

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN LA NUEVA
LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL.***

PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

* Ciclo de conferencias auspiciado por el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Auditorio Seguros La Previsora, Caracas, 17 de julio de 1998.

INTRODUCCIÓN

Como podemos imaginarlo, en el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (INVEDEPRO) hemos recibido con beneplácito la puesta en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial recientemente publicada¹ la cual esperamos sea de uso general en nuestro medio, pues pone a disposición de los justiciables una vía alterna expedita para resolver sus conflictos de intereses, más cuando estamos presenciando una crisis más aguda en nuestra administración de justicia ordinaria y todos conocemos los buenos resultados que se han venido obteniendo con el arbitraje como modo alternativo de composición de los conflictos.

También tenemos que advertir de una vez, que la nueva ley no soluciona todos los problemas que se confrontaban con la institución arbitral, pues entre otras cosas y como lo analizaremos más adelante, la misma regula, como su nombre lo indica “el arbitraje comercial” y tampoco podemos decir que por virtud de aquélla, quedan aclaradas ciertas cuestiones atinentes a los principios esenciales de la institución en Venezuela, las cuales continuarán discutiéndose.

Lamentablemente, como lo iremos reseñando en nuestros comentarios sucesivos, a nuestro juicio se perdió una oportunidad muy especial para haber subsanado ciertas dudas y así mismo para evitar confusiones que ahora deja también la nueva ley.

Dentro de los temas que se analizarán en nuestro evento, se me asignó el del procedimiento del arbitraje en la nueva ley, y ello me impone ceñirme estrictamente a dicha materia, para no hacer demasiado extensa mi exposición, pues mucho hay que decir sobre esta interesante institución.

Por lo demás, como lo veremos al examinar el tema objeto de mis reflexiones, debo destacar de una vez que la novedad que comporta la

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela (GO) 36.430 del 7 de abril de 1998, en lo sucesivo denominada LAC.

recién promulgada ley me obliga a poner de relieve que las consideraciones y criterios que exponga sobre el “procedimiento arbitral” son producto de un análisis preliminar y por supuesto, que salvo aquellos aspectos, que en legislaciones extranjeras se asemejen a los de nuestra nueva ley y en los cuales ya existan pareceres doctrinarios foráneos, no podré traer a colación comentarios o criterios de especialistas y mucho menos hacer citas de jurisprudencia de nuestros órganos judiciales ordinarios ni de pronunciamientos arbitrales.

Finalmente, como lo refiere el nombre de mi disertación, aclaro que sólo analizaré los aspectos prácticos que a mi juicio resultan más relevantes del nuevo procedimiento arbitral de la LAC, obviando discusiones teóricas, y otros temas, que si bien se refieren a lo que será objeto de nuestra exposición, no consideramos se prestan a dudas o confusiones, todo sin menoscabo de dejar abierta la posibilidad de cualquier discusión al finalizar nuestra exposición.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Hasta la fecha de promulgación de la nueva ley, como todos lo sabemos, la institución del arbitraje, se encontraba reconocida en nuestra legislación interna y en la internacional que nos vincula.

Todos recordamos que nuestro Código de Procedimiento Civil² dedica el Título I, de la Parte Primera del Libro Cuarto (De los Procedimientos Especiales) al “arbitramento”, que por igual se hace referencia a la misma en otras disposiciones relacionadas con la jurisdicción y a ella se refieren otros instrumentos jurídicos vigentes, como lo son la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley de Justicia de Paz y la de Empresas de Seguros y Reaseguros, entre otras³.

² Código de Procedimiento Civil (Cpc) GO Extr. 3694 del 22 de enero de 1986, al cual se hicieron algunas reformas en el hoy vigente –GO Extr. 4196 del 2 de agosto de 1990-. Artículos (Art. Arts.) 606 y ss., en el que se contempla el Arbitraje como uno de los Procedimientos Especiales de dicha Ley adjetiva. Ya en el anterior Cpc igualmente se contemplaba esta especie de “Procedimiento Especial” cuya reforma más significativa en el hoy Cpc vigente lo es el de establecer una incidencia especial para hacer valer el compromiso arbitral, aún contra la voluntad de una de las partes, antes inexistente en razón de que se reputaba como irrenunciable el derecho de las partes de acudir siempre a la vía jurisdiccional ordinaria

³ Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, GO 4822 Extr. del 23-12-94, Ley de Justicia de Paz, GO 4817, Extra. del 21 diciembre 1994 y Ley Orgánica del Trabajo, GO. 5152 Extr. de fecha 19 de junio 1997.

En el mismo orden de ideas, Venezuela tiene suscritos tratados internacionales y convenciones en los cuales se reconoce la institución arbitral, se establecen principios sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y formas de proceder tanto en arbitrajes internacionales, como el reconocimiento que merecen en el exterior los que eventualmente se dictan en nuestro país y de acuerdo a nuestras leyes, y yo diría, que salvo ahora en lo que atañe al arbitraje comercial, tales normas de derecho internacional, siempre resultaron de mayor avanzada que las incorporadas en nuestro ordenamiento adjetivo interno⁴.

En segundo término, diremos que con la LAC en lo adelante podemos distinguir en nuestro país entre los “arbitrajes no comerciales”, que en lo sucesivo denominaremos “ordinarios, comunes o no comerciales”, indistintamente, de aquellos que se refieran de algún modo a lo comercial, sea en el ámbito interno o doméstico (como mejor los cataloga la doctrina especializada) o en el ámbito internacional, que en lo sucesivo identificaremos como “arbitrajes comerciales o especiales”, también indistintamente.

Los primeros, continuarán a nuestro juicio rigiéndose y regulándose por lo dispuesto en el Cpc, y cuando sea procedente resultarán aplicables los tratados y convenios internacionales vigentes⁵ mientras que los segundos se regulan por la LAC, pero a los que en nuestro criterio también se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el Cpc, en casos de lagunas o necesidad de integración⁶.

⁴ Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, GO 4832 Extr. del 29 de diciembre de 1994; Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, GO 33144 del 15 de enero de 1985; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, GO 33120 del 22 de febrero de 1985; Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito por los Países Miembros del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, en vigor desde octubre de 1984, publicaciones del CIADI, Banco Mundial, Washington, 1985.

Al respecto pueden consultarse así mismo Felix Roland Mathies, *Arbitrariedad y Arbitraje*, Oscar Todtmann Editores, Caracas, Venezuela 1996; Alberto Baumeister Toledo, “Algunas Consideraciones sobre el Arbitraje en Venezuela”. Informe al Comité AIDA-CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* (RFDUCAB), número 51, p. 317 ss.

⁵ Recuérdese que conforme lo dispone el Art. 8 Cpc, los Tratados Internacionales son fuentes primarias de interpretación e integración de la norma procesal, en cuanto al punto en cuestión.

⁶ Así lo hemos expuesto en varias de las conferencias que nos ha correspondido dictar sobre el

El nuevo instrumento legal incorpora también a nuestro sistema procesal nuevos principios e instituciones y conceptos respecto a la institución arbitral, y así, a pesar que no resulta del todo claro, parece que el legislador optó por reconocer que el arbitraje comercial deja de ser un simple procedimiento especial más, o un medio substitutivo convencional del jurisdiccional ordinario y le concede un carácter más institucional, como modo de expresión propio de la función jurisdiccional, cuya característica fundamental lo será que el órgano judicial queda sustituido por personas ajenas al poder judicial, electas por las partes, por los centros institucionales, o inclusive por el propio órgano de justicia ordinario, y como tal, que efectivamente limita la potestad jurisdiccional.

En adición, también quedan determinadas cuando menos para una de sus modalidades, y a falta de las que puedan establecer las partes interesadas, reglas más precisas que pautan el procedimiento, ajenas a las del juicio ordinario, y que aparecen como más expeditas que éstas (Arbitrajes Independientes), o cuya fijación queda deferida a los llamados Centros de Arbitraje, en el caso de los arbitrajes institucionales⁷.

Si lo anterior resulta sin lugar a dudas en cuanto al nuevo arbitraje comercial, la situación no queda tan clara para los casos de arbitrajes ordinarios, los que en nuestro criterio continúan siendo un modo de heterocomposición procesal, y como tal un simple medio substitutivo de la actividad jurisdiccional, y que carece de mecanismos procesales adecuados para enervar pronta y eficazmente, su desconocimiento ante la jurisdicción ordinaria, regulado por la normativa del “procedimiento especial de arbitramento” contemplado en el Cpc, que como ya lo adelantamos antes, no resulta complementado ni derogado por las nuevas

tema y concretamente en las que desarrollamos en el Colegio de Abogados del Estado Bolívar, Jornadas Rengel Romberg, el pasado año, y recientemente en los Colegios de Abogados de Nueva Esparta y Anzoátegui, así como el pasado mes de junio en evento patrocinado por la Federación de Colegios de Abogados y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

⁷ En cuanto a los Arbitrajes Independientes, a decir de la doctrina especializada, es ésta una modalidad que permite una permanente adecuación del procedimiento arbitral a la realidad social, o como lo destacan las profesoras Sara F de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón, *El Arbitraje*, Edit. Abeledo Perrot, Argentina, 1998, p. 15 “ debe reconocérsele una importante virtualidad al arbitraje libre o *ad hoc*, cual es la de servir de fuente del Derecho Procesal Arbitral. La creación de nuevas formas o la simplificación de las ya aceptadas, encuentran en este tipo de arbitraje una vía fértil para su renovación”

regulaciones de la LAC, ni la que se aplica, aún en aquellos (comerciales) cuando resulta que son otras las pertinentes de acuerdo a un Tratado o convención internacional bio plurilateral, suscritos por Venezuela, antes o después de la LAC, a los cuales ésta reconoce expresa vigencia y preferente aplicación⁸.

Conforme a lo expuesto, los “arbitrajes ordinarios” continuarán regidos por el procedimiento especial del arbitramento, tal como lo contempla el Cpc, que al formar parte de ese cuerpo normativo adjetivo especial general, continuará siendo una especie de modelo o prototipo, y siendo fuente de interpretación e integración, a falta de normas que puedan haber dejado establecidas las partes interesadas, y a la vez servirá de fuente supletoria para la interpretación e integración en la aplicación de la nueva Ley de Arbitraje Comercial, en todo lo que no resulte dispuesto al respecto bien por las partes o por el centro de arbitraje, según se trate de arbitrajes comerciales independientes o institucionales⁹.

II. LAS NOVEDADES EN LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Podemos decir en una apretada síntesis que las novedades más importantes contempladas en nueva ley, se refieren entre otros a los siguientes temas:

- a) Establecimiento de nuevas modalidades y mecanismos para la realización de los arbitrajes, incorporación de conceptos, formas y regulaciones típicas de dichas figuras, ya reconocidas en legislación extranjera y que son reflejo de la evolución que ha ido teniendo el arbitraje Arts. 2, 5, 11, 15, 25 LAC;
- b) Auto-control por el órgano arbitral de la validez y exigibilidad de los compromisos o cláusulas arbitrales (convenios para someter a árbitros la solución de los conflictos) y para resolver

⁸ Arts. 1, 2, 11, 12 y 15 LAC.

⁹ Al menos ese ha sido el criterio dominante de la Corte de Casación en Sala Civil, al disponer que el Cpc contiene las normas aplicables con carácter preferente y derogatorio, en todo lo atinente a instituciones propias del proceso, tal como lo reputó en los casos de establecimiento de los criterios para fijar la cuantía y el procedimiento aplicable a la cuantía para recurrir y de las normas que regulan el recurso extraordinario en casos de regulaciones especiales de procedimientos, tales como en materia de tránsito, agrario y laboral.

- sobre su propia competencia. Arts. 7 y 25 LAC;
- c) Consagración de mecanismos más adecuados para la defensa del convenio arbitral y trámite del proceso arbitral. Arts. 7, 9, 10, 22, 25, 27, 31, 37, LAC, entre otros;
 - d) Se procura un mayor deslastre del proceso arbitral, evitando incidentes procesales. Arts. 27, 22, 24, 25 LAC, entre otros;
 - e) Se consagra un nuevo sistema para la ejecución de los laudos, se elimina así mismo la aplicación del régimen de recursos ordinarios. Arts. 43 y 48 LAC;
 - f) Reconocimiento y ejecutoriedad de los laudos con menores trabas, sea que los mismos hayan sido dictados por órganos arbitrales internacionales o nacionales. Art. 48 LAC;
 - g) Disminución del poder de control sobre el proceso arbitral por parte de la jurisdicción ordinaria. En efecto, ahora sólo cabe la intervención del órgano jurisdiccional ordinario en contados casos, tales como los contemplados en los artículos 17, 28, 38, 43, 48 LAC, pues ciertamente cabe resaltar que en el Arbitraje ordinario existe una marcada tendencia a recurrir a la jurisdicción ordinaria, con los consabidos retardos e incidentes que ello ocasiona; y
 - h) Se consagra, aun cuando no en forma clara y definida, el ejercicio de la potestad cautelar para los árbitros (Art. 26 LAC).

III. LAS NUEVAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO APLICABLES A AMBAS MODALIDADES DE LOS ARBITRAJES COMERCIALES Y SUS DIFERENCIAS PRINCIPALES CON LAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES ORDINARIOS

1. Ámbito material de la LAC

Antes de entrar en el problema mismo de cuales sean las nuevas normas de procedimiento aplicables, conviene precisar, que casos se consideran dentro del ámbito de aplicación de la nueva ley, y al respecto debemos señalar que la LAC, ni el modelo de la misma, en sus textos expresamente aclaran su ámbito de aplicación material, lo que

será fuente de cuestionamientos.

