



**UCAB**

Universidad  
Católica  
Andrés Bello

**# 50**

Septiembre / 96

**Caracas**  
**Venezuela**

# Revista de la Facultad de Derecho



# Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje

Andrés A. Mezgravis

## Sumario

1. Preliminar.
2. La mal llamada competencia procesal internacional.
3. Límites convencionales de la jurisdicción:
  - a) Derogación convencional;
  - b) Sumisión tácita y expresa.
- 4) Casos aparentes de falta de jurisdicción:
  - a) Actos de la Administración Pública;
  - b) El arbitraje.
5. Declaratoria y consulta de la falta de jurisdicción.

## 1. Preliminar

La expansión cada día más acelerada de las relaciones comerciales internacionales ha afectado las formas típicas de contratación. Naturalmente que los negocios, al igual que los modelos jurídicos autóctonos que los reflejan, han traspasado las fronteras de cada Estado, siendo cada vez más sofisticados. Ya no es extraño, sino por el contrario muy común, que una de las partes que celebra un contrato internacional elige, para su regulación, la aplicación de una ley extranjera.

La proliferación de los contratos internacionales también ha ido cambiando la manera tradicional que tenían los particulares de resolver sus controversias —usualmente en el ámbito de su propia jurisdicción— hasta el punto que cada día son más frecuentes las cláusulas de sumisión a jurisdicciones extranjeras y las cláusulas compromisorias o arbitrales.

A pesar de que no es la finalidad de este trabajo precisar el momento histórico en que todos esos cambios comenzaron a desarrollarse, entre nosotros, podemos decir que todos esos efectos comenzaron a sentirse con mayor énfasis, por lo menos a nivel legislativo, que es el que nos importa, en esta última década. No sólo por la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, sino muy especialmente por la ratificación de una serie de Tratados Internacionales.

Esa evolución comercial obliga a la doctrina procesalista a plantearse temas muy poco estudiados en el pasado; precisamente en momentos cuando ya parecía que sobre la Teoría General de la Jurisdicción y de la Acción se había escrito todo. Quizá la idea de que los grandes maestros de la ciencia procesal agotaron el estudio de esos temas, ha retardado el interés de los procesalistas modernos en abordarlos desde la nueva perspectiva internacional. Este descuido de la doctrina procesalista ha forzado a los estudiosos del derecho internacional a abordar temas que parecerían estar más cercanos al derecho procesal que al derecho internacional privado, pues, como algunos podrían catalogarlos no son más que temas de "derecho procesal internacional".

## 2. "La mal llamada competencia procesal internacional"

Puede decirse que el Estado ejerce en abstracto ilimitadamente su propia jurisdicción, pero en realidad esto no es así, pues el Estado bien en consideración a la existencia de otros Estados que también ejercen su propia jurisdicción, o bien en consideración a su propio interés, limita su jurisdicción, determinando, en virtud de ciertos criterios, las litis respecto de las cuales la ejercitará.<sup>1</sup> Por ello se ha dicho que la jurisdicción como expresión de la soberanía del Estado, tiene la misma extensión que ella.<sup>2</sup>

1 Cfr. MORELLI, Gaetano, *Derecho Procesal Civil Internacional*, p. 85 y ss.

2 Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, p. 35. En este mismo sentido CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. II, p. 103.

En general, la doctrina que estudia el Derecho Internacional Privado, quizás influenciada por importantes sectores de la doctrina francesa, denomina "normas de competencia internacional" las reglas dictadas por cada Estado para determinar los asuntos sometidos a sus Tribunales.

Sin embargo, esa denominación que fue recogida por el vigente Código de Procedimiento Civil, no está exenta de críticas tal y como lo reconocen los propios estudiosos de ese Derecho.<sup>3</sup> En efecto, el vocablo "competencia" lo utiliza la ley procesal para distribuir las distintas causas entre los diversos tribunales pertenecientes a una misma jurisdicción, con fundamento en la materia de la controversia, sus vínculos territoriales, y la cuantía del litigio. El calificativo "internacional" tampoco es adecuado por cuanto se trata de un precepto que, en la generalidad de los casos, emana de los legisladores estatales. El profesor PARRA ARANGUREN, señala que el Código de Procedimiento Civil italiano y los autores angloamericanos pretenden superar las objeciones anteriores con el nombre "jurisdicción", pero, en su criterio, aun cuando este vocablo puede parecer más conveniente, también es susceptible de crítica en virtud de los múltiples significados del término "jurisdicción".

