de rito civil como norma de referencia, particularmente el trámite de la excepción de compromiso. En este sentido, sin hacer distinción entre el arbitraje de rito y el arbitraje de la Ley de Arbitraje Comercial (internacional o local), considera que a los fines de conocer la excepción de arbitraje comercial debe abrirse la incidencia a que se refieren los artículos 609 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Según este criterio, el arbitraje sigue siendo un supuesto de falta de jurisdicción, pero en vez de tramitarse atendiendo a las norma relativas a las cuestiones previas debe hacerse por la vía incidental que prevé el Código de Procedimiento Civil (artículo 609) para determinar la “validez” de la cláusula compromisoria o el compromiso que documenten la obligación de someterse a árbitros.

En esta tesitura la sentencia N° 649 de 6 de mayo de 2003 de la Sala Político Administrativa, caso: Cosa y Conveca vs. Hanover P.G.N. Compressor, C.A., declara expresamente:

... estima este Juzgador que ante la solicitud por parte de la demandada de que se declare la falta de jurisdicción del tribunal, en virtud de la existencia de una cláusula compromisoria, y visto igualmente que consta a los folios... copia certificada del contrato de obra suscrito por las partes, el cual establece en su cláusula décima novena que “Cualquier disputa o controversia que surja en relación con el presente contrato será sometida a la decisión de tres árbitros de derecho...”, resultaba necesario la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 609 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, a los fines de determinar la validez de la referida cláusula.

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 609 del Código de Procedimiento Civil establece, que de negarse una parte a cumplir el compromiso arbitral, la otra puede presentar ante el tribunal que deba conocer o esté conociendo el asunto, el instrumento en que conste dicho compromiso, expresando las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento, luego de lo cual se ordena la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso en el quinto día siguiente.

Seguidamente, puede ocurrir que el requerido: a) Acepte el compromiso, en cuyo caso debe señalar las cuestiones que desea someter a arbitramento, y al día siguiente se procederá a la elección de los árbitros; b) No asista, y en este supuesto la cláusula se tiene por válida y se procederá a la elección de los árbitros, quienes decidirán ateniéndose a las cuestiones sometidas a arbitraje por el solicitante, o c) Niegue la obligación de someter la controversia a arbitraje, hipótesis en la cual el tribunal abrirá una articulación probatoria de quince días, y decidirá dentro de los cinco días siguientes. Si fuere establecida la validez de la cláusula compromisoria, la controversia se sustanciará mediante el procedimiento de arbitraje previsto en el indicado Código... *Omissis*...

... de conformidad con lo dispuesto en los artículos 608, 609 y 628 del Código de Procedimiento Civil y el primer aparte del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, el Juez de la causa, tendrá jurisdicción y competencia para determinar la validez o no de la cláusula compromisoria si se opone ante él la prevalencia de dicha cláusula como medio para resolver la controversia, cumpliendo y verificando la manifestación de voluntad expresa de las partes involucradas<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Criterio este ratificado por la misma Sala en sentencia N° 01513, 21-10-2009, caso: Agente 007, C.A. vs. Corporación Digitel. De esta decisión llama la atención el criterio del Tribunal que conoció en primera instancia de la excepción de arbitraje. A saber, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Mérida consideró que la presencia de un acuerdo de arbitraje produce incompetencia de los tribunales oficiales. Creemos que la apreciación del Tribunal Merideño es la correcta. No obstante, la Sala estimó que éste confundió conceptos de jurisdicción con el de competencia. No creemos que se haya producido confusión alguna. Compartimos

Sobre este criterio creemos debe insistirse que no puede aplicarse indiferentemente a los arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial en todo su alcance las normas sobre arbitramento del Código de rito<sup>51</sup>, particularmente no puede aplicarse la norma que reserva a los jueces del Estado la competencia para determinar la validez del “acuerdo de arbitraje”. En materia de arbitraje comercial esta competencia la tiene el árbitro (artículo VII de la Convención de Nueva York en concordancia con los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana), mientras que en materia de arbitramento (arbitraje del Código de Procedimiento Civil) dicha competencia la tiene el juez del Estado. Así las cosas, resulta fundamental diferenciar entre uno y otro tipo de arbitraje; diferenciación que debe hacerse al momento de interpretar el acuerdo arbitral, de ahí la importancia de su redacción.

### 2.3. *Un tercer criterio*

Un tercer criterio indica que la excepción de arbitraje representa un caso de prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta. En este sentido, para

---

con la Sala que no puede ser declarada la excepción de arbitraje *ex officio*, pues este tipo de excepciones debe ser planteada *ope exceptionis*, es decir, a instancia de parte.

<sup>51</sup> Y es que el caso particular que se comenta debió regularse por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial y no por las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil para el arbitramento, pues las partes no eligieron las normas del Código de Procedimiento Civil. De hecho, el acuerdo de arbitraje en el caso en referencia era del tenor siguiente: “Cualquier disputa o controversia que surja en relación con el presente contrato será sometida a la decisión de tres árbitros de derecho, de conformidad con las normas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, cuya decisión será definitiva e inapelable. Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se produzca la disputa o controversia, cada una de las Partes designará un árbitro y dentro de los quince días siguientes a dicha designación, los dos árbitros así elegidos, nombrarán al tercer árbitro. Cada parte correrá con los honorarios y gastos del árbitro que ha nombrado y el 50% de los honorarios y gastos del tercer árbitro. El arbitraje se realizará en Caracas, Venezuela y la decisión de los tres miembros del tribunal arbitral. Si las normas de arbitraje comercial de la Cámara Internacional de Comercio estuvieren en conflicto con los términos de este contrato, prevalecerán las disposiciones del mismo”. Sin lugar a dudas se trataba de un arbitraje comercial, al cual resultaba aplicable la Ley de Arbitraje Comercial (artículo 1) y no las normas sobre arbitramento del Código de Procedimiento Civil.

proponerla debe plantearse mediante la cuestión previa prevista en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil<sup>52</sup>. Dentro de la doctrina que se adhiere a esta tesis *Mezgravis* señala:

... no cabe duda de que la cuestión previa que debe interponerse en estos casos, no es ni la relativa a la falta de jurisdicción, ni la de incompetencia, sino la del numeral 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil relativa a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta... *Omissis*...