En efecto, la ley no define que asuntos pueden ser objeto de su aplicación, no precisa lo que constituye su objeto, ni remite a otro texto para tal determinación, esto es, no aclara diáfananamente que debe entenderse por “arbitraje comercial” y esto generará problemas inclusive iniciándose la vigencia de la ley y al comenzar los nuevos procesos arbitrales¹⁰.

Uno de los recursos para solventar dicha falta de precisión, a nivel de legislación interna, se me ocurre, será el de entender por “arbitraje comercial” el ahora nuevo modo expresión especial de la actividad jurisdiccional (sic arbitraje) llamado a resolver todos los casos que conforme a nuestro Código de Comercio correspondían ser decididos en sede de la indebidamente por él llamada “jurisdicción mercantil” o correctamente identificada como “competencia jurisdiccional comercial”, tal como se la regula en los artículos 1090 y siguientes del Cco.¹¹

A este respecto conviene recordar el contenido de dicha norma:

“Corresponde a la jurisdicción comercial el conocimiento:

1. De toda controversia sobre actos de comercio entre toda especie de personas.
2. De las controversias relativas a letras de cambio y a pagarés a la orden en que haya a la vez firmas de comerciantes y de no comerciantes, aunque respecto a éstos tengan el carácter de obligación meramente civil.
3. De las acciones contra capitanes de buques, factores, dependientes y otros subalternos de los comerciantes, sólo por hechos del tráfico de la persona a que están destinados.
4. De las acciones de capitanes de buques, factores, dependientes

¹⁰ Esta ausencia de precisión se observa por igual en el modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional (texto y comentarios en la obra de Cárdenas y Herbón. opus cit, p. 181). Por igual encontraremos que esa manera de tratar dicho concepto, se encuentra también en la Ley Modelo UNCITRAL (LMU), pero por su carácter internacional y de modelo para una variada gama de países, se explica que poco cuidado se tuviera con dicha falta de precisión, en tanto que en algunas otras legislaciones o bien el concepto de comercial está mejor precisado que en Venezuela. o ya se ha superado el criterio atributivo de competencia con base a los sujetos, comerciantes o no que intervienen en el proceso.

¹¹ Código de Comercio vigente, de fecha 26 de julio de 1955, que reformó parcialmente el Código de Comercio de 1919, con algunas pequeñas modificaciones de fechas 30 de julio de 1938, 17 de agosto de 1942 y 19 de septiembre de 1945 (en lo adelante Cco.).

y otros subalternos de los comerciantes contra los armadores y comerciantes, sólo por operaciones del tráfico de la persona a quien sirven.

5. De las acciones de los pasajeros contra el capitán o el armador, y de éstos contra aquéllos.

6. De las solicitudes de detención o secuestro de una nave, aun por deudas civiles.

7. De las acciones del empresario de espectáculos públicos contra los artistas, y de éstos contra aquél.

8. De todo lo concerniente a los atrasos y a la quiebra de los comerciantes conforme a las disposiciones de este Código.

9. De las acciones entre comerciantes, originadas de hechos ilícitos relacionados con su comercio”.

En adición el artículo 1092 *ejusdem*, señala:

“Si el acto es comercial, aunque sea para una sola de las partes, las acciones que de él se deriven corresponden a la jurisdicción comercial”.

Finalmente el artículo 1091, precisa que sólo deben reputarse excluidos de la jurisdicción mercantil:

“..... las acciones contra los agricultores y criadores por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, ni las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso o consumo particular o para el de sus familias”.

Con base a las disposiciones legales citadas, y a pesar de que las mismas por igual, en el ámbito de la actividad jurisdiccional ordinaria constituyeron fuente de variada y contradictoria interpretación y de demorados procesos sobre conflictos de competencia, ya hoy inexistentes como consecuencia de la unificación de competencias en el mismo órgano judicial, pareciera ser la aplicable para solventar dicho asunto, pero ya nos deja ver la serie de inconvenientes que entonces y ahora se presentarán en cuanto al ámbito de aplicación de la ley.

En adición a lo dicho, y para dar mayor apoyo a dicha solución, puede ocurrirse por igual al modelo de ley internacional que tomó en consideración nuestro legislador¹² y a otras fuentes del derecho procesal internacional que tienen relación con el tema, y para ello es preciso recordar que Venezuela adhirió sin reservas, a la convención Interamericana sobre “arbitraje comercial”¹³ la cual tiene como objeto aceptar y normar el arbitraje comercial internacional, y en la que se establece como objeto propio de los mismos resolver los asuntos relacionados con “transacciones comerciales”, término que si bien tampoco resulta precisado al nivel de detalle en la convención, se admite sin reservas alude a todo asunto que tenga conexión con el comercio internacional, lo cual permite una amplia interpretación en cuanto a lo que forma parte de dicho concepto, y a nuestro modo de ver, sin ser necesario acudir a diferenciar entre dichos casos por razón de los sujetos que participan en dicha “relación comercial”¹⁴

Será la jurisprudencia en último término quien deba resolver los conflictos que se vayan generando tanto en el ámbito de los futuros arbitrajes comerciales, como las resoluciones judiciales sobre “regulaciones de jurisdicción y competencia” que deberán producirse en las reclamaciones judiciales que se presenten a partir de esta fecha ante nuestros Tribunales ordinarios e inclusive ante la propia Corte Suprema¹⁵.

¹² Al respecto véanse los comentarios contenidos en la nota 9.

¹³ La citada Convención fue suscrita por todos los estados miembros de la Organización de Estados Americanos en Panamá el 30 de enero de 1975. La ratificación de Venezuela fue concedida por Ley, GO 33170 del 22-21985.

¹⁴ Se debe destacar asimismo, que en otros países donde se acepta el modelo y reconocen la institución arbitral, tampoco se encuentra precisado el concepto de “comercial” con el cual se delimita la competencia para este tipo de arbitrajes. Al respecto Cárdenas y Herbón, *opus cit.*, ps. 48 a 53 y 125 a 148

¹⁵ En efecto tómese en cuenta que ahora los mismos órganos arbitrales serán competentes para resolver sobre tales conflictos de competencia e inclusive jurisdicción (Art.25 LAC), decisiones éstas para las cuales la nueva ley no contempla el recurso especial de regulación de competencia ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, y que por igual, en el caso del arbitraje no comercial, planteado dicho asunto con ocasión de la “incidencia arbitral” con fundamento a la falta de potestad del órgano arbitral para conocer de dicho asunto, la decisión del juez ordinario al respecto, perfectamente podrá ser objeto de apelación (611 Cpc) si bien nada dijo la ley de que pudiese intentarse contra dicha decisión la correspondiente regulación de competencia. En adición, recuérdese que nuestro Cpc admite el conflicto de jurisdicción con los tribunales nacionales y los extranjeros o con órganos arbitrales convenidos en el exterior (Arts. 2, 53 ss y 59 Cpc, con la sola excepción de que se trate de bienes

2. Las dos nuevas modalidades de realizar los arbitrajes regulados en la LAC

Aclarado este primer interrogante que atiene al ámbito de aplicación de la ley, a nuestro juicio, y ahora si como consecuencia de un error o falla en la redacción, encontramos otros nuevos inconvenientes.

En efecto, como lo dejamos señalado, la nueva ley introduce dos nuevas modalidades de arbitraje, dentro de las vías que ella contempla para la solución de conflictos en materia comercial, atinentes al modo como quedará constituido el órgano arbitral y al procedimiento que para el trámite de dicho proceso deba aplicarse en uno y otro caso, ya conocidos en otras legislaciones y aceptados por la doctrina internacional sobre arbitramento, pero que no figuraban en nuestras normas sobre la materia ni tampoco en la LMU.

Así, la nueva ley contempla la diferencia entre los llamados arbitrajes “institucionales” y los arbitrajes “independientes”.

inmuebles situados en el país o sobre otras materias que tengan relación con el orden público o las buenas costumbres, vbg. Estado y capacidad de las personas) y en tal caso, las correspondientes decisiones si dan lugar a regulación de jurisdicción.

Abundan por igual sobre los comentados argumentos a favor de una amplia interpretación de lo que puede ser objeto de “arbitraje comercial” la norma sobre interpretación de las disposiciones contenidas en los asuntos objeto de decisión, contemplada en el artículo 8 de la LAC, aparte *in fine*, que determina que los árbitros tendrán necesariamente en cuenta “los usos y costumbres mercantiles”, por lo que pareciere que pueden ser objeto de arbitraje comercial, todo género de asuntos relacionados con la materia comercial, independientemente de quienes hayan sido partes en las operaciones o entre quienes controvertan dicho asunto, prescindiéndose de considerar como tales sólo aquellos asuntos que se controvertan entre comerciantes.

Vale la pena destacar, por último, que curiosamente mientras en materia de conflictos de jurisdicción derivados del conocimiento de asuntos en los que se haya convenido que la solución sea dictada por árbitros en el exterior, se suscita claramente un “conflicto de jurisdicción”, no se da igual tratamiento a los supuestos en que las partes hayan convenido, que dicha solución sea dictada por vía de arbitraje pactado para ser resuelto en Venezuela, donde ya hemos anotado que no existe una defensa *ad hoc*, ni una cuestión previa para hacer valer la falta de competencia o jurisdicción del órgano judicial ordinario ante la existencia del convenio o acuerdo arbitral.

Tal defensa ante los órganos arbitrales, establece además el artículo 25 LAC, debe hacerse valer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ahora denominada “audiencia de trámite”, ello aún en el caso de que la parte que la haga valer haya convenido inclusive en la designación de los árbitros, y finalmente, deja como potestativo del órgano arbitral, conocer de dicha defensa, aun fuera del indicado lapso, si consideran justificada la demora en promoverla.

Según los Arts. 2 y 11 LAC, son “arbitrajes institucionales”¹⁶ aquellos arbitrajes que pactan las partes sean realizados bajo el patrocinio y reglas de un centro institucional de arbitraje, normalmente auspiciados en el ámbito nacional por las cámaras de comercio, asociaciones de comerciantes, instituciones gremiales profesionales, universidades, etc. y en el ámbito internacional por organismos plurilaterales, entre cuyos objetivos está precisamente, promover como vía alternativa para la solución de conflictos entre sus agremiados, asociados, países vinculados o suscriptores de acuerdos y convenios, o en general entre los comerciantes, la vía arbitral.¹⁷

La ley contempla que dichos centros de arbitrajes funcionen de acuerdo a ciertos requerimientos mínimos, a nuestro modo de ver procurando darle institucionalidad a los mismos, garantizando su pervivencia y funcionamiento organizado, escogencia de árbitros de calidad e idoneidad (Art.14 LAC), y los cuales, además, están facultados para

¹⁶ También conocidos en doctrina arbitral como “institucionalizados o administrados” y entre los cuales han dado especial fama a dicha modalidad los que a nivel internacional operan como Centros de Arbitrajes especializados, bien interestatales (Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el Centro Internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones), o promovidos y auspiciados por instituciones privadas (en lo domésticos, el que funciona y patrocina la Cámara de Comercio de Caracas, y en lo internacional, patrocinados por organismos multilaterales: la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial -CIAC; la American Arbitration Association -AAA-; en España, la Corte Española de Arbitraje, entre otros).

¹⁷ La LAC DO fue tampoco muy afortunada en el lenguaje utilizado para referirse a la figura, así, dice: “Las Cámaras de Comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones académicas y demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje”. A simple vista se destaca que las cuatro primeras categorías de entes pueden crear sus Centros de Arbitraje, por el solo hecho de ser organizaciones del tipo de las previstas en el supuesto legal, independientemente de que en sus documentos constitutivos, o reglamentarios, contemplen o no las soluciones arbitrales para conflictos entre sus asociados, o entre ellas. Las demás, en cambio, no basta que sean entidades o corporaciones científicas o académicas, sino que su objeto esté relacionado con la promoción de las soluciones alternativas para resolver conflictos, y las restantes que en efecto establezcan la vía arbitral como un medio de solución de controversias. Ciertamente consideramos que todo ese enredo de categorías se hubiese evitado, simplemente disponiendo que “toda entidad, corporación o asociación que establezca y regule centros adecuados para resolver por vía de arbitraje conflictos entre sus asociados o entre terceros y que cumpla los demás requisitos formales fijados en esta ley, está autorizada para crear Centros de Arbitrajes Institucionales, los cuales están facultados para realizar tales arbitrajes”. Todo lo demás sobra y se presta a confusiones.

dictar las reglas que estimen pertinentes para regular el proceso arbitral (Arts. 12 y 13 LAC).

Los arbitrajes independientes, en cambio, conforme lo precisa el Art. 2 LAC serán aquellos que no prevén las partes sean conocidos, regulados ni decididos por árbitros de los Centros de Arbitrajes, y en los que debemos entender (pues la ley no resulta muy clara al respecto) que las reglas de procedimiento aplicables, serán las que se fijen las mismas partes, considerando que a falta de ellas, las que normarán el proceso arbitral, son las que supletoriamente y para tales efectos se contemplan en los Capítulos IV y V de la LAC.¹⁸

Lo importante de destacar con todas estas innovaciones, es que pareciera que nuestro legislador ha comenzado a reconocer la indiscutible importancia y vigencia de esta institución, al extremo de que a pesar de lo mucho que hemos dicho impone trabas y reservas a su buen funcionamiento, ahora abiertamente concede esa facultad a las partes e inclusive permite que lo hagan los centros de arbitraje institucional, y por tanto aceptadas tácitamente por aquellas al realizar la escogencia de los mismos, separando así el trámite del arbitraje de las anacrónicas y lentas instituciones del proceso ordinario jurisdiccional.