Por nuestra parte, consideramos que esta última observación del precitado autor no es acertada,<sup>4</sup> puesto que si bien es cierto que al término jurisdicción se le ha atribuido múltiples significados "erróneos", no menos cierto es que ello no desvirtúa su verdadero significado. En tal sentido, se habla propiamente de "conflictos de jurisdicción" cuando se discute si el asunto corresponde a un juez nacional o a un juez extranjero, porque cuando se discute si el asunto corresponde a la Administración, más que de un conflicto de jurisdicción, se debe hablar de un conflicto de "atribución".

En efecto, como enseña ALCALA-ZAMORA, iguales razones habría para denominar a este tipo de conflictos "conflictos administrativos".

3 PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Normas de Derecho Procesal Civil Internacional. Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil*, p. 148-149.

4 Tampoco nos luce acertada la crítica que hace Eugenio HERNANDEZ-RETON en su artículo "Modificación de la Competencia Procesal Internacional Directa por razón de Conexión", *Rev. UCAB*, Dic. 1991, Nº 43, p. 1.

Entonces, ¿cómo puede ser más apropiado el vocablo "competencia" que el de "jurisdicción"? cuando, por un lado, este último término precisamente en materia de conflictos, en una de sus hipótesis, configura el caso en estudio, y por otra parte, el confusiónismo entre jurisdicción y competencia es hoy intolerable. Dicho de otra forma, aún aceptando que el término jurisdicción tiene múltiples significados, cuando menos uno de ellos define correctamente el asunto, mientras que el término "competencia" en todo caso, supuesto o hipótesis sería incorrecto para definirlo.

### 3. Límites convencionales de la jurisdicción

Entre los diversos límites que tiene la jurisdicción cobra particular interés práctico los límites que resultan de la voluntad de las partes, consistentes, o bien, i) en renunciar a la jurisdicción del Estado y someter el conocimiento de la controversia a una jurisdicción extranjera o de árbitros, en el caso de una litis que estaría, conforme a la ley, dentro de su marco jurisdiccional; o bien, ii) en desplegar la función jurisdiccional del Estado respecto a una litis que, conforme al derecho positivo, no estaría sujeta a la jurisdicción del Estado sino a una jurisdicción extranjera. En el primer caso estamos hablando de derogación de la jurisdicción (art. 2 CPCO, y en el segundo, de sumisión jurisdiccional tácita o expresa (ord. 3 art. 53 CPC).

Es importante destacar que la *derogación de la jurisdicción venezolana* favor de una jurisdicción extranjera (derogación de la jurisdicción venezolana), también podría denominarse desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado "sumisión a una jurisdicción extranjera". También desde el punto de vista del juez extranjero, podría denominarse "sumisión jurisdiccional", pues, se trata de una litis que estaría, conforme a su ley interna, fuera de su marco jurisdiccional. Sin embargo, desde el punto de vista interno, conviene, para evitar confusiones, hacer la distinción terminológica antes indicada.

### A) DEROGACIÓN CONVENCIONAL<sup>5</sup>

El artículo 2 de nuestro Código de Procedimiento Civil, confiere a las partes la facultad jurídica de excluir sus controversias de la jurisdicción del Estado cuando no versen sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesan al *orden público*<sup>6</sup> o a las buenas costumbres. En todas las demás litis, la norma permite a las partes someterse a cualquier jurisdicción extranjera o a la decisión de árbitros que resuelvan en el exterior.<sup>7</sup>

Sobre esto, debemos destacar, siguiendo la línea de pensamiento de SATTÁ, que del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, también pueden ellas comprometerla en árbitros o prorrogarla a jurisdicciones extranjeras. Ello constituye una manifestación lógica y sobre todo primordial, de la autonomía negocial de las partes, que ninguna fuerza externa puede impedir sin ir contra la realidad e incluso caer en el absurdo. Es un error enorme pensar que las partes, a través de esos convenios donde por supuesto queda a salvo el orden público, usurparían una función propia y exclusiva del Estado, como es la jurisdicción. "Exclusiva del Estado no es la decisión de las controversias, sino la tutela coactiva de los derechos, que encuentra su condición y su presupuesto en la preventiva decisión de la controversia".<sup>8</sup>

Por otra parte, cabe destacar que el arbitraje es una institución diversa a la jurisdicción y tiene adicionalmente otras limitaciones.<sup>9</sup> Por

5 Más que de una derogación se trata de una renuncia ya que los Tribunales conservan su jurisdicción independientemente de la voluntad de las partes.