Igualmente queda claramente establecida la oportunidad en que puede ser declarada la existencia del acuerdo arbitral, esto es, en el propio auto de admisión de la demanda, el cual la negará si consta en alguno de los documentos anexos al libelo de demanda la existencia del acuerdo arbitral y el demandante no hubiere acompañado constancia de la renuncia del demandado (artículo 341 del Código de Procedimiento Civil). También podría ser alegada durante el lapso de emplazamiento como cuestión previa (artículo 346 ordinal 11), o podría hacerse valer en la propia contestación de la demanda (artículo 361 del Código de Procedimiento Civil)...

Por último, la decisión correspondiente no tendría ni consulta ni procedería en su contra la regulación de la jurisdicción, sino el recurso ordinario de apelación ante el Juzgado Superior competente, todo lo cual ayudaría a descongestionar la Sala Político Administrativa en beneficio de la celeridad procesal, y por ende, de la justicia<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> En sentencia dictada en fecha 07-12-2004, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Caracas, caso: *Instrument C.A. vs. Emerson Venezuela C.A. (Emerson Electric, C.A.)*, acogió la excepción de arbitraje comercial por la vía de la cuestión previa de prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta. Pareciera adscribirse a este criterio Araque Benzo, Luis Alfredo: **Manual del arbitraje comercial**. EJV. Caracas, 2011, pp. 93-94, aunque antes se refiere a la excepción como equivalente a falta de jurisdicción señalando: “la excepción de arbitraje o falta de jurisdicción del Tribunal Ordinario...”, p. 91. Véase asimismo Barnola, José Pedro: “Tramitación del procedimiento arbitral”. En: **El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial**. CACC-CEDCA-CEA. L.A. Araque *et alter* (Coords.). Caracas, 2013, p. 314.

En el mismo sentido Longo opina:

... la prohibición de ocurrir a la solución jurisdiccional del conflicto, cuando se ha pactado la solución de las eventuales diferencias a través de árbitros, determina que no pueda admitirse la pretensión deducida en sede judicial, siempre que se haya iniciado el procedimiento arbitral o siempre que ya fuere dictado el laudo, dejando a salvo, en este último caso, el eventual ejercicio de un recurso de nulidad... *Omissis*...

No es, pues, un caso nuevo de falta de jurisdicción, aquel previsto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial; sólo se trata de una prohibición legal expresa de admitirse la pretensión respectiva, si es que el trámite arbitral no ha concluido válidamente, bien porque no se haya iniciado, bien porque se halle en pleno desarrollo; en cambio y sólo en el caso que exista un laudo arbitral ya dictado y no impugnado por razones de nulidad sólo habría una falta de interés jurídico tutelable y, por tanto, la carencia de una de las condiciones para que pueda ejercerse válidamente el poder jurídico de acción e insertarse en la jurisdicción<sup>54</sup>.

Asimismo, Escovar Alvarado opina:

... consideramos que la postura que deberían adoptar los tribunales ordinarios debería ser declarar inadmisibles de oficio todas aquellas demandas que versen sobre una relación contractual que contenga un acuerdo de arbitraje y, consecuentemente, enviar la disputa a arbitraje para que en éste se decida sobre su jurisdicción<sup>55</sup>.

El criterio en referencia no nos parece acertado, *data venia*, pues la cuestión previa que en el sistema venezolano se denomina “prohibición de la ley de

<sup>53</sup> Mezgravis, Andrés A.: “La Promoción del Arbitraje: Un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia”. En: *Revista de Derecho Constitucional*. N° 5. Ed. Sherwood. Caracas, 2001, pp. 151-152.

<sup>54</sup> Longo, Paolo: **Arbitraje y sistema constitucional de justicia**. Editorial Frónesis. Caracas, 2004, pp. 217-221.

<sup>55</sup> Escovar Alvarado: ob. cit., p. 446.

admitir la acción propuesta” tiende al estudio de la legalidad de la pretensión procesal que plantea el actor en juicio y la prohibición de tutelarla por contrariar bien una norma jurídica<sup>56</sup>, el orden público o las buenas costumbres. Es decir, la ley no da acción para pretender un bien determinado y específico. La excepción de arbitraje no se corresponde con el estudio de la legalidad de la pretensión, sino de la capacidad (*rectius*: competencia) del juez del Estado para conocer el asunto (conocido presupuesto procesal relativo a los sujetos procesales, particularmente al órgano judicial).

La excepción de arbitraje pertenece al género más amplio de excepciones declinatorias. Presentarla como prohibición de la ley de admitir la acción propuesta crea más problemas que soluciones, (*verbigracia*: dejaría de ser una excepción *ope exceptionis*, es decir, que debe ser alegada a instancia de parte; podría ser declarada en cualquier estado y grado del proceso *ex officio*, etc., circunstancias éstas que riñen, por ejemplo, con la sumisión tácita e incluso con la expresa –pues puede darse el caso que el demandado que no ha comparecido a juicio aún, y prefiera el litigio judicial que el arbitral, sea no obstante “obligado” por el juez a acudir al arbitraje al declarar inadmisibile la acción actora por considerar, oficiosamente, sin escuchar al demandado, el efecto negativo del acuerdo arbitral–). Creemos que esta tesis no tiene fundamento en el sistema procesal venezolano, pues la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta se fundamenta siempre en una prohibición de la ley de fondo en dar acción para tutelar una determinada y específica pretensión<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Ejemplo típico es el previsto en el artículo 1801 del Código Civil según el cual: “La ley no da acción para reclamar lo que se haya ganado en juego de suerte, azar o envite, o en una apuesta”. Véase al respecto Hernández Merlanti, Luis Alfredo: “El acceso al órgano jurisdiccional y la prohibición de la ley de admitir pretensiones”. En: **Estudios de derecho procesal civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, p. 461.