De tal manera que ahora queda reconocida y ratificada esa potestad, siendo ello un avance y no obstante que en lo relacionado a normas de procedimiento siempre se han opuesto tabúes como los de que con ello se viola la potestad reguladora del proceso, se atenta contra la función jurisdiccional, etc.

En adelante, inclusive, se faculta a los centros institucionales de arbitraje para que sus reglas contemplen todo lo relacionado con el acontecer del proceso, incluyendo notificaciones, la propia constitución del órgano arbitral, la recusación y reemplazo de árbitros, y la tramitación del proceso, materias que si bien no contempla expresamente el art. 15 relativo a la modalidad del arbitraje “independiente” comercial, no por ello autoriza a considerarlas limitadas o excluidas.¹⁹

¹⁸ También conocidos en la doctrina especializada como arbitrajes “libres” o “ad hoc” y a los que muchos le conceden preferencia frente a la otra analizada modalidad, aun a sabiendas de resultar mas lentos y complejos para lograr sus objetivos, por creer las partes que ella les permite controlar mejor su desenvolvimiento procesal. En tal sentido *vid* Cárdenas y Herbón, *opus cit.*, p. 15.

¹⁹ Precisa recordar como lo indican las profesoras Cárdenas y Herbón (*opus ci.* p 61ss) “En la Constitución es donde esa libertad encuentra sus límites infranqueables. El propio Derecho,

Al respecto, nos cabe hacer otro comentario: Entendemos, y así lo tiene además repetido constante y diuturna jurisprudencia de nuestros Tribunales, que todo lo relacionado con el procedimiento es de orden público, que en ello tiene especial interés el Estado y la sociedad, pues trátase precisamente de garantizar la administración de justicia, derecho de la defensa, la igualdad, el debido proceso, etc.

Planteada la situación, pura y simplemente, pareciera un desatino que el legislador no haya tomado en cuenta tales consideraciones y alegremente deje a las partes y a los centros de arbitraje, la libre regulación de tan importantes aspectos. Pero en el fondo las cosas no deben verse en esa forma, la idea no es otra que la de procurar que el proceso de los arbitrajes sea rápido y expedito, sin que ello suponga conculcar derechos y principios básicos para una buena y segura administración de justicia. Conforme a lo dicho, si de alguna manera éstos quedan a buen resguardo, nada se opone a ese necesario paso de avance.

Lo procedente debió haber sido dejar a salvo lo atinente a dichos principios, mediante una norma expresa que así lo estatuyera, como se lo contempla en la LMU y que lamentablemente obvió nuestro legislador.

A pesar de la indicada omisión, no comporta ella que no se deba mantener el respeto a esos derechos y garantías constitucionales del proceso, que por tanto deben entenderse implícitos en el contexto de la ley.

Precisa advertir que el modelo UNCITRAL²⁰ regula la materia de modo diferente y aclara el problema que es objeto del presente comentario preservando esos aspectos atinentes a la constitucionalidad y legalidad del procedimiento arbitral y evade el problema que se suscita por la inadecuada redacción en lo que atiene a las modalidades del arbitraje comercial que se viene examinando, en tanto que al no contemplarlas, de modo genérico reguló lo atinente al procedimiento, y estableció la necesidad de que se respetara la igualdad de las partes en dicho proceso, y su adecuado derecho de defensa (ex artículo 18 LMU).

sea interno o internacional, hace mucho ha marcado que para que un proceso jurídico de solución de controversias sea tal, debe respetar la bilateralidad, el derecho a ser oído, la igualdad de las partes, el derecho a ofrecer pruebas, a producirla y a que ella sea valorada, como el requerimiento de imparcialidad del órgano decisor”.

²⁰ El Art. 18 LMU, claramente dispone: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

En otras palabras, el modelo UNCITRAL, da solución concreta a este problema, pero debe señalarse que por igual su redacción plantea ciertos escollos que lo hacen en algunos aspectos irreconciliable con los principios procesales vigentes en nuestro país, tal como resulta de lo que estatuye en materia de pruebas, y cuyas regulaciones no tienen cabida en nuestro sistema, tal como lo veremos más adelante²¹.

No habiendo acogido a plenitud el Modelo UNCITRAL, nuestro legislador hubo de ser más cuidadoso en estos aspectos y cuando menos, al consagrar tales potestades a los centros institucionales y a las partes, siempre debió dejar a salvo, que ello lo era a reserva del debido resguardo de las garantías básicas constitucionales en materia de los procesos, esto es, igualdad, derecho a la defensa, debido proceso, derecho a la prueba, etc., más cuando en nuestra Constitución, no aparecen expresamente consagrados algunos de dichos derechos fundamentales como tales garantías procesales²².

En cuanto a las reglas dispuestas ahora por los centros institucionales, estimamos que también hubiere sido prudente, tal como lo propusimos al Congreso²³ que un órgano *ad hoc* de la administración central, relacionado con la función jurisdiccional, tuviera la potestad para revisar dichos documentos e inclusive archivarlos y llevar un control de aquellos centros, de tal manera que de alguna forma se garantizara que

²¹ En el art. 19 LMU, por igual, se regula: “1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el Tribunal arbitral podrá con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al Tribunal Arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas”.

²² Vale la pena destacar que el hecho de no estar contemplado expresamente así, en forma alguna permite entender se encuentran conculcados o disminuidos, pues somos del criterio que el desconocimiento de tales derechos y garantías en absoluto empecen a su obligatorio reconocimiento, y a que sí de alguna manera resultaren aquellos vulnerados, tales procedimientos carecerían de toda validez y eficacia, y así parecen reforzarlo las amplias causales que contempla la misma LAC para solicitar la nulidad de los laudos y la ejecución de aquéllos, no obstante haber sido dictados con base a un acuerdo bilateral entre las partes, y que hayan sido las mismas quienes limitaran, restringieran o conculcaran sus propios derechos. Por lo demás, parece ser ese el criterio unánime e indiscutido en la doctrina especializada. *Vid* Cárdenas y Herbón, opus cit.

²³ Véase Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB N° 52, 1998, p. 431 ss, en la cual reproducimos algunos comentarios que remitíáramos al Senador Pedro Pablo Aguilar sobre el Proyecto de Ley.

los mismos dieran cabal reconocimiento a dichos derechos constitucionales y por otra parte, los interesados tuvieran la certeza sobre cuales eran esas normas de los centros institucionales, y el que las mismas no fueran cambiadas o modificadas al solo arbitrio de los directivos o patrocinantes de tales centros.

Por todo lo dicho nos cabe concluir destacando que en todo caso, (respecto a ambas modalidades del arbitraje y tales regulaciones) somos de la opinión que esa insólita libertad en que se deja a los centros de arbitraje institucional y a las mismas partes en el caso de los independientes²⁴, para regular lo relativo al procedimiento arbitral, no es tal y viene limitada como lo acepta la doctrina en la materia por el respeto a las garantías y derechos constitucionales de las partes en el proceso²⁵.

En tal sentido, es nuestro criterio que, aun consintiéndolo las partes, si esas regulaciones no se ajustan cuando menos a tales principios constitucionales procesales, dichas reglas coliden con el ordenamiento constitucional, y seguramente darán lugar a que los arbitrajes puedan ser impugnados por nulidad (Art. 44, literales b y c) o que los órganos jurisdiccionales ordinarios se abstengan de darle ejecución a los laudos de ellos emanados (Art. 49 literales b y c), sin entrar a considerar por supuesto la proliferación de recursos de amparo constitucional a que los mismos darán lugar, unos justificados, otros utilizados como meras tácticas dilatorias y de entramamiento, a los cuales ya venimos acostumbrados, sin que por ello critiquemos los que obviamente son procedentes y pertinentes, pues nos declaramos fervientes defensores de esa institución.

Por lo demás, respecto a las reglas aplicables al arbitraje en los centros institucionales, o en los arbitrajes institucionales, debe hacerse otra prudente advertencia que deriva de la enrevesada redacción de la última parte del Art. 15 LAC

En efecto, el citado artículo, contenido en el Capítulo III de la Ley bajo el título “Del Arbitraje Independiente” y por efecto, suponemos, de haber omitido el ya destacado diverso tratamiento que da la Ley Modelo UNCITRAL al tema, precisa:

²⁴ Definitivamente que esta normativa guarda relación con la tesis contractualista del arbitraje.

²⁵ Véanse nuestros comentarios en la nota 22

“Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Así mismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes”.

De lo antes transcrito, a nuestro modo de ver surgen dos situaciones peculiares: En primer lugar, que en los arbitrajes institucionales, son las partes las que limitadamente resuelven cuáles sean las reglas aplicables al procedimiento arbitral a cumplirse, luego quiere decir que no es un elemento característico de esa modalidad arbitral, el que las reglas de procedimiento en dicha modalidad de arbitraje sean las fijadas por el respectivo centro, cuyos reglamentos al respecto sólo resultarán aplicables si las partes no hubieren fijado como formas del proceso correspondiente las que contempla la ley para el arbitraje independiente.

Y ello a su vez, nos permitiría entrar a discutir otra situación especial, cual sería la de inquirir si en esa misma modalidad institucional, las partes no podrán tomar la alternativa de fijar ellas mismas la norma procedimental que resulte aplicable, y no las que supletoriamente impone la LAC, como si parece posible que ello ocurra en los arbitrajes regulados en la LMU (Art.19).

En todo caso la última palabra será la de la jurisprudencia que pueda irse produciendo en el futuro con la aplicación de la nueva ley.

Finalmente, la segunda observación que debemos hacer, atiene a un aspecto meramente formal, de técnica legislativa, derivado de la inadecuada ubicación de la mentada norma, que a nuestro modo de ver crea serios problemas de interpretación y una vez más pone de manifiesto, la forma descuidada en que se aprobó la ley.

En efecto, la estructura de la LAC parece ser la de todo cuerpo legal, esto es, establece unas Disposiciones Generales (Capítulo I), sigue con una institución especial de las que regula su normativa: El Arbitraje Institucional (Capítulo II), continúa con la segunda de las nuevas instituciones en ella contemplada, esto es, el Arbitraje Independiente (Capítulo IU) y en el Capítulo IV y subsiguientes, se refiere al Procedimiento Arbitral, normas especiales aplicables para el caso de crisis subjetivas, obligaciones de los árbitros, recurso de anulabilidad, ejecución y transitorias.

Ahora bien, si el mandato del referido artículo 15 es que en los supuestos de Arbitrajes Independientes, a falta de normas sobre el proceso dadas por las mismas partes, se aplican las establecidas en dicha ley para tal tipo de arbitrajes, esto es, las contenidas en sus Capítulos III y IV, son esas las que el legislador dispuso fueren supletorias de aquellas voluntades y ellas se aplican a esa modalidad arbitral en el indicado supuesto y solo por vía de excepción a los arbitrajes institucionales, cuando las mismas partes resuelven que serán ellas quienes dispongan sean esas las aplicables, no obstante que el caso se tramite ante un Centro Arbitral con sus propias reglas del procedimiento arbitral.

Hacemos la advertencia de que siendo benévolo, atentos por igual al modelo seguido por el legislador y para no complicar mas las cosas, entenderemos como Capítulos separados y comunes a ambas nuevas modalidades arbitrales, los correspondientes a los identificados con los ordinales VI, VII, VIII y IX, porque de lo contrario la confusión subiría de tono y efectos.

Como consecuencia de lo dicho, en primer lugar parece prudente anotar que las disposiciones de los citados capítulos III al V no tienen aplicación en los arbitrajes institucionales, pues las mismas son específicas y supletorias para la modalidad de los “independientes”, y porque de haber dispuesto lo contrario, las mismas hubieren estado contempladas en el Capítulo II de dicha ley; y, por igual, parece lógico deducir que en caso de lagunas sobre el procedimiento aplicable en los supuestos de arbitrajes institucionales (indebida redacción del reglamento o ausencia de normas para el caso concreto) se presentará la duda de si tales conflictos deben resolverse aplicando las disposiciones procesales para los arbitrajes independientes, o si por el contrario lo que debe aplicarse son las normas que sobre arbitramento contempla el Cpc, normativa que como hemos dejado señalado antes no quedó derogada y la reputamos supletoria de la voluntad de las partes por su condición de modelo genérico para la institución arbitral.

Tales dudas, que obviamente pudieron quedar aclaradas con una buena redacción en la ley, y por el contrario, ahora darán lugar a incidentes que demorarán el trámite de los nuevos arbitrajes comerciales, perjudicando la buena imagen y utilidad de la institución.

La verdad es que todos esperábamos con ansiedad la nueva ley, y que ésta resolvería una serie de inquietudes derivadas de la anterior normativa, que como observamos continuaran vigentes y sin solución.

Por último, volvemos a ratificar, igualmente, que las normas aplicables a las dos modalidades de arbitrajes, no son elementos esenciales o característicos de ellas, pues en ambos casos, como lo indicamos, puede perfectamente resultar aplicable como común denominador, que las reglas de procedimiento sean las establecidas por las partes.

Por obvio que no entendemos aplicable a los supuestos de lagunas aludidos, las soluciones que dimanen de la LMU al respecto, esto es, que los mismos árbitros se entienden facultados para dirigir el arbitraje del modo que se considere apropiado, cuando que, expresamente fue desechada por el legislador la ley modelo en esa materia y por igual una vez más será la jurisprudencia arbitral la que podrá resolver en definitiva tales dudas y problemas sobre la interpretación de la ley y la institución del arbitraje comercial.