6 Con frecuencia se dice que sería química toda tentativa de enumerar los casos del *orden público internacional*, sea mediante leyes internas, sea por medio de tratados. Su enumeración, nos enseña HERRERA MENDOZA, no puede ser limitada, sino puramente enunciativa. Para un denso análisis de este complejo asunto véase HERRERA MENDOZA, Lorenzo; "Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas conexos", p. 30 y ss. También JAYME, Erik; "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional", en *Rev. UCV*, Nº 82, 1991, p. 216 y ss., y su nota preliminar de HERNANDEZ-BRETON, Eugenio.

7 Para un análisis completo del art. 2 del CPC, véase RENGEL ROMBERG, Aristides; "Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, tomo I, p. 126 y ss. También HERNANDEZ-BRETON, "Uso inapropiado de...", Rev. de la Fundación de la PGR, Nº 8, 1993.

8 SATTÁ, Salvatore; "Manual de Derecho Procesal Civil", tomo II, p. 286 y ss.

9 Mientras la sumisión a la jurisdicción venezolana se permite en cuestiones sobre estado (art. 57 CPC), en el arbitramento esta posibilidad está prohibida expresamente (art. 608).

ende, ningún arbitraje estaría regulado por el artículo 318 del Código de Bustamante, que requiere que por lo menos uno de los litigantes sea nacional del Estado a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio, ni le resultarían aplicables los principios de derecho que de esta norma se pudieran derivar.<sup>10</sup> No obstante, es importante tener presente las reglas sobre la "derogación jurisdiccional", pues estas reglas a tenor de lo establecido en el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, no sólo se aplican a los casos en que las partes renuncian a la jurisdicción venezolana y se someten a una jurisdicción extranjera, sino también en el caso que las partes renuncian a la jurisdicción de la República en favor de un arbitraje.<sup>11</sup>

#### B) SUMISIÓN JURISDICCIONAL TÁCTICA EXPRESA

La sumisión que realizan las partes a los tribunales venezolanos se considera como un criterio atributivo de jurisdicción y despliega la misma función que es propia de los criterios de jurisdicción en general.

El tema de la sumisión jurisdiccional a pesar de que cada día tiene mayor importancia en el campo de los contratos internacional, ha sido muy poco tratado por nuestra doctrina. Tan sólo el reciente trabajo del profesor José Alfredo Giral estudia detenidamente el asunto.

10 Según la CSJ el art. 318 del CB, no es aplicable al arbitraje porque esta norma está exclusivamente destinada a dirimir "competencias" entre jueces de diversos Estados, cualidad que no puede atribuirse a ninguna especie de árbitros". Computación Bull de Venezuela, C.A. vs. Societé Bull C.A., SPA, sent. 26-1-88, GF. 3 etapa, Nº 139, 1988, p. 93 y ss. Esta opinión también es compartida por José Alfredo Giral Pimentel, "Cláusulas de sumisión en contratos mercantiles internacionales", *Rev. de Derecho Mercantil*, Nos. 9-15, 1990-93, p. 83-84.

11 Conforme al numeral 2 del artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, (CIDIP I, 1975), ratificada por Venezuela en fecha 21-1-85, se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje según la ley del Estado en que se pide dicho reconocimiento y ejecución. Similar solución está contenida en el literal h) del art. 2 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo, CIDIP II 1979, GO Nº 33.144 del 15-1-85), en el numeral 3 del art. 423 del C. Bustamante, aunque reservado por Venezuela; en el art. 2 de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de la sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (GO Nº 4.832 ext. del 29-12-94), y en el literal d) del artículo 5 del Acuerdo sobre ejecución de actos extranjeros (Congreso Boliviano de 1911), ratificado por Venezuela el 19-12-1914.

Sin pretender hacer aquí un análisis en exhaustivo de este complejo instituto, aunque el escaso desarrollo que hasta ahora en nuestra doctrina urgentemente lo amerita, haremos a continuación, para no desviarnos de nuestro objetivo, sólo algunas consideraciones generales sobre el tema y formularemos algunas críticas al trabajo pionero de GIRAL para que queden expuestas para un estudio más amplio y profundo.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, en el numeral 3 del artículo 53, adopta la voluntad de las partes para prorrogar la jurisdicción venezolana. Según esta norma la voluntad de las partes puede ser expresa o tácita. El Código no define lo que debe entenderse por sumisión expresa y tácita. No obstante, el mismo Código prevé la solución en su artículo 8, al remitirnos a los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, con lo cual pensamos, a pesar de las fuertes críticas que han hecho algunos autores por esa omisión,<sup>12</sup> se logra que dichos conceptos se mantengan acordes con las nuevas tendencias del Derecho Internacional Privado.