<sup>57</sup> *Vid.* Alvarado Velloso: **Sistema...**, p. 211, nota 18, donde el autor estudia los requisitos para el ejercicio de la acción, figurando entre ellos la posibilidad de accionar y señala: “Ésta es la razón por la cual los autores han privilegiado el estudio de la pretensión por sobre la acción procesal. Es cierta la afirmación del texto: la posibilidad de accionar depende del tipo de pretensión a esgrimir. Pero no es menos cierto que, al ser menester diferenciar el acto de pedir de la cosa que se pide, esta asignatura debe preocuparse por el primero y no por la segunda, que encuentra siempre su origen en la legislación de fondo”.

## 2.4. *Un cuarto criterio*

Un cuarto criterio considera que la excepción de arbitraje comercial constituye un caso de falta de jurisdicción con la salvedad que no debe someterse al régimen de recursos y consulta a que se refieren los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, según sentencia de 23 de mayo de 2001, Sala Constitucional, caso: Grupo Inmensa, C.A., se estableció:

... respecto a la decisión apelada, esta Sala observa que el Juzgado Superior... acertadamente apreció que no se trataba de un problema de competencia sino de jurisdicción, pero aplicó incorrectamente los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil cuando ordenó la consulta ante la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal de la decisión del 1º de febrero de 2000, por la cual el Juzgado... de Primera Instancia declinó el conocimiento de la causa en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, ya que no se cumplen ninguno de los dos supuestos taxativos que prevé el artículo 59 *eiusdem* para someter a consulta el fallo por el cual el juez advierte su falta de jurisdicción, a saber: 1) la falta de jurisdicción del juez respecto a la Administración Pública, y la 2) la falta de jurisdicción del juez venezolano frente al juez extranjero. Al tratarse de un problema contractual respecto del cual las partes deciden someter sus disputas ante el centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, órgano que, como se precisó con anterioridad, forma parte del sistema judicial dentro de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, pero que no forma parte del Poder Judicial, y al no pertenecer a la Administración Pública y ser resuelta la controversia por la ley venezolana y por un juez venezolano, mal podía ordenar el Juez del Juzgado Superior... la consulta a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, cuando no estaban dados los extremos contenidos en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil, por lo que incurrió en un error que ocasionó dilación en el proceso, por la reposición de la causa, y su paralización por la consulta de ley...<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> En sentencia dictada por la Sala Político Administrativa N° 649, 06-05-2003, caso: Cosa y Conveca vs. Hanover P.G.N. Compressor, C.A., se declaró respecto a este criterio: "... el *a quo* declaró sin lugar la cuestión previa opuesta por considerar que los

Según este criterio el caso de arbitraje no pertenece a ninguno de los supuestos de falta de jurisdicción previstos en el Código de rito (aunque no declara que no se trata de un problema de falta de jurisdicción). En nuestra opinión, no es que la ley dejó de incluir al arbitraje en los supuestos de falta de jurisdicción a que se refieren los artículos 59 y 62 del Código de rito civil, sino que la eficacia procesal del arbitraje no produce falta de jurisdicción por lo tanto la solución debe buscarse en otra norma. La jurisdicción es función y los jueces oficiales conservan competencia para ejercer la función jurisdiccional respecto al arbitraje, quedando en entredicho la competencia para la cognición y decisión de la controversia.

### 2.5. *Un quinto criterio*

Un quinto criterio se inscribe en el primero mencionado (falta de jurisdicción); sin embargo, a su vez contradice la vigencia de los criterios líderes que venía sosteniendo la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Nos referimos a la sentencia N° 1067/2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.561 de 26 de noviembre de 2010, Sala Constitucional, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. vs. Oceanlink Offshore III AS, reseñada en el sumario como: “Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija interpretación vinculante respecto al sistema de arbitraje y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial”, conociendo una acción (*rectius*: pretensión) de revisión constitucional contra sentencia dictada por la Sala Político Administrativa N° 687/2009 publicada el 21 de mayo de 2009, criterio que ha sido acogido por la misma Sala Político Administrativa<sup>59</sup>.

---

únicos casos en los cuales el Juez puede declarar su falta de jurisdicción son los previstos en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, esto es, frente a la Administración y frente al Juez extranjero, criterio éste que ha sido abandonado por la actual tendencia jurisprudencial...”.

<sup>59</sup> *Vid.* sentencias números: 00272, 02-03-2011, caso: Atlantis Supply, C.A. y otros vs. Ser 2004, C.A., Exp. 11-0076; 00247, 23-02-2011, caso: Cristóbal Brewer Mendoza y otro vs. Manuel Candal Iglesias, Exp. 11-0065 (este caso resulta interesante, pues se reconoce eficacia a una cláusula de arbitraje societario); y 00690, 25-05-2011, caso: Ingemed, C.A. vs. Constructora Norberto Odebrecht, Exp. 11-320.

La sentencia hace una serie de consideraciones de principio respecto al arbitraje. Reitera la vigencia del Sistema de Justicia y su relación con el arbitraje; así como la relación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos con la tutela jurisdiccional eficaz, ratifica la existencia de un derecho al arbitraje; en cuanto a la naturaleza jurídica parece adscribirse a una tesis ecléctica<sup>60</sup> (al referirse a la Sentencia N° 1541/08 dictada por la misma Sala Constitucional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055, del 10 de noviembre de 2008) para establecer que las áreas sensibles pueden también someterse a arbitraje; reconoce las relaciones de asistencia y control que se dan entre la justicia oficial y la arbitral; declara que resulta inaceptable el enfrentamiento entre justicia arbitral y oficial; reitera que el arbitraje no es un régimen de excepción<sup>61</sup> y hace una importante declaratoria sobre el régimen cautelar *ante causam* en materia de arbitraje.