Precisa refrescar finalmente, que en materia de arbitraje “ordinario”, las citadas reglas aplicables al mismo, contempladas en el Cpc, establecen por igual margen a la voluntad de las partes que celebran el “convenio arbitral” (Artic 608 Cpc) y en todo caso a falta de tales disposiciones expresas, las normas aplicables dependerán del tipo de arbitraje que se hubiere convenido, así, en el caso de arbitrajes de derecho, deberán ajustarse al procedimiento pautado en la ley, esto es a lo determinado en el CPC, y en concreto al del juicio ordinario (338 cpc) y en el supuesto de arbitrajes de equidad o de arbitradores, se entenderá que los árbitros pueden obrar con entera libertad, según lo más conveniente al interés de las partes, atendiendo fundamentalmente a la equidad (618 Cpc).

Respecto a tales consideraciones, y en especial en cuanto refiere a las potestades de los arbitradores, por igual entendemos son válidos los comentarios que dejamos formulados precedentemente, pues si bien las partes o en su caso los arbitradores, pueden determinar las reglas aplicables, éstas deben establecerse respetando los principios constitucionales relativos a derecho de la defensa, debido proceso, etc., en tanto que de lo contrario tal arbitraje podrá ser impugnado por nulidad ya que el ejercicio de ese derecho no puede llevar a la arbitrariedad en el manejo del procedimiento y en tal sentido se entenderá que ese obrar con

entera libertad, según lo más conveniente para el interés de las partes, en todo caso los vincula a ceñir sus procederes procesales a lo dispuesto en los artículos 7, 10, 12, 14 y 15 del Cpc entre otros, ya las señaladas garantías constitucionales del proceso.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje comercial, en el arbitramento ordinario, prudentemente el Cpc regula que en caso de dudas sobre las reglas de procedimiento aplicables, en uno cualquiera de los supuestos examinados, deberá ocurrirse ante el llamado juez del arbitraje (628 CPC)²⁶, quien resolverá sumariamente mediante decisión no recurrible (618 par. 2 CPC).

Por no existir norma semejante expresa en la LAC, consideramos que podrían presentarse dos situaciones interesantes de examinar, así, en el caso de los arbitrajes institucionales que deban ser resueltos como arbitrajes de derecho, de encontrar sustento la posición que hemos adoptado de reputar el Cpc como norma supletoria en la materia, deberán aplicarse las disposiciones del juicio ordinario, tal como lo dispone el Art. 618, parag. 1º, salvo que el reglamento del centro contemplara que las dudas sobre las reglas del procedimiento aplicables fueran resueltas por el presidente del órgano arbitral o por el centro institucional, en cuyo supuesto serán aquellos quienes establezcan lo pertinente, en tanto debe entenderse que al haber escogido dicha vía y órgano las mismas partes, estas delegaron a aquellos el poder de subsanar dichas lagunas, tal como si lo hubieren hecho ellas.

En el mismo orden de ideas debo sostener que el solo hecho de que las partes se adhieran expresamente a tales normas, tampoco se deben entender se tengan por subsanados cualesquiera vicios o defectos que atenten contra el debido proceso o las garantías constitucionales que se consagran para sustentar los derechos fundamentales de aquellas, pues aún cuando el consentimiento implícito que comporta la elección del centro, podría pensarse da un efecto convalidatorio a las infracciones formales, los principios en referencia deben entenderse de orden público, y por tanto no susceptibles de enmendar los defectos o anomalías que los violen o menoscaben, todo conforme a la temática general que

²⁶ La determinación del juez competente para conocer de las incidencias relacionadas con el arbitraje, o juez del arbitraje, como le denominamos nosotros, viene regulada en el mencionado artículo, que establece que lo será el juez competente de primera instancia que hubiere conocido del asunto de no haber existido el “convenio arbitral”.

rige la materia, y tal como lo ha venido disponiendo por igual reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema.

En cambio, es nuestro criterio, tratándose de arbitrajes independientes, que la solución en tales casos debe quedar deferida al pronunciamiento que habrá de solicitarse del juez de arbitraje, pues por aplicación de la fuente supletoria, esto es, el Cpc, en tales supuestos lo procedente resulta aplicar lo dispuesto en el artículo 618, parágrafo segundo.

IV. DISPOSICIONES PROCEDIMENTALES COMUNES Y GENERALES A LAS DOS NUEVAS MODALIDADES ARBITRALES

Sin que quepa discusión, consideramos que la institución arbitral comercial tiene como principios generales comunes que la regulan las normas contenidas en los artículos 1 al 11 LAC y damos por admitido que también le son aplicables las disposiciones contempladas en los Capítulos VI, VII, VIII y IX de la misma ley, al no estar referidas exclusivamente a procedimiento, por una parte, y por la otra por argumento a contrario de lo dispuesto en el art. 12 LAC.

En cambio el Capítulo III, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 15, pareciera permitir como interpretación adecuada, que las normas del mismo y las contenidas en los siguientes Capítulos IV y V inclusive, son la especiales, supletorias de las que debieron haber contemplado las partes y aplicables sólo a los arbitrajes independientes, que solo excepcionalmente regulan los Institucionales, cuando así expresamente lo han determinado aquellas, pero no como principios generales aplicables a todos los arbitrajes comerciales en defecto de regulación expresa o de determinación pertinente de las partes²⁷.

Lo dicho también nos permite destacar como rasgo importante en la nueva institución arbitral, que una vez más, el legislador no consideró realmente a la misma como un medio más de ejercicio de la actividad

²⁷ En efecto, el capítulo IV propiamente se refiere al “proceso arbitral”, esto es, las reglas aplicables al procedimiento (*sic.* En esa modalidad arbitral) y el V a la Recusación e Inhibición de los árbitros, para lo cual expresamente pueden regular lo pertinente los reglamentos del arbitraje institucional (Art. 12 LAC), lo que impone deducir que dichas normas no resultan aplicables a este tipo de modalidad arbitral.

jurisdiccional pues no obstante cierta mejora que en tal aspecto comporta ahora el tratamiento dado en la ley a la validez y oponibilidad del acuerdo arbitral²⁸ el mismo no es aplicable a todos los casos previsibles y por tanto, todavía no queda clara la situación.

Así, en lo que atiene a las medidas cautelares que pueden ser dictadas en los procesos arbitrales, observamos por ejemplo que la ubicación de la norma al respecto (Capítulo IV), sólo viene referida a los arbitrajes independientes, que no a la otra modalidad arbitral, y en adición, la misma existe, sólo en la medida que las partes no la hayan excluido. Apoyamos nuestra opinión, nuevamente, en que el legislador, al haberse apartado en esta materia nuevamente del Modelo UNCITRAL expresamente dejó a un lado que el mismo dispositivo se aplicara a la citada modalidad.

Pretender que por estar contemplada dicha potestad, aún en la forma regulada por la LAC o en la que acoge la LMU, en los reglamentos de los centros constitucionales, solventa dichos problemas, no deja de ser una ilusión y se puede prestar a inconvenientes, toda vez que afectando el poder cautelar el patrimonio de los particulares, aún siendo ellos partes del proceso, la interpretación de dichas potestades es y tiene que ser restrictiva, que no amplía o que pueda fundársela en la analogía.

Esto último nos hace considerar que la potestad cautelar, reputada como implícita y esencial al desempeño de la actividad jurisdiccional ordinaria, no es plena en materia de arbitraje comercial, y totalmente ausente en la del arbitraje ordinario y en la modalidad del comercial institucional, salvo en lo que se refiere a ésta última el que las partes la hayan extendido al mismo como consecuencia de reputar aplicable al arbitraje las normas de procedimiento del arbitraje independiente ex artículo 15 *eiusdem*²⁹.

²⁸ Art. 15 in fine LAC.

²⁹ En la práctica conocemos juicios en que sin fundamento alguno con motivo de arbitrajes ordinarios, no comerciales, el juez del arbitraje que conoce de la incidencia arbitral ha procedido a dictar medidas cautelares, lo cual consideramos un craso error, no sólo por las anotadas observaciones, sino por aplicación de los principios generales que regulan la potestad cautelar ordinaria, uno de los cuales, precisamente, exige *sine qua non* el que cuando menos exista instaurado un juicio principal con vista al cual es menester dictar la cautela. En tal sentido, entendemos que en la incidencia arbitral, no existe tal juicio propiamente, al contrario, precisamente se plantea al juez que conoce de la incidencia que él carece de la potestad jurisdiccional y que el llamado a conocer del conflicto lo es un órgano arbitral,

Consideramos, pues, que aún con la actual regulación de la institución a través de la nueva Ley de Arbitraje Comercial, todavía el legislador no terminó de asimilar que la misma es un modo más de expresión de la actividad jurisdiccional, sino que continúa siendo un modo convencional de resolver los conflictos, substitutivo de la actividad jurisdiccional ordinaria, y en el que se encuentran por lo tanto ausentes otra serie de elementos esenciales y definidores de aquella, tal como resulta entre otras cuestiones, de la concesión, muy limitada, de la potestad cautelar a los árbitros; y de que no exista aún un medio de defensa expedito para hacer valer la existencia del pacto arbitral cuando a pesar de la existencia del convenio, una de las partes acude ante el órgano judicial ordinario para plantear la *litis*³⁰.

luego propiamente no puede decirse que existe tal litigio, ni que el mismo siquiera ha sido admitido, pues precisamente lo que se discute es quien debe conocer de él. Es mas, en algunos supuestos, tal como se desprende del contenido de los artículos 608, 610 y 613 Cpc en tal estado de la controversia perfectamente es posible que ni se conozca siquiera cual es el objeto de lo que será sometido a decisión de los árbitros.

En adición a lo dicho, demostrativo por igual de las limitaciones con las cuales se concedió la potestad cautelar a los árbitros en el arbitraje comercial, el artículo 28 LAC, precisa que el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del mismo, podrá pedir asistencia al tribunal de primera instancia competente, para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten, poniendo de manifiesto así, que sólo los tribunales ordinarios, en ejercicio del *ius imperium* son los que pueden llevar a cabo la práctica y ejecución de las medidas cautelares. Lo dicho comporta que los árbitros que por igual carecen de la facultad de ordenar la ejecución de sus laudos (art. 48 LAC) no pueden pretender tampoco disponer de la potestad que garantice esa ejecución.

Finalmente debe destacarse que a nuestro juicio prudentemente el legislador nacional no optó por acoger la redacción de la LMU en su artículo 9, conforme al cual, y evidentemente adoptando un modelo sobre la potestad cautelar mucho más avanzado que el nuestro (no obstante que el modelo UNCITRAL es anterior en fecha a nuestro vigente Cpc), dispone que el proceso arbitral no será incompatible con que las partes, con anterioridad o coetáneamente a dicho proceso, puedan acudir y obtener de los órganos de la jurisdicción ordinaria la adopción de medidas cautelares. Definitivamente que hubiere sido deseable que la nueva Ley de alguna manera regulara ese poder cautelar anticipado y controlado por la jurisdicción ordinaria, dando así no solo cabida a esta moderna y novedosa institución del poder cautelar autónomo, sino solucionando por igual en forma adecuada la problemática del poder cautelar en los arbitrajes, que sigue siendo uno de los mayores obstáculos que se invocan contra la institución.

³⁰ En efecto, ni en el arbitraje ordinario, salvo el caso de convenio judicial arbitral (ex-Art. 617 *ejusdem*) ni en el nuevo arbitraje comercial, en ninguna de sus dos modalidades, se contempla una vía defensiva *ad hoc*, que permita a las partes eficazmente hacer valer la existencia del convenio arbitral, y que impida a los jueces ordinarios continuar conociendo de la *litis*, aun en conocimiento como estuvieren de la existencia del convenio arbitral, y lo que resulta peor, la sola apertura de la incidencia sobre la existencia o no de convenio arbitral, no im-

1. Asuntos que pueden ser objeto de convenio en el arbitraje comercial:

A. Principio general:

La nueva ley, tal como lo hace el Cpc para el arbitraje ordinario, claramente establece que solo pueden someterse a arbitraje comercial, los asuntos susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. De modo general pues, podemos sostener que sólo son susceptibles de someterse a arbitraje, los asuntos que no contraríen el orden público y que puedan ser objetos de transacción y que para comprometer en árbitros se requiere capacidad de obrar y poder de disposición.³¹

pide al Juez ante quien ella se plantea continuar conociendo de la causa en tales supuestos. A diferencia de lo dicho, en otros países en los que si se considera que el arbitraje es un modo más de expresión de la actividad jurisdiccional, como es el caso de Colombia, por ejemplo, el respeto del convenio arbitral se impone a través de un modo específico de defensa, especie de cuestión previa, que se denomina “de existencia de compromiso arbitral”, por virtud del cual, al igual que en caso de existir conflicto de competencia o cuestión de jurisdicción, queda suspendido el trámite del juicio principal hasta tanto se resuelve dicha defensa.

Es cierto que hoy, dentro de un proceso de arbitraje comercial, en cualquiera de sus modalidades, si se ejerciere la defensa con base a la no existencia del convenio, o a la no suspensión o derogatoria del poder de la jurisdicción ordinaria, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 25 LAC, el mismo órgano resolverá el asunto, y demostrada la existencia del convenio arbitral este resulta exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, pero no resulta igual ni extensible dicha norma a los supuestos en que dicho problema se ventile ante el juez ordinario, o cuando menos, si así se lo pretendió establecer, debió la ley haber sido más clara y categórica.