Como se sabe, el Código de Bustamante, cuando no resulta aplicable como tratado internacional por no haber sido ratificado por los Estados cuyas jurisdicciones estén envueltas, puede ser aplicado como Principio General de Derecho. En tal sentido, establece el artículo 321 eiusdem:

"Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan".

Asimismo, establece el artículo 322 eiusdem:

"Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera en rebeldía."<sup>13</sup>

12 PARRA-ARANGUREN, Gonzalo; *Monografías selectas de Derecho Internacional Privado*, p. 372.

13 Nuestra Corte Suprema de Justicia (SPA) ha adoptado en diversos fallos, como regla respecto a la sumisión expresa o tácita, el principio consagrado en el art. 318 del Código de Bustamante, según el cual es requisito necesario para la validez de la sumisión que uno de los litigantes por lo menos sea nacional del Estado a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio. (CSJ - SPA, Seguros Avila vs. NYK Jine Nippon Yusen Kaisha, 26-1-88, GF. Nº 139, vol. 1, p. 75 y ss.).

Sostiene categóricamente el profesor José Alfredo Giral, que el sistema propuesto por el Código de Procedimiento Civil sobre la sumisión jurisdiccional es absolutamente distinto al establecido en el Código de Bustamante, ya que aquél está basado en una norma unilateral que sólo contempla la posibilidad de la sumisión al foro venezolano cuando el *demandado* no está domiciliado en Venezuela.<sup>14</sup>

No compartimos la anterior afirmación puesto que además de que el Código de Procedimiento Civil no establece ese requisito, ya que se refiere "a las partes" y no al demandado, nos obliga a inferir que *ninguna* de las partes que se somete expresamente a la jurisdicción venezolana puede estar domiciliada en Venezuela, cuando ese no es el espíritu de nuestro sistema y cuando lo común es que las partes acuerdan una cláusula de sumisión porque precisamente una de ellas está domiciliada en Venezuela. Dicho de otra forma, decimos que GIRAL se refiere forzosamente a "ninguna de las partes"; porque, ¿cómo podría saberse, en el momento de celebrar un contrato cuál de las partes que acuerdan una cláusula de sumisión jurisdiccional resultará ser el demandado en una eventual controversia?

Para nosotros el hecho de que el contratante demandado no esté domiciliado en Venezuela es sólo la circunstancia obvia y natural que permite poner realmente en uso la cláusula de sumisión expresa convenida, pero no un requisito de validez de esa cláusula y menos aún para la sumisión jurisdiccional en general. Una cosa es la validez de la cláusula de sumisión expresa, otra su verdadero uso o necesidad de empleo, y otra, la sumisión jurisdiccional en general, pues, esta última también puede, como vimos, verificarse tácitamente, e inclusive la sumisión tácita, en nuestro criterio, prevalecería sobre la sumisión expresa por aquello del principio de autonomía de las partes.<sup>15</sup>

Sin embargo, un sector calificado de la doctrina encabezado por el profesor Sánchez-Coviza ha sostenido que la aplicación del art. 318 del CB fuera del marco del tratado debe justificarse como un principio de derecho, atributivo de jurisdicción que "permita al demandado una defensa adecuada y haga posible afirmar, por lo tanto, la existencia de un *forum conveniens*" y esta forma no limita a las conexiones enumeradas en su texto. (Hernández-Breton Eugenio, "Usos inapropiados...", ob. cit. p. 75. No obstante, cabe advertir que en las acciones relativas al estado y capacidad de las personas o las relaciones familiares, conforme al ordinal 2 del art. 57 del CPC, es necesaria una vinculación efectiva con el territorio de la República.