La Sala Constitucional efectúa un estudio del criterio de la Sala Político Administrativa (*supra* 2.1.) reivindicando, en primer lugar, la vigencia de los principios de competencia-competencia y de autonomía del pacto arbitral, señalando que los Jueces oficiales que conozcan la excepción procesal de arbitraje “no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales” y no pueden

<sup>60</sup> La parte pertinente de la decisión es del tenor siguiente: “... al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en los términos que el ordenamiento jurídico establezca. En todo caso, esta perspectiva del arbitraje como parte de la función del Estado de impartir justicia, no abandona o excluye una visión contractualista del mismo, que posibilita equilibrar la posición jurisdiccional planteada...”. La Sala Constitucional parece asumir pues una posición ecléctica, aunque en relativamente reciente publicación de la Magistrada Morales Lamuño, Luisa Estella: **Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y laudos internacionales relevantes**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2011, p. 20, al referirse al desarrollo y promoción del arbitraje por parte de la Sala Constitucional en sus sentencias (incluida la comentada en el texto principal) destaca entre los asertos y tópicos sobre los que se ha ocupado la Sala: “... El reconocimiento al carácter privado y no jurisdiccional del arbitraje, aun y cuando forme parte del sistema de justicia (*vid.* artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)”.

<sup>61</sup> Criterio reiterado en sentencia N° 1784/11, 30-11-2011, Sala Constitucional, caso: Distribuidora Juan de Dios Atacho, C.A., Exp. 10-0036.

realizar 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” y debiendo los jueces limitarse en su control preliminar y verificación sumaria 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”. A este respecto la Sala señala:

... En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder Judicial sólo pueden realizar un examen o verificación *prima facie*, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye, en los términos expuestos *ut supra*, así expresamente se declara.

En segundo lugar, la Sala menciona la forma en que se venía tratando en Sala Político Administrativa la “renuncia tácita al arbitraje”; esto ocurría, cuando no se proponía en forma la excepción de arbitraje (ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil), o se sometía al conocimiento del tribunal ordinario bien contestando al fondo la demanda, reconviendo o habiendo quedando confeso; o habiendo propuesto la excepción pero no mediante la cuestión previa prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil; casos éstos todos que significaban en criterio de la Sala Político Administrativa “renuncia tácita al arbitraje”.

La sentencia interpreta el régimen de la renuncia tácita al arbitraje en atención al artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>62</sup>, declarando:

<sup>62</sup> Establece el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.511, de 06-08-1998): “La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción o oponerse a una medida preventiva”.

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

Asimismo, la Sala Constitucional flexibiliza el criterio de la Sala Político Administrativa sobre la renuncia tácita, señalando:

... esta Sala debe advertir que conforme a las consideraciones generales antes expuestas, respecto a la procedencia de la “denominada <Renuncia Tácita al Arbitraje> (...)” cabe destacar que la misma debe vincularse directamente con el necesario análisis de la actividad desarrollada por las partes en juicio, en la medida en que debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse a arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo, lo cual debe ahora asumirse con carácter vinculante, conforme a las consideraciones expuestas en el presente fallo, por lo que a partir de la publicación del presente fallo –y con la exclusión del presente caso–, no son aplicables los criterios jurisprudenciales sostenidos en esta materia por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a la fecha (*vid.* Entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: “Hoteles Doral, C.A.” e “Inversiones San Ciprian, C.A.”).

Por ello, esta Sala considera que no sólo debe admitirse la posibilidad que el demandado se oponga a las medidas cautelares contra él dictadas, sino que además la conducta defensiva del demandado, no puede derivarse la voluntad de sumisión, en la medida que se evidencie en el contexto del proceso que se trate, la necesidad del demandado de actuar en defensa de su propio interés frente a la actuación írrita de los órganos jurisdiccionales, lo cual debe ser analizado de forma casuística...

Creemos que esta declaración es sumamente importante, en primer lugar, por la declaratoria respecto a la flexibilización y cambio de criterio respecto a la renuncia tácita que venía sosteniendo la Sala Político Administrativa pues, a partir del criterio de la Sala Constitucional de “la conducta defensiva del demandado, no puede derivarse la voluntad de sumisión, en la medida que se evidencie en el contexto del proceso que se trate, la necesidad del demandado de actuar en defensa de su propio interés frente a la actuación írrita de los órganos jurisdiccionales, lo cual debe ser analizado de forma casuística”, y en segundo lugar, por lo que parece ser un falso amigo (o al menos una ostensible confusión) que creemos puede encontrarse en ella. Esto es, que la sentencia declara inaplicables los criterios sostenidos por la Sala Político Administrativa hasta la fecha, señalando entre otros, los más importantes (sentencias números 1209 y 832, señaladas *supra*). Pero se refiere a los criterios sostenidos en materia de “renuncia tácita” al arbitraje. Mas no en general al criterio de la Sala sobre la excepción o defensa procesal de arbitraje.

Ahora, la sentencia no muestra un cambio expreso en temas como la forma y trámite de la excepción, así cuando declara:

... Ahora bien, es de hacer notar, que el anterior criterio no comporta la negación de las competencias del Poder Judicial relativas a la interposición de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico aplicable, por lo que en aquellos casos en los cuales ante una demanda o acción interpuesta ante los tribunales se plantea la falta o regulación de jurisdicción, resulta plenamente aplicable el contenido de los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Esto significa que, según esta decisión, la excepción o defensa de arbitraje se sigue conduciendo por la vía de la excepción de falta de jurisdicción (regulada por los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y por lo tanto sujeta al régimen de recursos que esta excepción procesal prevé. *Ergo*, todo asunto relativo a la excepción de arbitraje terminará siendo conocido por vía de recurso o consulta por la Sala Político Administrativa. A esto nos permitimos observar que sería mejor que esta excepción procesal se sustrajera de

la competencia de la Sala Político Administrativa, por existir otra Sala que por afinidad y competencia material está más vinculada con el Arbitraje de Derecho Privado<sup>63</sup>. Pero en la medida que se siga identificando a la excepción de arbitraje con la falta de jurisdicción, entendiendo a la jurisdicción como Soberanía para Juzgar, aquella se mantendrá bajo la competencia de la Sala Político Administrativa.