En esta materia, por igual nuestra Corte Suprema ha vacilado, y no obstante haber reconocido en algunos casos, expresamente, que “el arbitraje es un modo de expresión de la función jurisdiccional, la cual desempeñan durante la substanciación del arbitraje” (Sentencia 27-4-88, Gaceta Forense p. 1017) en otro caso ha sostenido que tratándose de arbitrajes convenidos por la República, el mecanismo arbitral se concentra al mero establecimiento de los hechos derivados de la ejecución del contrato, sin que puedan extenderse los árbitros arbitraidores a atribuir a esos hechos, fijados por esa vía, consecuencias jurídicas -según les parezca (a los árbitros)- mas conveniente al interés de las partes “ y concluyendo en el mismo fallo “ correspondiendo en cambio al Tribunal competente. decidir sobre las consecuencias jurídicas que conforme a la Ley sean aplicables” (CSJ, Sala Político Administrativa, 6-11-97, caso Industrias Metalúrgicas Van Dam Vs. Ministerio de la Defensa). Tal pronunciamiento, a nuestro entender, carece de todo fundamento en la normativa sobre el arbitraje y es ajeno y contrario a la institución arbitral. Más adelante, al tratar el tema relacionado con las “exclusiones” que contempla la LAC, examinaremos este aspecto con mayores detalles.

³¹ Artículo 1713 ss del Código Civil (GO. 2990 Ext. Del 26 de julio de 1982) en lo sucesivo identificado como “Cc”. Es de observar que la doctrina dominante considera que no basta siquiera la capacidad de obrar, sino que es menester que quien se comprometa, lo haga con

B. Exclusiones expresas:

La LAC, es más perfeccionista que el Cpc y en su artículo 2, precisa en adición a la limitación genérica que establece la disposición antes comentada, expresas exclusiones, las cuales son tan claras que de ellas sólo haremos algunos comentarios especiales:

- a) De las del literal “a” conviene llamar la atención de que si bien queda excluido del arbitraje lo que verse sobre delitos y faltas (tipología, determinación de culpabilidad y culpable, declaratoria de que los supuestos fácticos encuadran en la normativa penal, etc.), en cambio sí puede ser materia de arbitraje la determinación del monto o cuantía de la responsabilidad civil derivada de aquellos, siempre y cuando la misma no hubiere sido objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia (*sic.* Penal) definitivamente firme.
- b) Las del literal “d” advertimos que es una exclusión parcial o relativa, pues si media autorización judicial, si pueden ser sometidas a arbitraje³².
- c) En cuanto al literal “e” debe advertirse por igual que no empece la exclusión, si pueden someterse a arbitraje, a pesar de la existencia de cosa juzgada, la determinación de los términos o modo de cumplir cabalmente con la ejecución de dichos fallos firmes, pero en tales casos, la extensión y límites fijados por los árbitros, sólo tendrá validez en cuanto a las partes del proceso y siempre que la sentencia misma dictada no haya proveído al respecto³³.
- d) En cuanto al literal b) la norma excluye todo lo concerniente a la atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público, y si bien este aspecto se corresponde

poder de Disposición (en tal sentido H.L. y J Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte III,. Vol. IV, Argentina, 1962, p.628).

³² Anotamos que la autorización debe ser previa a la celebración del acuerdo, entendiéndose que la posterior no subsanará los vicios del acuerdo suscrito sin aquélla.

³³ Somos de opinión que tampoco excluye efecto vinculante el arbitraje frente a aquellos terceros que hayan sido partes en el proceso, o que de algún modo, como tales, hayan intervenido en él, sea durante la fase de cognición o en la etapa de ejecución, quienes al tener su derecho en duda puedan haber convenido en que la vía arbitral fuera la adecuada para despejar la incertidumbre de sus derechos.

con una de las conferencias confiadas a otro de los expositores invitados a este evento, deseo manifestar que luego de haber estudiado mejor el punto, y con vista a la posición de reputados autores nacionales y extranjeros sobre la materia, rectifico el criterio que había sostenido en mis exposiciones anteriores sobre el tema³⁴.

En efecto, ni la exclusión anotada, ni la norma del artículo 4 LAC a que luego nos referiremos, autorizan a pensar que la República, los estados, los municipios o los institutos autónomos, tratándose de asuntos que no sean propios de las atribuciones o funciones de su potestad de imperio, no puedan estipular válidamente convenios arbitrales, comerciales u ordinarios, y someter a dicha vía de solución los asuntos y controversias que tengan entre sí o con los particulares, si lo debatido en dichos casos, son operaciones, negocios o actos susceptibles, a su vez, de transacción, en tanto que bajo la vigencia del Cpc, la posición dominante en la doctrina, lo fue en el sentido de que dichos entes pueden perfectamente llegar a celebrar transacciones válidas, siempre y cuando la ley no lo proscriba, o de estar limitada dicha potestad, se cumplan los requerimientos fijados en la normativa aplicable (en general quedan excluidos todos los atenten precisamente contra la médula de la función pública, esto es, funciones propias del *ius imperium*).

Debo citar en apoyo de nuestra posición al Profesor Brewer-Carías, quien admite inclusive que las cláusulas arbitrales formen parte de los contratos de la administración, o que los conflictos de ellos derivados puedan ser sometidos a arbitrajes, si bien reconoce que no hay unanimidad al respecto entre los diversos autores que han tratado la materia³⁵.

³⁴ Conferencias en Nueva Esparta, Anzoátegui, y la promovida por la Federación de Colegios de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, entre otras.

³⁵ Brewer Carías, Allan R., Contratos Administrativos, Colección Estudios Jurídicos, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 1992, p. 262 ss. El autor si bien en el momento precisa que la jurisprudencia no se había pronunciado sobre la materia admite la posibilidad del arbitramento en materia de contratos celebrados por la Administración. Hoy ya tenemos sentencia de la SPA de noviembre de 1997, caso Van Dam, que de plano lo admite, aún con las reservas, a nuestro modo de ver, absolutamente infundadas que contiene el fallo. Mas aún, un pronunciamiento de la Procuraduría General de la República (1959), admitía expresamente que la Nación podría transigir válidamente divergencias ajenas a los meros aspectos técnicos, siempre que contara con los requisitos y formalidades contemplados en la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, pero no obstante llega a la misma contradictoria

Brewer Carías, acepta, que, luego de promulgado el Cpc vigente, el ilustre y bien recordado profesor Moles Caubet tenía la razón cuando postulaba que “no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de la administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado”, para concluir claramente en que: “la administración tiene poderes para incluir, sea en un pliego de condiciones, sea en el contrato mismo, la cláusula compromisoria que abre entonces el procedimiento de arbitraje”³⁶.

Sostiene, en conclusión Brewer, que el arbitraje, al menos ordinario, esto es, el regulado y contemplado en el Cpc, es aplicable a los entes públicos, y la única limitación que tienen en esta materia, derivada del artículo 608 Cpc, es de que los asuntos sobre los que verse el compromiso sean susceptibles de transacción³⁷.

Nuestra anterior posición contraria al respecto tuvo su fundamento en la interpretación que conforme al espíritu del legislador puede darse al citado artículo 4 LAC, reputando, que conforme a dicha ley solo pueden convenir en arbitrajes los entes a que dicha disposición se refiere, y bajo las limitaciones que la misma impone, pero obviamente hoy entendemos, con apoyo a toda la doctrina extranjera y las anotadas observaciones de Moles y Brewer, que es perfectamente deducir también lo contrario, y por tanto aún en la nueva modalidad del arbitraje comercial, pueden, siempre que el asunto de fondo discutido sea susceptible de transacción por parte de dichos entes, o lo que resulta ser lo mismo, siempre que la ley o los principios generales de derecho público, no impidan que aquellos puedan transarse.

Con lo expuesto, sostengo hoy, que a su vez, el artículo 4 es aplicable y sólo aplicable a los sujetos en él mencionados, sin que nada autorice a extender la excepción a los entes territoriales del Estado, ni que las formalidades en el contempladas puedan considerarse por igual exi-

posición de la comentada sentencia de no admitir que los arbitradores puedan pronunciarse sobre las consecuencias de derecho de una determinada divergencia surgida entre las partes.

³⁶ Moles Caubet, Antonio, “El arbitraje y la contraloría administrativa”, Revista de la Facultad de Derecho UCV, N° 20, Venezuela, 1960, p. 9.

³⁷ Brewer-Carías, *opus cit.* p.265.

gibles para aquellos, pues la ausencia de alusión a ellos, no puede llevar al extremo de considerarlos incluidos genéricamente en las previsiones de esa norma, ni el literal b comentado permite sacar tal conclusión, sino precisamente la que antes hemos dejado expuesta.

La interpretación que sin lugar a dudas admitía que bajo la vigencia del Cpc, facultaban a la República, los estados, los municipios y los institutos autónomos, para celebrar arbitrajes, nunca puesta en dudas por nosotros, añadimos hoy, no se modifica por la nueva Ley sobre Arbitraje Comercial³⁸.

Antes como ahora, el asunto se limitará a examinar si en el supuesto concreto, lo que eventualmente pueda ser sometido a arbitraje podrá ser o no susceptible de transacción de acuerdo a las normas aplicables a cada caso, y si lo fuere es perfectamente válido el convenio arbitral, o el que las partes, incluyendo la república, los estados y los municipios, puedan contemplar válidamente en los contratos la cláusula o compromiso arbitral.

Es más, en materia donde la indisponibilidad es tan clara como resulta ser lo relacionado con la potestad tributaria, el vigente Código Orgánico Tributario³⁹ admite la transacción judicial tributaria, siempre que venga referida a “los hechos que dan lugar al litigio o reclamación, no en cuanto al significado de la norma aplicable”, pero solo esta y úni-

³⁸ Es mas, como en efecto lo señalábamos en nuestras exposiciones sobre el arbitraje ordinario, resultaba chocante toda interpretación en contrario, cuando que la República tiene celebrados tratados en los que acepta el arbitraje como modo de solución de conflictos y reclamaciones de nacionales de otros Estados, tal cual es el caso de la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (GO 35685 del 3 de abril de 1995), en la cual se contempla que en tales casos, tales diferencias quedan sometidas a la decisión de un organismo arbitral internacional, esto es, se acepta que el Estado dé por válidas las soluciones arbitrales, inclusive provenientes de un órgano internacional, sin otras limitaciones ni formalidades. Respecto a las normas sobre Tutela de los organismos públicos y similares debe atenerse a lo dispuesto en el artículo 20, numeral 11 de la Ley Orgánica de Administración Central. Por lo demás, hacemos como observación nuestra que al imponer la mentada disposición de la LAC, la necesaria “autorización”, se alude a un acto autorizativo, y por tanto previo a la celebración del convenio, no pudiendo por tanto convalidarse el vicio que afectará al convenio o compromiso arbitral, si el mismo se lo celebró sin la aludida autorización previa, con un acto ratificatorio -como lo sería en contrario-, si la Ley se hubiere referido a “aprobación” ni podrá alegarse la validez, derivada de la tácita aceptación del acuerdo arbitral.

³⁹ GO 4727 Extraord del 25-5-94, en lo sucesivo COT, art. 57

camente esta limitante encuentra texto legal expreso y referido al estricto campo de los hechos, lo cual por demás tiene razón de ser en cuanto a este aspecto, cuando de principio debe entenderse que “normativa que regula y establece la potestad tributaria y su ejercicio, así como aquella que se refiere a la potestad sancionadora, siempre han sido reputadas indisponibles y propias del *ius imperium*⁴⁰.”

En cuanto al artículo 4 LAC, cuyo ejemplo no encontramos en ningún otro texto extranjero de los que hemos podido analizar, ni a ello se hace referencia en el modelo Uncitral, solo nos cabe explicarlo por razón de un especial celo en velar porque no ocurran hechos al margen del conocimiento del Estado, particularmente cuando que hoy por la descentralización económica, las sociedades en las cuales mantiene interés el Estado, manejan intereses de gran envergadura y porque es de reconocer que existen algunos deplorables antecedentes en que los intereses de dichos entes no han salido bien parados y que el contenido de los laudos no ha sido precisamente modelo que deba seguirse⁴¹.

En cuanto a los requisitos formales aplicables a los supuestos de convenios arbitrales celebrados por los entes a que se alude en el Artículo 4, la norma es clara.

Tratándose de que una de las partes en el contrato o convenio arbitral, sea una de dichas sociedades, o aquellas en que a su vez, sean otras poseídas por ellas, se aplicarán las formalidades a que se alude en dicha disposición: autorización escrita del Ministerio de tutela, y debida aprobación expresa del órgano estatutario competente, con expresa mención

⁴⁰ Como cuestión interesante vale la pena reseñar que en un recurso ante los órganos jurisdiccionales especiales, sobre determinación de eventual evasión fiscal, se aceptó que la integración del órgano judicial que debía resolverlo, lo fuere con jueces asociados, y en efecto el órgano judicial así constituido fue quien dictó la decisión, cuyo pronunciamiento lo fue sobre el monto de lo que debía suponerse había sido o no evasión, con lo cual a nuestro modo de ver, con mayor razón permite pensar que la resolución de dicho asunto pueda haber sido confiada a un órgano de arbitraje (Primero Contencioso Tributario, caso Margarita Stelling). Para ampliar conceptos sobre el tema referimos a los interesados a la aludida obra de Brewer y a la amplia bibliografía por él citada.

⁴¹ Estimamos que el Congreso incluyó la citada limitación con fundamento a esas lamentables excepciones, al igual que el condicionante sobre el número de árbitros que debe integrar el órgano arbitral, a que alude la última parte de dicho artículo, pues no otras razones pueden justificar dicha redacción. Nos referimos a un no lejano arbitraje pronunciado en referencia a las empresas del aluminio, que ocupó durante algún tiempo a nuestra prensa local.

en el acuerdo que sobre ello recaiga del tipo de arbitraje, número de árbitros que integrarán el órgano arbitral y que éste no lo sea en ningún caso con menos de tres árbitros⁴².

Se observa de la misma disposición, que las limitaciones abarcan el primer y segundo grado de desconcentración pública.

Por lo demás, cabe señalar, que la misma ley en su último artículo, expresamente precisa que no se aplican tales limitaciones, a los convenios y acuerdos arbitrales suscritos con anterioridad a la vigencia de la ley, como tenía que ser para evitar vicio de inconstitucionalidad derivado de la retroactividad que entonces se hubiera dado al citado nuevo mandato del Art. 4 LAC.

C. Aplicación de la LAC de acuerdo a la fuente del conflicto:

Los arbitrajes comerciales se extienden a conflictos que tengan su fuente indistintamente derivada de relaciones contractuales o a aquellos de índole extracontractual. En efecto, aclara el artículo 5 LAC que las controversias comerciales que pueden plantearse ante árbitros pueden provenir bien de una relación contractual o no contractual, dejando así abierto el campo para que puedan resolverse por vía de arbitraje comercial tanto las cuestiones contractuales como las provenientes de hechos ilícitos ocasionadas con motivo de esas relaciones comerciales, ampliándose así también el ámbito de la competencia arbitral, dejando definitivamente resueltas las dudas que se planteaban en torno a si por la vía del arbitraje comercial podían o no discutirse conflictos derivados de hechos ilícitos o si estaban restringidos a los provenientes de relaciones de carácter contractual⁴³.

⁴² En cuanto a la limitación impuesta por el número de árbitros que integren el organismo arbitral, no puede encontrarse razón seria alguna que lo justifique. Si lo que se procuraba era garantizar una mejor y más confiable decisión, o que los órganos de nivel inferiores a los de manejo directo del Estado pudieren convenir en que los árbitros no fueran de toda la deseada idoneidad, era preferible establecer que la elección de los árbitros a designarse, en todo caso debía contar con las mismas aludidas aprobaciones y autorizaciones a que se alude en dicho artículo.

⁴³ Por lo demás es esa la misma redacción del Art. 7 LMU. Vale la pena recordar si, en cuanto a los que tengan origen en responsabilidad extracontractual, las precisiones que ha venido señalando nuestra jurisprudencia en cuanto a aquellos casos que realmente tengan índole “comercial”. Vid Alfredo Morles H. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial UCAB, Caracas, 1996.

2. Tipos de arbitraje:

Dentro de las mismas disposiciones generales comunes a las dos nuevas modalidades de arbitraje comercial, el Art. 8 de la LAC precisa que “los arbitrajes pueden ser de derecho o de equidad”, entendiéndose por ellos, en el primer caso, que los árbitros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos, mientras que en los segundos, procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como “árbitros de derecho”.

La nueva Ley se aparta un poco de lo que se regula en el Cpc para el arbitraje ordinario (A.618) en lo atinente al arbitraje de derecho, el cual consecuente con la regulación que da al procedimiento arbitral en tales casos, precisa que en el de derecho” los árbitros deben observar el procedimiento legal y en las sentencias, las disposiciones del derecho”. mas en ello no se confronta un verdadero cambio, si recordamos por igual que el mismo artículo en su parágrafo primero advierte que las partes “pueden indicar a los árbitros de derecho, las formas, reglas y normas de procedimiento que deban seguir y someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento” y lo cual analizaremos con más detalle en adelante.

Finalmente, como resultaba lógico, siendo estos arbitrajes atinentes a lo “comercial” se añade en el último aparte del mentado artículo. “Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles”, sin referir dicha norma a una u otra de las modalidades de dicho arbitraje ni a los tipos que son objeto de análisis.

Estas disposiciones deben analizarse a la luz de lo previsto en el artículo 30 LAC, que si bien es aplicable específicamente al caso de arbitrajes independientes⁴⁴, regula una situación directamente atinente

⁴⁴ El artículo 31 LMU contempla idéntica disposición con la advertencia, debemos recordar, que en ella no se estipulan las dos modalidades del arbitraje comercial que establece la LAC, pero ello es justificable en cualquier otro sistema que a diferencia del nuestro no imponga como requisito de orden público del fallo en derecho, que deba estar motivado (ex artículos 243 y 244 Cpc) o en la expresa excepción a que alude la primera norma citada sobre “laudos que se dicten en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30 de la misma Ley”, modalidad por lo demás no contemplada en la LAC.

a los principios que deben entenderse rigen para los “arbitrajes en general” y que merece especiales comentarios.

Efectivamente, al ser la norma del artículo 8 una disposición general aplicable a ambos tipos de arbitraje, esto es, al de árbitros de derecho y al de arbitradores, carece de todo sentido lo dispuesto en el artículo 30 ya citado, conforme al cual: “El laudo del tribunal deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario “.

En efecto, siendo el arbitraje de derecho, aquél conforme al cual los árbitros deben resolver no con una norma sustantiva de su creación para buscar la solución al conflicto, sino conforme a las normas del ordenamiento vigente y además, en la sentencia apegados a los principios de derecho que rigen en general la materia en el proceso ordinario, no concebimos como en nuestro actual sistema jurisdiccional, pueda sustentarse que los árbitros de derecho queden eximidos de motivar su laudo, aún con la anuencia de las partes.

La motivación, no sólo es un requisito esencial para poder precisar justamente si el pronunciamiento del juez o del árbitro es o no conforme a derecho, sino con el cual se pretende buscar la aquiescencia del grupo social y de las partes sobre lo decidido, inclusive el pronunciamiento en equidad exige y requiere que los árbitros o el juez facultado para así decidir, expresen los motivos por los cuales establecen la norma que consideran aplicable al caso y aquellos en los que sustentan la decisión que con fundamento a ella se dicta en ese caso concreto⁴⁵.

Es cierto que conforme a lo prevenido en el Art. 618 del Cpc en los arbitrajes ordinarios de derecho “las partes pueden fijar ciertas normas de procedimiento a los árbitros”, pero ello nunca puede llegar a extenderse a que se exima al árbitro de cumplir con tan delicado requisito propio del fallo en ley y justicia y característica esencial de la expresión de la jurisdicción de derecho.

En cuanto a la comparación de los dos sistemas arbitrales, y en lo referente a cual sea la norma aplicable en el supuesto de que las partes no hubieren dispuesto si el arbitraje por ellas consentido lo sea de derecho o por equidad, debe resaltarse que las normas son diversas en lo que atañe a tal aspecto del procedimiento.

⁴⁵ Iguales consideraciones hemos dejado expuestas en nuestro citado trabajo sobre El Arbitraje, Revista Fac. Derecho UCAB N° 51, *opus cit.*

En efecto, en el caso del arbitraje ordinario (Art. 614, Parag. 2 Cpc), tratándose del acuerdo arbitral extra litem o cláusula arbitral, a falta de tal determinación por las partes, se entenderá que los árbitros son de derecho y que el laudo será inapelable, en cambio, tratándose del compromiso judicial arbitral, la falta de determinación de las partes en esa materia, hará que los árbitros se reputen arbitradores, resultando por esa misma razón también inapelable el laudo⁴⁶

3. Lugar del Arbitraje:

También dentro de las normas generales comunes del procedimiento arbitral comercial la nueva ley regula este aspecto, sobre el cual nada se contempla en el procedimiento arbitral especial del Cpc (ordinario), distinguiendo además las dos situaciones que pueden tener relevancia en la materia y disponiendo la norma supletoria para el caso de que las partes nada hubieren previsto al respecto en el primer aspecto comentado.

Así, conforme lo dispone el artículo 9 LAC en cuanto al lugar donde deba llevarse a cabo el arbitraje, la regla será atenerse a lo que fijen las partes, y a falta de previsión o de no haber acuerdo entre ellas al respecto, el órgano arbitral lo determinará no a su libre discrecionalidad, sino tomando en consideración las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes.

En lo que atañe al segundo problema que puede suscitarse, esto es, el lugar donde deba actuar el órgano arbitral, la regla general, por igual, será que prive lo determinado al respecto por las partes, y si no mediare expresa prohibición en contra de aquellas, se entenderá que podrá reunirse en cualquier lugar para deliberar y recibir pruebas (entendemos que la enumeración hecha en la ley de algunas de ellas, es meramente enunciativa y no taxativa, más cuando genéricamente contempla las deposiciones de las partes, inspecciones del mismo órgano sobre bienes, declaraciones de terceros y experticias).

⁴⁶ Al respecto en nuestro comentado trabajo sobre El Arbitraje, Revista Fac Der UCAB N° 51, sostenemos que ello no es una contradicción, sino consecuencia de la lógica interpretación de los principios sobre la materia, pues si en efecto las partes ya se encuentran en juicio en este caso, lo procedente ante el silencio de las partes, es reputar que ellas no quieren darse la solución jurisdiccional y que prefieren una solución de equidad, de aquella que por lógica debían esperar de la jurisdiccional, apegada a la ley.

4. Normas relacionadas con el idioma utilizable:

La LAC contempla en el artículo 9 la libertad de las partes para regular cual sea el idioma o idiomas que puedan utilizarse en las actuaciones arbitrales y en los actos de las mismas partes y/o aquél en el cual deba quedar redactado el laudo, con las siguientes advertencias:

“Los árbitros fijarán dicho idioma para uno y otro tipo de situaciones, a falta de disposición expresa al respecto por las partes; La norma contempla que puedan utilizarse más de un idioma; y En todo caso el órgano arbitral podrá ordenar que los documentos acompañados a los autos, puedan venir acompañados de traducciones a uno o más idiomas, sean los acordados por las partes o los que fije dicho órgano arbitral.”

La normativa examinada debe complementarse con lo que al respecto determina el artículo 48 LAC, conforme al cual para solicitar y que se acuerde la ejecución del laudo, independientemente de las disposiciones examinadas antes, deberá presentarse el mismo debidamente traducido al idioma castellano, si fuere necesario⁴⁷.

Por supuesto que tales disposiciones son ausentes y en ciertos modos innecesarios en el procedimiento de arbitramento (arbitraje ordinario) si tomamos en cuenta que el mismo rige como procedimiento arbitral especial que debe y tiene que cumplirse en Venezuela y del cual mantiene una especial tutela el órgano jurisdiccional ordinario (juez del arbitraje).

V. NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL COMERCIAL EN SU MODALIDAD INDEPENDIENTE:

Como puede deducirse de todo lo dicho anteriormente, estas normas son solo aplicables a esa modalidad del arbitraje comercial, ya que en la otra modalidad del mismo, por razón de la redacción de la ley, a falta de que las partes opten por fijar las de la ley para el arbitraje inde-

⁴⁷ En lo atinente a esta materia, por igual en nuestras sugerencias al Senador Pedro Pablo Aguilar sobre observaciones al Proyecto de la LAC, considerábamos conveniente la modificación de dicho artículo en respeto de los principios procesales de que el idioma oficial, dentro de la República tiene que ser el castellano, con la sola excepción de que el laudo fuere a producir efectos en el exterior de la República. Vid RFDUCAB 52, citada

pendiente, resultan aplicables las propias de los centros institucionales de arbitraje, que por supuesto deberán ser examinadas en cada caso.

Como lo adelantáramos igualmente, la LAC trae ahora normas atinentes a ese procedimiento, en veces más claras y expeditas que las contempladas para el arbitramento en el Cpc, otras que regulan aspectos no contempladas en aquél, siempre procurando dejar a las partes y al órgano arbitral la resolución de esas situaciones en miras a separarse de la enmarañada trama que supone el actuar del órgano judicial ordinario, y las que serán aplicables a falta de que las mismas partes hubieren fijado otras, con las limitaciones que ya dejamos comentadas y que son las contempladas en los Capítulos III, IV y V de la ley.

De ellas no entraré a examinar las que resultan claras y obvias en su aplicación, porque bastará leer la LAC para entender cómo y porqué deben ser aplicables, sino aquellas de las cuales pueden derivar problemas en su interpretación y ejecución.

1. En torno al proceso de elección y designación de los árbitros y constitución del órgano arbitral

Las normas aplicables están contenidas en los artículos 16 al 18, y sólo cabe destacar que por excepción, a pesar de que el principio es desvincular el procedimiento arbitral de los órganos judiciales ordinarios, a falta de acuerdo en la designación del tercer arbitro o del árbitro único, cualquiera de ellas puede ocurrir ante el tribunal competente de primera instancia a fin de que él haga esa designación (Art. 17 LAC).

La LAC no establece procedimiento alguno para esos trámites, luego debemos precisar que a nuestro juicio se trata de un procedimiento que no debe dar lugar a contención, y el cual a falta de norma expresa se regulará por lo dispuesto en el artículo 607 Cpc, que a nuestro entender se aplica a la perfección en éste caso y cubre la necesaria notificación de su existencia a la contra parte para que ejerza debidamente su defensa, y exponga cuanto estime pertinente a tales efectos, etc.

El artículo 18 in fine prescribe que en casos de no aceptación, fallecimiento, renuncia, inhabilitación o recusación, se procederá a nueva designación en la misma forma que ha quedado descrito, luego debe entenderse que en cualquiera de tales supuestos no es que se extinga la

vía arbitral, sino que la misma continuará corrigiendo o enmendando el presupuesto faltante para que aquella siga su curso normal.

2. Gastos del proceso y honorarios de los arbitrarios (19 LAC)

La norma bajo examen regula la forma en que queda constituido el tribunal una vez aceptado el cargo por los árbitros, no obstante, como lo anotamos precedentemente, no fija que la constitución deba realizarse con determinada formalidad, o si de ellos deben advertir los árbitros a las partes, cuestiones que si quedan obviadas en el arbitraje ordinario en tanto que tal acto debe y tiene que cumplirse ante el juez del arbitraje, quien además tomará el juramento a los árbitros. Estimamos por ello que lo procedente será que los árbitros se reúnan, dé noticia a las partes de cuando y donde se constituirá el órgano, y en esa oportunidad se lo declare constituido con la presencia de ellas, o al menos, habiéndolas notificado de tal hecho, asumiendo estas la carga de estar presentes.