En síntesis, con esta sentencia la Sala Constitucional declara: i. que el examen que haga el juez oficial que conozca la excepción de arbitraje debe ser sumario, destinado únicamente a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje excluyendo cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento, ii. que la vía para plantear la excepción de arbitraje es la cuestión previa de falta de jurisdicción prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil; iii. en esta tesitura resultan aplicables las normas previstas en los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, relativas a la falta o regulación de jurisdicción; y iv. que la falta de jurisdicción o la oposición a la medida cautelar debe producirse en la oportunidad procesal que disponga en cada caso el ordenamiento jurídico, debiendo atenderse a una interpretación casuística para que se descarte cualquier asimilación de un acto de defensa como acto de sumisión a la justicia oficial<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> No obstante, la propia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia identifica la excepción o defensa de arbitraje con un supuesto de falta de jurisdicción del Poder Judicial. *Vid.* sentencia N° RC00647, 16-11-2009, caso: *Sepeteca vs. Accroven S.R.L.*

<sup>64</sup> Debe mencionarse la importante declaratoria que hace la sentencia en referencia sobre el régimen cautelar en materia de arbitraje, y en relación con la excepción de arbitraje, en el entendido que la posibilidad de que alguna de las partes pueda solicitar ante los órganos del Poder Judicial de forma autónoma medidas cautelares mientras se constituye el tribunal arbitral, no constituye renuncia tácita al arbitraje. Véase Almandoz, Alfredo *et alter*: “La colaboración de los tribunales ordinarios”. En: **El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial**. CACC-CEDCA-CEA. L.A. Araque *et alter* (Coords.). Caracas, 2013, pp. 437 y ss.

### 3. Nuestra opinión

A nuestro modo de ver, la construcción jurídica en materia de la excepción de arbitraje comercial<sup>65</sup> puede encontrar un mejor camino, diferente al tomado por los criterios jurisprudenciales repasados, sin que se puedan obviar los importantes avances alcanzados por la Sala Constitucional. De la interpretación de los mencionados artículos II y VII de la Convención de Nueva York en concordancia con los artículos 5, 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana para hacer valer la eficacia procesal del acuerdo de arbitraje, creemos deberá admitirse el planteamiento de una excepción, al margen que no esté nominada, cumpliendo condiciones mínimas: 1) en cuanto al acuerdo de arbitraje: 1.1) que se demuestre su existencia por escrito, 1.2) en idioma castellano, 1.3) esté redactado en términos suficientemente claros (no patológicos: que no se trate de lo que la doctrina francesa denomina *clauses d'arbitrage* patológicas)<sup>66</sup> y 1.4) exista relación entre el acuerdo, las partes (legitimación aparente) y la pretensión (objeto y causa); 2) en cuanto al planteamiento de la excepción:

<sup>65</sup> Reiteramos que la excepción de arbitramento del Código de rito, tiene un cauce específico que lo diferencia de cualquier excepción (cuestión previa) prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y asimismo se diferencia de la excepción de arbitraje comercial que se deduce de la Ley de Arbitraje Comercial.

<sup>66</sup> *Vid.* Fernández Rozas: ob. cit., pp. 643-644. Señala el autor: "... nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal". Un caso de cláusula, en principio, patológica ocurre frecuentemente cuando las partes no obstante redactar de manera clara el acuerdo de arbitraje, incluyen otra cláusula contractual de elección de foro y sometimiento a tribunales ordinarios. Resulta que no en todos los casos el elegir un foro de tribunales oficiales (por ejemplo: una circunscripción territorial competente) significa contrariar la voluntad de someter a árbitros la resolución de la controversia. Rogamos recordar que los tribunales oficiales conservan competencia para la designación de árbitros en caso de desacuerdo de las partes en su nombramiento; para la asistencia en la evacuación de pruebas y ejecución de medidas cautelares; nombramiento de árbitro sustituto en caso de inhibición o recusación; decisión sobre la inhibición o recusación en caso de que no pueda ser decidida por el Tribunal arbitral conforme a las reglas de la Ley de Arbitraje Comercial, etc. De manera que la elección de un fuero podría ser entendido como elección de jueces competentes en el contexto de algún supuesto que admita relajar las normas de competencia. Un ejemplo de una "aparente" cláusula

2.1) que se manifieste la intención de hacer valer el efecto negativo del acuerdo a instancia de parte (*ope exceptionis*), con el cumplimiento de la debida carga argumentativa que toda alegación requiere, sin necesidad de recitar palabras solemnes o fórmulas; y 2.2) que se plantee como primera defensa en el proceso, vale decir, en la primera oportunidad de comparecer para ejercer defensas contra la pretensión, sea cual fuese el tratamiento procesal de la comparecencia. En este sentido, es indudable que puede ser propuesta como defensa inicial acompañada *ad eventum* de las demás que se consideren proponibles (demás previas y/o de fondo) en aquellos procedimientos que concentren el ejercicio de defensas (previas y de fondo) en un mismo acto.

Así pues, al tratarse de una excepción dilatoria debe ser planteada antes que cualquier otra excepción o defensa, incluso antes que las cuestiones previas relativas a la falta de jurisdicción o incompetencia objetiva regladas en el Código de Procedimiento Civil venezolano (cuantía, materia, territorio). Es decir, debe ser la primera, aunque no necesariamente la única, defensa planteada por el demandado.