La misma disposición prescribe que en esa oportunidad los árbitros fijen sus honorarios y la suma que estimen necesaria para gastos de funcionamiento (sede, secretaria, alguacil, papelería, etc.). Las partes tendrán derecho de objetar tales montos, en el término de cinco días hábiles⁴⁸, término que se computará a partir de la fecha en que fuere notificada la providencia que los determine⁴⁹

La comentada norma dispone que tal objeción será hecha por escrito y precisando cuales montos aprueban por justos, sin encontrar motivo racional para tal dispositivo, a no ser que con ello haya pensado el Legislador que los árbitros puedan reconsiderar aquellos “no justos”.

Consideramos exagerada la disposición de la parte infine del comentado artículo relacionada con el hecho de que ante la opinión unánime de los árbitros de rechazar la objeción inclusive de una parte (pues la ley no hizo discriminación alguna) deba reputarse que el órgano arbitral ha cesado en sus funciones.

⁴⁸ En cuanto a la forma de cómputo de dicho lapso ver los comentarios contenidos en la nota precedente.

⁴⁹ De lo precisado en la ley al respecto podría sustentarse la no-necesidad de que ese acto de constitución esté previamente notificado a las partes, pero pareciere que lo prudente, a fin de constatar el debido cumplimiento de las instalación y constitución del órgano arbitral, es que si lo estuvieren.

Lo anterior se muestra más evidente, cuando que al analizar lo dispuesto en el artículo 20 LAC, relacionado con la consignación de los montos no objetados, se dispone que ante la falta de una de las partes en realizarla, queda subsanada la misma, si la otra lo hiciera por cuenta de la renuente; siendo más benévolo que disponer la cesación del órgano arbitral, y peor aún sin aclarar que en tal caso, como en cambio sí lo determina para el supuesto de no consignación de las sumas no objetadas pero no depositadas por ninguna de ellas, destacándose que en tales supuestos, con la cesación del órgano, las partes quedan en libertad de acudir a los jueces ordinarios o nuevamente reiniciar el proceso arbitral.

3. Régimen de las costas procesales (Art. 20)

El 20 LAC regula lo pertinente, precisando que sobre ello se hará pronunciamiento expreso en el laudo, definiendo a quien corresponden las costas y en cual proporción.

De lo dicho se deduce que el sistema de costas no es el de vencimiento total, sino que los árbitros pueden considerar más justo repartir dichos cargos entre las partes, con fundamento a su conducta en el procedimiento y al pronunciamiento que se hubiere hecho sobre lo principal y/o accesorio.

4. Término para decidir -duración del proceso arbitral (Art. 22)

Dispone la norma analizada que si las partes no hubieren dispuesto nada en el acuerdo arbitral, y entendemos igualmente que lo podrían subsanar también en el acto mismo de instalación del órgano arbitral, el mismo tendrá una duración de seis meses contados a partir de la constitución del órgano arbitral. Dicho lapso obviamente se computará conforme lo dispone el Código Civil en el artículo 12, y continúa determinando que dicho lapso podrá ser prorrogado por el órgano arbitral una o más veces, de oficio o a solicitud de las partes o apoderados si tuvieren facultad expresa para ello y con la advertencia de que dicho término o el de las prórrogas se complementará o adicionará con el número de días en que por cualquier circunstancia (sic. ajena a la voluntad del órgano) quedare suspendido o interrumpido el proceso arbitral.

Como acotación interesante destacamos que nada aluden las causales de anulabilidad del laudo o de denegación de su ejecución, respecto a que el laudo sea extemporáneo, lo que no ocurre así en el arbitraje ordinario, donde expresamente determina el Cpc. artículo 626, ordinal 1º que el mismo será nulo si se hubiere pronunciado sobre la materia de un compromiso nulo o que haya “caducado”, término que ha interpretado sin discusiones la doctrina, como de que el laudo hubiere sido dictado extemporáneamente, en el sentido de que lo haya sido después de vencido el término que se hubiere establecido para pronunciarlo⁵⁰.

Finalmente los casos de suspensión e interrupción a los que entendemos alude la ley, serán aquellos tales como los de muerte o incapacidad de unas de las partes, separación voluntaria o determinada por la ley o el convenio de uno de los árbitros, algunas de las cuales precisa expresamente el artículo 40 LAC, no considerando que ella comprenda las de interrupción, ni todas las que deban reputarse de suspensión.

5. Emplazamiento e inicio del proceso arbitral (23 y 24 LAC)

En cuanto al emplazamiento no podemos decir propiamente que la disposición de los árbitros a fin de que las partes concurran ante el órgano arbitral es tal, ni que es equivalente al que debe hacerse en la vía jurisdiccional ordinaria y por tanto la que debe así mismo cumplirse en el arbitraje ordinario.

En efecto la citación a que alude el artículo 23, es para que “ambas partes” concurran a la denominada por la LAC “Audiencia de Trámite”, que como lo analizaremos es un acto por y para todas las partes del proceso.

Ese emplazamiento no señala la ley cuando debe ser ordenado, pudiendo serlo, a nuestro entender en el mismo acto de la instalación del órgano o en oportunidad posterior, en tanto que de él, necesariamente deberá imponerse a las partes por vía de “citación” ex artículo 22.

⁵⁰ La LMU tampoco establece nada al respecto, no obstante destacamos que nuestro parecer es que la nulidad opera por igual a tenor de la causal IV, literal a, artículo 34, que dispone “... que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes...”, en tanto que la amplitud de los conceptos utilizados por dicha norma entendemos se extiende a dicho motivo de nulidad. que por igual se la repite entre aquellas que dan origen a denegar la ejecución (Art. 36, I, a), IV)

Tal citación no sigue tampoco los trámites de la ordinaria jurisdiccional, sino que destaca la norma debe ser por escrito y dirigida a las partes o sus apoderados (22 LAC).

Si bien la norma no lo dispone expresamente, deberá entenderse obviamente que es a los apoderados constituidos en el proceso arbitral, pues de lo contrario no parece ser conducente deba reputarse se apliquen las disposiciones contempladas en el Cpc para la citación a través de apoderado, pero si bien tampoco lo ordena así, consideramos que para evitar supuestos de anulabilidad o denegación de ejecución, tal mandato debe contener facultad expresa para darse por citado o notificado.

6. La audiencia de trámite (24 LAC)

La ley dispone que esa primera audiencia (oportunidad de oír, no día u oportunidad en la que el tribunal u órgano arbitral despache) sea la dispuesta para conocer el convenio arbitral, entre árbitros y partes (por ello ordena a que en la misma se lo leerá) y las cuestiones sometidas a decisión arbitral (debe quedar determinado el *thema decidendum*), se expresarán las pretensiones de las partes, estimando (*sic.* cada una de ellas) razonablemente su cuantía.

De lo dicho deducimos y observamos lo siguiente:

- a) No es propiamente un acto para contestar las pretensiones de las partes, pues como resulta obvio se entiende que las mismas no conocen esas pretensiones. Es una audiencia por el contrario, para enterarse de las pretensiones de las contrarias, y entre las cuales se encuentra, de no estar clara y precisamente determinadas, que es lo que deben resolver los árbitros, fijar el valor de lo discutido y hacer valer, en adición cualquier defensa que pueda esgrimirse diríamos de trámite para el arbitraje, en tanto que el fondo se deduce que lo están conociendo en esa oportunidad, tales como incompetencia, falta de jurisdicción, nulidad del contrato o de la convención arbitral, recusaciones, etc.⁵¹

⁵¹ Abona nuestra tesis el contenido del Art. 25 encabezamiento *in fine*, LAC, al disponer que la excepción de incompetencia del órgano arbitral será opuesta dentro de los cinco días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite, con lo cual, por lo demás también advertimos que no es esa tampoco la oportunidad para el ejercicio del llamado “despacho saneador”

Como recomendación diremos resultará prudente, y antes de terminar dicho acto, pedir al órgano arbitral fije la oportunidad para dar contestación a las pretensiones de la parte contraria, si es que ello no quedare establecido por el mismo⁵².

- b) En la misma podrán adelantarse el o los medios probatorios que deseen usarse (anuncio de prueba) o inclusive consignar las que se tengan disponibles -promoción- (*24 in fine*);
- c) Se objetarán las pruebas presentadas y si fuere del caso, se anunciarán tachas de documentos⁵³;
- d) Pedir al órgano arbitral fije cualquier norma de procedimiento que fuere menester o avenirse con la contraparte para fijarlas y determinarlas, entre otras, y a reserva de lo que comentaremos luego, lo relacionado con el régimen probatorio, apreciación y valoración de las pruebas, etc.; y,
- e) Se podrán solicitar las medidas cautelares del caso (*26 LAC*).

Somos del parecer que en ese mismo acto, precisamente para hacerlo del conocimiento de las partes, si no estuviere fijado en el convenio arbitral, el órgano arbitral deberá pronunciarse sobre el lugar donde actuará, el idioma a utilizarse, si tampoco constare en el convenio, la forma en que quedará constituido el órgano, si se designará a uno de los árbitros sustanciador, si se nombrará secretario, alguacil, determinará la forma de computar los lapsos, días en que actuará, y toda otra providencia ordenadora, incluyendo además, por ejemplo la del lapso

puesto que para hacer valer entre otras la cuestión de incompetencia queda diferida para la aludida otra oportunidad.

⁵² El artículo 27 LAC permite deducir que en esa misma oportunidad el órgano arbitral fijará si deben o no realizarse otras audiencias, inclusive para recibir pruebas, hacer alegatos orales, régimen probatorio a utilizarse, etc., y dado que la normativa no tiene claramente establecido el principio de que las partes están a derecho después de esa citación. A nuestro entender ello es conveniente, sino imprescindible, en tanto que de no quedar fijadas las reglas de defensa en ese acto, a fin de evitar nuevas convocatorias de las partes al proceso, ello debe quedar dilucidado, con miras a mantener la igualdad de oportunidades para las partes, de que ellas conozcan todas las reglas de trámite, y evitar lo que la misma ley proscribire, esto es que en el proceso arbitral “no se admitirán incidencias”.

⁵³ Por supuesto que lo serán las que quieran ejercerse en ese acto contra documentos consignados por la contraparte, para que sea sustanciada en el mismo arbitraje, en tanto que si hubiera procesos de tacha (entiéndase principales, o incidentales en otros juicios o arbitrajes), si bien deben advertirse al órgano arbitral, ese proceso, en el que se las anuncie, no se interrumpirá (*27 in fine*).

en el cual se pronunciará el laudo, si tampoco estuviere establecido, o si se reputare pudiere reducirse el convenio, o debiera prorrogárselo o extenderse, etc.⁵⁴

7. Contestación de las pretensiones

La LAC nada dispone sobre dicha materia, y en razón de ello recomendamos antes la expresa petición que debe formularse al respecto en la primera audiencia de trámite, a diferencia de la LMU que si regula expresamente la contestación y otros asuntos a ello atinente, incluyendo lo relativo a reformas y adiciones a las pretensiones deducidas⁵⁵

8. Régimen de pruebas (24, 27 y 28 LAC)

Tampoco encontramos regulación expresa sobre esta materia, lo cual consideramos doblemente delicado y una imprudencia imperdonable de nuestros legisladores, cuando si bien es cierto que ahora en Venezuela se ha instaurado el sistema mixto de libertad de medios probatorios y medios legales de prueba, se mantiene sin embargo y así lo sostiene reiterada y profusa jurisprudencia de nuestra casación que el régimen de valoración de la prueba es el Legal y reputa de orden público, todo cuanto a ello se refiere, como debe ser, en tanto que atañe al derecho de defensa de las partes⁵⁶.

⁵⁴ La LMU tampoco fija precisamente esas materias. Arts. 20 al 24.

⁵⁵ En cambio si contiene disposiciones expresas al respecto la LMU (Arts. 23 y 24) Dichas normas regulan prácticamente al detalle la materia y no entendemos porqué se prescindió en la LAC de tales disposiciones, cuando literalmente se copiaron parte de las disposiciones de aquella (Art 24), y norma inclusive, con toda razón, otra norma de particular importancia desde el punto de vista del debido ejercicio de la defensa. como lo es la del numeral 3 del Art. 24, relativa a que a las partes debe darse traslado de toda declaración, petición, documentos que presente la contraria, así como establece la obligación de poner a disposición de las mismas cualquier material probatorio que se hubiere producido al margen de la actividad de aquellas (control de la prueba).

⁵⁶ Al respecto recordamos que la LMU dispone un régimen de absoluta libertad (A. 20), cuya aplicación ya objetábamos anteriormente, y que pareciera además extender las potestades probatorias a los árbitros ilimitadamente, lo cual consideramos posible en otras legislaciones que aceptan el régimen libre de apreciación y valoración de las pruebas o el de libre convicción para los juzgadores. En esta materia se justificaba, el establecimiento de una norma diferenciada al modelo, por lo demás perfectamente admisible si recordamos lo también antes acotado, en el sentido de que el prototipo UNCITRAL deja en absoluta libertad a los Estados que lo adopten para fijar las reglas propias e inderogables que lo complementen.