Por otra parte, no se justifica exigir para el estudio de la renuncia tácita “que el comportamiento desarrollado por las partes en el proceso demuestre la

---

patológica fue resuelto por la Sala Político Administrativa mediante sentencia N° 00888/2011, caso: Alejandro Arturo Ramírez Carrasquel vs. Inversiones LC 2006, C.A., donde no obstante la existencia de un acuerdo de arbitraje claro, en el contrato también se incluía una cláusula del tenor siguiente: “Para todos los efectos del presente documento, la ciudad de Caracas queda elegida como domicilio especial y competentes sus tribunales”, en virtud de lo cual la Sala declaró: “... del análisis de las cláusulas *supra* transcritas, en criterio de esta Sala no hay una manifestación inequívoca, sin vacilaciones ni contradicciones de someter cualquier controversia que se suscitara entre las partes a arbitraje; por el contrario, las mismas son contrapuestas, ya que en una se estipula la figura del arbitraje y en la otra, contrariamente, se declaran competentes a los tribunales de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para todos los efectos de dicho contrato”, rechazando la eficacia del acuerdo de arbitraje y afirmando la jurisdicción del Poder Judicial venezolano. Un caso similar al referido fue resuelto de forma diametralmente opuesta, es decir, declarando la “falta de jurisdicción” del Poder Judicial, *vid.* sentencia N° 00272, 02-03-2011, Sala Político Administrativa, caso: Atlantis Supply, C.A. y otros vs. Ser 2004, C.A., Exp. 11-0076.

indiscutible decisión u orientación de someterse al arbitraje como medio de resolución del conflicto” (sentencias números: 690/2011, 25-05-2011 y 1131/2013 de la Sala Político Administrativa), pues esta expresión “indiscutible decisión” o “indiscutible orientación” puede prestarse a interpretaciones y particularismos que vacíen de contenido los avances en la materia<sup>67</sup>.

Por otra parte, es bueno insistir que la capacidad y consentimiento no es un asunto que deba ser resuelto por el juez de la excepción de arbitraje comercial (como lo ha declarado la Sala Constitucional en la sentencia N° 1067/2010), sino por el árbitro, pues la discusión de la capacidad implica el conocimiento sobre un asunto de fondo que escapa de la eficacia procesal del acuerdo, que es el tema que se discute con la excepción de arbitraje. Los elementos de existencia y validez deben ser reservados al conocimiento de los árbitros, salvo que se trate de una evidente causa que impida al tribunal oficial dejar de pronunciarse (violación del orden público, buenas costumbres o contrarie una norma imperativa).

El conocido principio procesal de la competencia de la competencia en materia arbitral comercial demanda carácter de exclusividad, para así evitar que se institucionalicen tácticas dilatorias del arbitraje; como la de demandar la nulidad del acuerdo en sede judicial.

Por otra parte, considerar que se ha renunciado tácitamente al arbitraje cuando no ha sido propuesta en “forma” la excepción de arbitraje comercial, es decir, a través de la cuestión previa de falta de jurisdicción (u otra cuestión previa, *verbigracia*: la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta e incluso la falta de competencia) constituye un formalismo no previsto en la ley, sería un avance que así lo declarara nuestra doctrina jurisprudencial. La ley venezolana no prevé forma alguna para el planteamiento de la excepción de arbitraje. La exigencia de su planteamiento en “forma” es un trasplante de una norma extranjera, a saber, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Española de 1988 (derogada), que en su parte pertinente establece:

<sup>67</sup> *Vid.* sentencia N° 1067/2010, Sala Constitucional, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. vs. Oceanlink Offshore III AS.

... 2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción<sup>68</sup>.

Decimos que se trata de un trasplante por vía jurisprudencial, pues la sentencia N° 1209/2001 de la Sala Político Administrativa, entre los fundamentos que utilizó para su resolución, cita al autor español Caballol, quien analiza la excepción de arbitraje en España en atención a la Ley de 1988, que estableció como motivo de “renuncia tácita” al arbitraje el no planteamiento en “forma” de la excepción<sup>69</sup>. Señala Rodríguez “la verdad es que la SPA <importó> y dio vigencia al segundo aparte del artículo 11 de la indicada ley española... así como la conservadora doctrina del profesor Lluís Caballol Angelats, que interpreta dicha norma derogada. En general, los dos supuestos de renuncia tácita “importados” por la Sala son los casos que expone textualmente Caballol”<sup>70</sup>. Sin embargo, al leer al autor español, se observa que es de la opinión de que estos formulismos insustanciales no pueden ser tomados en cuenta como para estimar la renuncia tácita al arbitraje. Así, señala el autor:

La exigencia legal de que la excepción opuesta sea “la oportuna” no precisa de una atención singular. Si el demandado al invocar el efecto negativo del arbitraje opusiera una excepción distinta no podría dar lugar a que se tuviera por renunciada tácitamente el efecto negativo. En este caso habiéndose dado cumplimiento a los restantes aspectos del artículo 11.2 de la LA, en virtud del principio *iura novit curia* el juzgador podrá considerar alegada la excepción oportuna<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Vid. Montero Aroca: ob. cit., p. 69.

<sup>69</sup> Caballol Angelats: ob. cit., pp. 88 y ss.

<sup>70</sup> Rodríguez: ob. cit., p. 225. nota 41.

<sup>71</sup> Caballol Angelats: ob. cit., p. 76.

### 3.1. *Lo que no es la excepción de arbitraje*

La ley venezolana no establece en qué “forma” debe plantearse la excepción de arbitraje comercial, y no hay razones evidentes para considerar que se trata de un caso de falta de jurisdicción. En Venezuela, con el nombre “falta de jurisdicción”, se da tratamiento expreso a dos situaciones jurídicas, a saber, la falta de jurisdicción frente al juez extranjero (competencia procesal internacional) y falta de jurisdicción frente a la Administración Pública (por ejemplo: en caso de acciones ejercidas contra instituciones financieras intervenidas, las cuales se reconducen ante órganos administrativos de liquidación<sup>72</sup>; o en el caso de rectificaciones de actas del Registro del Estado Civil en sede administrativa<sup>73</sup>, ex artículo 145 y siguientes de la Ley Orgánica de Registro Civil, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.264, de 15 de septiembre de 2009), ambas declarables de oficio o a solicitud de parte en cualquier estado y grado del proceso (artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado).