Al respecto tenemos que ser muy concretos, pues otro de los conferencistas debe analizar este tema, pero no podemos dejar de expresar nuestra opinión respecto a algunos problemas que necesariamente deberán confrontarse con los arbitrajes en materia de pruebas, y manifestar que en lo a ello atinente, salvo acuerdo de las partes en contrario, que equivale al supuesto contemplado en la ley adjetiva general de que las partes consideren que el juicio debe solventarse sin pruebas (389, ord. 3º Cpc), cuando menos los árbitros de derecho, necesariamente deben aplicar los principios y normas contemplados en la vigente regulación adjetiva y sustantiva en materia de pruebas y por tanto:

- a) Sólo pueden aceptar las pruebas legales o libres, pertinentes, legales y oportunamente incorporadas a los autos;
- b) En la valoración, necesariamente, deben acatar los principios establecidos en la ley, y en especial que la misma, debe y tiene que ser hecha conforme a la ley en las legales, y aplicar la sana crítica tratándose de los medios libres y en los legales a los cuales la misma no fija tarifa;
- c) Consideramos imposible que en la modalidad de arbitrajes de derecho, con la sola excepción contemplada en la ley, y aun mediante la disposición expresa de las partes, los árbitros puedan proveer al respecto y manifestamos nuestras serias dudas sobre si resulta o no disponible para las partes regular las normas sobre valoración de las pruebas, a reserva de un mejor y más detallado estudio sobre la materia.

Por último llama la atención el contenido del artículo 28 LAC⁵⁷ en lo atinente a las pruebas, y sobre lo cual ya se han dejado oír algunas

Nos atrevemos a formular la aseveración, de que la señalada omisión de reglas sobre la materia, responde a que tanto los proyectistas como los señores Legisladores poco conocen de procesal y menos de derecho probatorio.

⁵⁷ Con evidente similitud al 27 LMU y con la advertencia de que la parte final del mismo, pone aún más de manifiesto que la norma permite deducir que el modelo contempla su aplicación a países donde la regulación de la materia probatoria es diferente a la de nuestro país, y que, esa participación del juez ordinario, deberá serlo para coadyuvar en la evacuación y subsanciación de las pruebas, no para que solo él pueda evacuar algunos medios probatorios revestidos de especiales formalidades (testigos, posiciones juradas, deposiciones de las partes, juramento diferido, etc.), y que cuando lo hace deberá hacerlo estrictamente sometido a las normas sobre evacuación de las pruebas, las cuales no puede relajar o modificar como si puede serlo dentro del proceso arbitral y por los árbitros.

controvertidas opiniones al respecto, como resulta pueda pretenderse que lo perseguido con dicha disposición lo sea el facilitar lo relacionado con la evacuación de ciertas pruebas revestidas de ritualidades esenciales que necesariamente hacen entender imprescindible la intervención de la judicatura ordinaria, como lo será en las de confesión, testimoniales, peritajes, etc, donde la ley requiere como requisito para validez de las mismas que se preste juramento, el cual debe ser ante un funcionario con competencia para requerirlo y recibirlo, o la otra posición, conforme la cual se destaca que esa intervención es tal intervención del órgano judicial ordinario, es solo producto del reconocimiento de la función jurisdiccional desempeñada por los árbitros y que con ella solo se alude al principio general que impone el deber de cooperación de los demás órganos de la actividad.

9. Poder cautelar en el proceso arbitral (26y 28 LAC)

Nuevamente en este aspecto trascendental y de particular importancia debo reducir mi intervención a resumidos comentarios, pues son otros los que tienen asignado en específico el tratamiento de este apasionante tema.

Comenzaré por recordar que antes ya destacaba que la novedad en la materia consiste en que por lo menos la LAC, en lo atinente a los arbitrajes independientes regula en forma muy particular los relacionado con el poder cautelar, con lo que cuando menos reconoce que en tal caso los árbitros tienen cierta inherencia sobre la materia, lo cual hace pensar que como verdaderos detentadores, aun precarios, de la potestad jurisdiccional, pueden disponer en cierto modo de la potestad cautelar, y en adición a que la regulación nueva, tampoco deja del todo aclarado el asunto.

Por el contrario, somos de opinión de que la forma en que se la regula pone todavía en evidencia de que la justicia arbitral sigue siendo manida y sometida a la de la actividad jurisdiccional ordinaria, de que la misma en todo caso solo quedó conferida al arbitraje comercial en su modalidad de independiente -que no a la institucional- y que en la forma que se la concede, no solo es insuficiente e incoherente, sino que se prestará a una serie de trabas y que por tanto continuará siendo un serio obstáculo al uso de la institución arbitral.

Precisa por igual advertir que la materia no es tratada en la misma forma en el modelo UNCITRAL cual en su artículo 9 se refiere a la cautela que puede solicitarse coetánea o anticipadamente al proceso arbitral en cuestión ante la jurisdicción ordinaria y sin que ello suponga incompatibilidad con la justicia arbitral (sic. renuncia tácita al convenio arbitral), cuya situación se silencia en la LAC; y adicionalmente, el artículo 17 LMU, claramente concede la potestad cautelar a los árbitros, sin restricciones.

En cambio, el artículo 26 LAC defiere el poder cautelar a los árbitros independientes, salvo que las partes expresamente se lo excluyan en el convenio, y lo limita, al deducirse de su regulación que:

- a) Las mismas proceden sólo para garantizar el cumplimiento del laudo, y no para otros efectos (así debe entenderse la frase "... que consideren necesarias respecto del objeto en litigio");
- b) Se da por sentado que los árbitros la concedan previo a pronunciamiento razonable atendidos al **bonus fumus iuris** y al **periculum in mora**;
- c) Que los árbitros sólo las decretan y resuelven potestativamente previa la consideración sobre la procedencia de contracautela para responder de los daños; y,
- d) Que al acordarlas proveerán para que las ejecute la jurisdicción ordinaria, en tanto que su efectiva aplicación comporta potestad del *ius imperium*, atinente a la garantía de ejecución, de la cual carecen los árbitros.

En lo que atiene a la norma del modelo UNCITRAL volvemos a insistir que lo en él dispuesto resulta aplicable o desaplicable en cada país que lo adopte, según el caso, de acuerdo a la filosofía del sistema judicial imperante en cada Estado, en consecuencia, en nuestro criterio, por lo que respecta a Venezuela, donde el poder cautelar nominado o innominado, aún no goza de la autonomía plena que se le reconoce en otros ordenamientos, y por tanto sigue siendo una potestad accesorio, limitada, accidental e instrumental del poder de juzgar dentro del juicio principal que se cumple ante el órgano judicial, que tampoco en nuestro sistema puede aceptarse que dichos órganos judiciales puedan ejercerla, en forma independiente y al margen del conocimiento en su sede del problema principal y en lo que atiene a la otra previsión, no dejan de

presentarse serias dudas que puedan ejercer la potestad cautelar, a pesar de lo consagrado en la ley y en ejecución de lo aceptado por las partes, quienes todavía no está claro si detentan o no la potestad jurisdiccional, el *ius imperium*, en particular cuando se toma en cuenta que con su ejercicio se afecta el patrimonio de los particulares, aún siendo partes de los procesos y quienes con su abstención de pronunciamiento de expresar la negativa de conferirla, no puede entenderse faculden la derogatoria de principios constitucionales que los protegen.

En este último sentido cuando menos si debemos reconocer la prudencia de nuestro legislador, que sensatamente, no admitió esa suerte de pronunciamiento aislado sobre el poder cautelar, ajeno al conocimiento que el juez ordinario tendrá del asunto arbitral, y por ello, no se acogió al modelo, sino que lo siguió, con las anotadas fallas, en la que pueden ejercer ciertos árbitros, en la forma limitada y estricta en que lo condicionan sus comentados supuestos.

Si bien reconocemos el mérito y prudencia en lo atinente a lo dicho, destacamos por igual su desatino al no haber previsto al concederlo en esa forma, el acaecimiento de incidencias previsibles con ocasión de las medidas, frente a terceros, a las mismas partes, etc., lo cual hace pensar que el trámite de aquellas quedará bajo la competencia de la jurisdicción ordinaria, quien entonces estará resolviendo sobre asuntos que no cursan ante su sede y quien resultará por tanto ajeno a los motivos que tomó en cuenta quien las acordó, limitó y ordenó se cumplieran en determinada forma.

A los preocupados en el tema no me resta sino recomendarles esperar a quienes les toque disertar sobre toda esta materia tan importante, que estoy seguro ampliarán con lujo de detalles mis simples observaciones y en todo caso les remito a los interesantes comentarios y problemas que se plantean las profesoras Cárdenas y Herbón⁵⁸.

10. El laudo (Arts. 29 AL 32 LAC)

Es el pronunciamiento o providencia dictada por los árbitros, con fuerza de cosa juzgada, culminación del “proceso arbitral”, por tanto el acto procesal más trascendente de ese modo en que se manifiesta la

⁵⁸ *Opus cit.* p. 84 ss

actividad jurisdiccional cumplida por ellos, o el modo sustitutivo de solventar el conflicto de intereses por medio de esta modalidad que se dan las partes para terminar sus desavenencias, que debe ser escrito y firmado por él o los integrantes del órgano arbitral, motivado (salvo acuerdo en contrario de las partes) que deberá contener necesariamente la fecha en que se lo haya dictado y el lugar del arbitraje (Arts. 29 y 30 LAC)⁵⁹.

El laudo conforme al ya citado artículo 8 ejusdem, si lo han preferido árbitros de derecho, en la solución del problema deberá estar apegado a las disposiciones de derecho y debe entenderse por igual, con la excepción de la expresión de los motivos, si para ello se los hubiere relevado, debe llenar los requisitos que fija la ley para la sentencia (243, 244 Cpc). Los segundos, en la solución del problema de fondo estarán sustentados principalmente en la equidad, con entera libertad, en el fondo y en la forma, atendidos principalmente al interés de las partes, y en ambos casos tomando siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles⁶⁰.

En cuanto a la posibilidad de las partes de eximir o no del deber de motivación a los árbitros (de derecho o de equidad) remitimos a nuestros comentarios anteriores (Supra IV, 2).

Respecto a los requisitos de firma cuando el órgano es colegiado, la LAC mejora nuestro Cpc y contempló siguiendo el modelo UNCITRAL, que el mismo se reputará válido con las firmas de la mayoría, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas y de los votos salvados consignados (Art. 29 *in fine*).

⁵⁹ De idéntica redacción al Art. 31 LMU.

⁶⁰ El modelo UNCITRAL es mucho más completo y claro en la materia (Art. 28 y 31) si bien con las mismas observaciones que dejamos hechas en cuanto al problema de conceder, al igual que la LAC, la potestad a las partes de relevar a los árbitros de la obligación de motivar el fallo, contempla igualmente que esa ley aplicable al fondo en todo caso serán las elegidas por las partes, obviamente pensando en el aspecto internacional, o que el lugar del fallo no sea el del país del cual son nacionales, domiciliadas o de algún modo vinculadas ellas o el contrato, al país donde se debate el problema, lo cual se complementa con las demás disposiciones contenidas en la LMU sobre la materia

En adición, agrega la coetilla del aparte *in fine* del artículo 8 LAC, lo cual plantea el interesante problema de la aplicación o no de la *Lex mercatoria*. Para profundizar sobre dicho tema, vid Cárdenas Herbón, *opus cit.* p. 174.

En cuanto eficacia del laudo proferido, en el arbitraje comercial el laudo la adquiere con la notificación que del mismo se haga a cada una de las partes mediante entrega de su copia y agrega la ley “el mismo será de obligatorio cumplimiento”, habiendo sido deseable que usara más bien, y el mismo causará cosa juzgada.

La norma del artículo 32 LAC se refiere a que el laudo puede ser aclarado, corregido y complementado por el mismo órgano arbitral, de oficio o a petición de parte, dentro de los quince días siguientes a la expedición del mismo.

En esta última materia solo llamamos la atención de Uds. en cuanto que se admite “complementación” del laudo pronunciado, lo que entendemos no como simple aclaratoria, sino pronunciamiento sobre algo decidido en adición o no contemplado por el laudo original.

Igualmente se observa que el lapso para solicitarla o aquél en que la haga el órgano arbitral de oficio, es de quince días laborables, no de despacho, como lo hemos venido sosteniendo, o de acuerdo a lo fijado por las partes.

Debo consignar que en la materia la LMU es mucho más completa, y obviamente hubiere sido preferible acogerla por nuestro legislador (Art. 33) la que desarrolla claramente los supuestos de aclaratoria, correcciones de errores materiales “ampliación” (en lugar de complementación), necesidad de que en tales casos se notifique de dichas peticiones a la contraparte y en cuales casos puede el órgano arbitral actuar de oficio o solo a petición de parte, precisando además por igual un régimen diferente al ordinario para el cómputo de los lapsos a fin de ejercer los recursos contra esa nueva providencia, que como ampliatoria, resultará por igual innovadora de lo decidido.

EPÍLOGO

Damos así por terminado el breve y rasante análisis de los aspectos relacionados con el procedimiento en el arbitraje comercial que por supuesto no tiene las pretensiones de ser un estudio exhaustivo de sus múltiples e interesantes facetas, ni pretende haber agotado la materia. Adrede no me he referido a otros tópicos sobre la misma ni me he extendido en consideraciones especiales de algunos de los aspectos tratados pues de lo contrario esta intervención se haría demasiado larga.

Estoy seguro que será muchos en el futuro los estudios y análisis que podrán hacerse a la nueva ley y a los breves comentarios que ahora dejo formulados a la misma, pero tengan la convicción de que en el fondo nos complace la promulgación de dicha normativa, pues hemos dado otro paso de avance en la regulación de esta importante y desmerecida figura del arbitraje en nuestro medio y cuya adopción, ha sido recomendada y sugerida como de imperiosa necesidad en el último Congreso Mundial de Derecho Procesal.

La jurisprudencia y nosotros los que tendremos que usar y aplicar la ley, procuraremos enmendar sus fallas, corregir sus lagunas y propiciar, si fuere necesaria su reforma por el bien de todos y en especial por procurar una mejor y más ágil solución de los conflictos y deslastrar la ya compleja administración de la justicia ordinaria.