De manera que al decir falta de jurisdicción debemos contextualizar la expresión en alguno de los dos supuestos previstos expresamente en el Código de Procedimiento Civil o en algún otro no previsto que pueda subsumirse por auténtica interpretación extensiva<sup>74</sup>, y que sea por tanto un caso de falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos (por ejemplo: inmunidad de jurisdicción proveniente del Derecho internacional). El criterio de la Sala Político

<sup>72</sup> *Vid.* sentencias de la Sala Constitucional números: 434, 10-04-2003, caso: Royal Vacations, Exp. 2002-002175; y 2592, 15-11-2004, caso: Cavendes Banco de Inversión, C.A., Exp. 2003-001887. De la Sala de Casación Civil, sentencia N° 32, 03-03-2010, caso: Ana Columba Chávez Marín vs. Banco Canarias de Venezuela, Banco Universal, C.A., Exp. 09-455; y de la Sala Político Administrativa sentencia N° 00154, 01-03-2012, caso: Carolina García Blanco vs. Promarketing Real State, C.A., Exp. 2011-1352.

<sup>73</sup> *Vid.* sentencia N° 00194, 08-03-2012, Sala Político Administrativa, caso: Iraida del Carmen Maza de Moreno, Exp. 2012-0237.

<sup>74</sup> *Vid.* al respecto Bello Tabares y Jiménez Ramos: **Teoría general...**, t. II, p. 242, sobre la expresión: “en cualquier otro caso” usado en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil.

Administrativa (no desconocido por la Sala Constitucional en sentencia N° 1067/2010) llega a la conclusión de que la excepción de arbitraje guarda relación con la excepción de falta de jurisdicción, a lo que cabe preguntar: ¿Con cuál de los supuestos? o ¿es que se trata, como lo ha sostenido en alguna de sus sentencias<sup>75</sup>, de un tercer supuesto?

Creemos que el acuerdo de arbitraje no produce falta de jurisdicción porque en Venezuela se entiende por “falta de jurisdicción” la imposibilidad absoluta de que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial venezolano conozcan (procesen, sentencien, ejecuten, cautelen) un asunto<sup>76</sup>. En el arbitraje no existe tal imposibilidad absoluta, por el contrario la limitación se ubica sólo en una fase del proceso (la cognición), debiendo las demás fases ser conocidas por los órganos jurisdiccionales que de no haber existido el arbitraje lo hubieren conocido, e incluso con la posibilidad de que antes (medidas cautelares *ante causam* autorizadas por la Sala Constitucional: sentencia N° 1067/2010) o durante el curso del arbitraje intervenga la justicia oficial. En este sentido señala Longo:

... la Ley de Arbitraje Comercial, en no pocas situaciones, remite la solución de determinadas necesidades procedimentales a conocimiento del juez competente, no es posible aceptar quietamente que el inicio del trámite arbitral suponga entonces una falta de jurisdicción de los tribunales<sup>77</sup>.

De esta manera creemos no existe un motivo racional para exigir que la excepción de arbitraje se plantee por el cauce de la falta de jurisdicción como

<sup>75</sup> *Vid.* sentencias de la Sala Político Administrativa números: 732, 19-06-2008, caso: Luis Enrique Rodríguez Cortez vs. Coca Cola Femsa, S.A. de Venezuela, Exp. 08-0272, y 00272, 02-03-2011, caso: Atlantis Supply, C.A. y otros vs. Ser 2004, C.A., Exp. 11-0076.

<sup>76</sup> *Vid.* al respecto Cuenca Espinoza, Leoncio Edilberto: **Cuestiones previas. En el procedimiento civil ordinario.** Librería J. Rincón G. Barquisimeto, 2010, p. 32, para quien “la falta de jurisdicción, solamente será procedente cuando el asunto controvertido no puede ser compuesto a través de la función jurisdiccional atribuida al Poder Judicial”. También Bello Tabares y Jiménez Ramos: **Teoría general...**, t. II, pp. 232 y ss.

<sup>77</sup> Longo: *ob. cit.*, p. 217. No obstante, cabe recordar que Longo considera que el arbitraje produce prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta.

“forma” necesaria para su proposición. Incluso no hay razón para seguir llamando falta de jurisdicción a la excepción de arbitraje.

### 3.2. *Aproximación a su naturaleza jurídica*

La solución puede encontrarse en determinar la naturaleza jurídica de la excepción de arbitraje comercial. Como hemos mencionado, somos de la opinión de que la excepción de arbitraje no representa un caso de falta de jurisdicción. De hecho, el acuerdo de arbitraje y sus consecuencias se asemejan más a la incompetencia (particularmente territorial) del juez venezolano que a la falta de jurisdicción del Poder Judicial (no obstante que produce el mismo efecto que la declaratoria de falta de jurisdicción).

Si por “competencia”, siguiendo a la doctrina tradicional, se entiende “medida de la jurisdicción”<sup>78</sup> resulta que frente a un acuerdo de arbitraje los jueces venezolanos conservan potencialmente parte de esta “medida de jurisdicción” (dictar medidas cautelares pre arbitrales o *ante causam*<sup>79</sup>, asistencia para la designación de árbitros<sup>80</sup>; asistencia para la evacuación de pruebas y la ejecución de

---

<sup>78</sup> En un sentido crítico Alvarado Velloso: **Introducción al Estudio...**, 1ª parte, pp. 146-147, señala: “... se afirma de modo habitual que la competencia es la medida de la jurisdicción, estableciendo con ello una relación cuantitativa de género a especie. Creo que esta afirmación muestra algunos errores: en primer lugar, la palabra jurisdicción no se emplea aquí como referida al fenómeno que muestra en esencia una actividad de sustitución, que es elemental y, por ende, insusceptible de ser descompuesta en partículas menores: hay sustitución o no la hay. Y punto. Por lo contrario, parece que en la antedicha afirmación el vocablo jurisdicción refiere al cúmulo de prerrogativas, poderes o facultades que ostenta todo juez. Y esto no es correcto desde el punto de vista técnico procesal. En segundo lugar, si se entiende por jurisdicción la labor de juzgamiento, ella no tiene medida como tal, toda vez que el juez –sometido exclusivamente a la Constitución y a la Ley– es soberano de la evaluación de los hechos, en la interpretación de las conductas y en la elección de la norma jurídica que aplicará en cada caso concreto. Por tanto, no existe medida alguna en la actividad de juzgamiento”.

<sup>79</sup> *Vid.* sentencia N° 1067/2010 de la Sala Constitucional.

<sup>80</sup> Artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial: “Las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros

medidas cautelares<sup>81</sup>; asistencia para designación de árbitros sustitutos en caso de inhibición o recusación<sup>82</sup>; asistencia para decidir sobre la inhibición o recusación en caso que no pueda ser decidida por el tribunal arbitral conforme a las reglas de la Ley de Arbitraje Comercial<sup>83</sup>; control para conocer y decidir el denominado recurso de nulidad contra el laudo<sup>84</sup>; control para la ejecución del laudo<sup>85</sup>) y pierden la relativa a la cognición y decisión de la causa. Luego, si

---

designados elegirán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral. Si alguna de las partes estuviere renuente a la designación de su árbitro, o si los dos árbitros no pudieren acordar la designación del tercero, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez competente de Primera Instancia con el fin de que designe el árbitro faltante. A falta de acuerdo entre las partes, en el arbitraje con árbitro único, la designación será hecha a petición de una de las partes, por el Juez competente de Primera Instancia”.

<sup>81</sup> Artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial: “El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables”.

<sup>82</sup> Artículo 37 de la Ley de Arbitraje Comercial: “Si el árbitro rechaza la recusación o no se pronuncia al respecto, los demás árbitros la aceptarán o negarán mediante escrito motivado, y se notificará a las partes en la audiencia que para tal efecto se llevará a cabo dentro de los cinco días hábiles siguientes al rechazo de la recusación. En dicha audiencia se decidirá sobre su procedencia. Aceptada la causal de inhibición o recusación de un árbitro, los demás árbitros lo declararán separado del procedimiento arbitral y comunicarán el hecho a quien hizo el nombramiento para que proceda a reemplazarlo. En caso de que el nombramiento no se realice dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la aceptación de la causal, el Juez competente de Primera Instancia nombrará al sustituto a solicitud de los demás árbitros. Contra esta providencia no procederá recurso alguno”.

<sup>83</sup> Artículo 38 de la Ley de Arbitraje Comercial: “Si sobre la decisión de inhibición o recusación de uno de los árbitros hay empate, o si el árbitro es único, las diligencias serán enviadas al Juez competente de la Circunscripción Judicial del lugar donde funcione el tribunal arbitral para que decida. Contra esta providencia no procederá recurso alguno”.

<sup>84</sup> Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial: “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto”.

<sup>85</sup> Artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial: “El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como

conservan competencia tienen jurisdicción. En este sentido señala Ortiz-Ortiz: “el caso de los árbitros, no es más que un problema de competencia, partiendo de la base de que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional”<sup>86</sup>.

En nuestra opinión lo que ocurre con la excepción de arbitraje comercial es que estamos en presencia de un auténtico caso de una laguna *intra legem* o laguna técnica<sup>87</sup>, esto es, frente al derecho al proceso arbitral y la norma que lo garantiza (artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial) no existe un mecanismo procesal expresamente regulado en la ley (a pesar que podría sostenerse que el mismo artículo 5, es ya suficiente como para proponer una excepción procesal), por lo que es necesario colmar dicha laguna. Nos parece que el método de integración mediante analogía puede ayudar, particularmente aplicando las normas sobre incompetencia territorial y no las de falta de jurisdicción. Pues, como señalamos, la falta de jurisdicción es, por decirlo de alguna manera, absoluta, en el sentido de que el Poder Judicial pierde toda competencia, además que es posible declarar la falta de jurisdicción *ex officio* y las oportunidades para plantear la falta de jurisdicción son bastante más amplias en comparación con las rigurosas preclusiones en materia de excepción de incompetencia, a lo que se agrega, además, un régimen de consulta obligatoria en materia de falta de jurisdicción (artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado) que no se justifica en materia de arbitraje. Parece más plausible asimilar el caso no regulado del arbitraje a la *ratio*<sup>88</sup> de las normas sobre excepción de incompetencia territorial vía analogía.

---

vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir *exequatur*, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias...”.

<sup>86</sup> Ortiz-Ortiz: ob. cit., p. 304.

<sup>87</sup> Vid. Bobbio, Norberto: *Saggi sulla scienza giuridica*. G. Giappichelli. Torino, 2011, p. 74 y Guastini, Riccardo: *La sintassi del diritto*. G. Giappichelli. Torino, 2011, p. 3.

<sup>88</sup> Vid. Bobbio: ob. cit., p. 56.

## Conclusión

A modo de conclusión, creemos que la excepción procesal de arbitraje se inscribe en el género de excepciones declinatorias, particularmente aquellas dilatorias<sup>89</sup>. En Venezuela se encontraba ya prevista en el Código de rito civil de 1986, con las particularidades que este tipo de arbitraje tiene y que lo diferencian del arbitraje comercial regulado por la Ley de Arbitraje Comercial. En lo que respecta a la excepción procesal de arbitraje comercial que se deduce de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, si bien no encuentra una norma expresa que regule su trámite, es posible, por vía de integración normativa (artículo 4 del Código Civil y artículo 7 del Código de Procedimiento Civil), ubicar un mecanismo que comparta con aquella la *ratio*, lo que debería excluir mecanismos (como la falta de jurisdicción o la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta) que no presentan rasgos de similitud.

La perspectiva que sugerimos, de *lege ferenda*, ve al fenómeno más allá de las tendencias jurisprudenciales actuales. Por lo que parece más plausible asimilar el caso no regulado del arbitraje a la *ratio* de las normas sobre excepción de incompetencia territorial vía analogía.

---

<sup>89</sup> En el entendido que suspende el ejercicio de la acción hasta tanto no se ejerza ante el órgano jurisdiccional competente. No obstante, podría decirse que la excepción de arbitraje sería a su vez una excepción perentoria respecto del proceso judicial.