14 GIRAL PIMENTEL, ob. cit., p. 71.

15 Un sector de la doctrina justifica la distinción entre autonomía de las partes y autonomía de la voluntad para precisar la autonomía de las partes en derecho

En caso de estar el contratante demandado domiciliado en Venezuela, no sería ni siquiera necesario hacer uso de esa cláusula independientemente de su validez, porque justamente la regla es que los tribunales de la República tienen jurisdicción para conocer las demandas contra personas domiciliadas en el territorio nacional.<sup>16</sup> En fin, si el demandado está domiciliado en Venezuela existirá otro factor adicional, que no invalida la sumisión expresa sino que hace innecesario su uso, que confirmará la jurisdicción venezolana.

Por otra parte, GIRAL hace una serie de distinciones que a nuestro modo de ver no son tales. No es una diferencia el que el Código Bustamante permita la sumisión expresa o tácita a través de una disposición bilateral o completa que contempla tanto la sumisión a un tribunal extranjero como la sumisión a los tribunales del foro, pues, por un lado, la bilateralidad es una simple característica de las normas de los tratados internacionales que muy pocas normas de rango legal tienen,<sup>17</sup> y por otro, la sumisión jurisdiccional a tribunales extranjeros (derogación de la jurisdicción venezolana), si bien no está prevista expresamente en el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, se infiere del artículo 2 eiusdem.

Tampoco configura realmente una diferencia que el Código de Bustamante determine las materias que son objeto de la sumisión (acciones civiles y mercantiles) ya que el Código de Procedimiento Civil, determina que en principio, sólo se aplica a las acciones civiles (art. 1 CPC), y permite la sumisión a la jurisdicción venezolana, en todas aquellas controversias, o posibles controversias, que no sean relativas a bienes inmuebles situados en el extranjero (art. 59).

Por último, tampoco nos parece acertada la distinción que hace GIRAL entre la sumisión al foro venezolano y al extranjero<sup>18</sup> cuando el

material y en derecho conflictual. Para un análisis de esta distinción véase HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio; "Contratación internacional y autonomía de las partes: anotaciones comparativas". VIII Premio anual PGR en *Revista de la Fundación PGR*, Nº 12, p. 15 y ss.

16 Así lo confirma la jurisprudencia. Cfr. Freddy Alcalá Alcalá vs. VIASA, sent. 26-4-89, G.F. 3 etapa, vol. 1, Nº 144.

17 Para mayor abundamiento sobre el principio de bilateralidad de las normas de conflicto véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, "Derecho Internacional Privado", tomo I, p. 277 y ss.

18 Nótese la terminología empleada por Giral a diferencia de supra VI 4.1.

análisis de la cláusula involucre jurisdicciones que no hayan ratificado el Código de Bustamante.<sup>19</sup>

De acuerdo con el sistema que propone este autor las partes pueden someterse al foro venezolano sin necesidad de que exista un contacto por el domicilio o la nacionalidad de alguna de las partes, pero en la sumisión a un foro extranjero, agrega, sólo será posible cuando exista un *contacto por el domicilio o la nacionalidad* de, al menos una de las partes y dicha sumisión no sea contraria al orden público. Según GIRAL, el artículo 318 del Código de Bustamante debe ser aplicado en ese caso como Principio de Derecho Internacional Privado generalmente aceptado que haría innecesario el mecanismo de bilateralización del ordinal 3 del artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, y al de creación de una norma de Competencia Procesal Internacional Indirecta basada en esa disposición.

Pensamos que tal distinción no está justificada porque, en primer lugar, el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil es bastante claro al ratificar que en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el respectivo Estado, en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República; y en *último* lugar los principios de dicho Derecho aceptados generalmente. Entonces, si no resulta aplicable ningún tratado internacional, deben aplicarse las normas sobre sumisión jurisdiccional previstas en las leyes de la República con preferencia a los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. Esto significa, que en un caso de sumisión jurisdiccional expresa, donde no resulte aplicable el Código de Bustamante como tratado internacional, pero donde resulte aplicable la ley venezolana, necesariamente deberá aplicarse, bien se trate de sumisión al foro venezolano o a uno extranjero (derogación de la jurisdicción), el Código de Procedimiento Civil, si es civil la controversia; o la respectiva ley especial, si se trata de una jurisdicción especial.

En segundo lugar, no compartimos esa tesis porque no logramos entender en qué se fundamenta GIRAL cuando dice que en el caso concreto de la sumisión a un foro extranjero se hace innecesario la aplicación de una ley de la República. De ser ello cierto se estaría otorgando mayor jerarquía al principio de Derecho contenido en el

19 GIRAL PIMENTEL, ob. cit., p. 74 y 75.

artículo 318 del Código de Bustamante, que a una ley de la República como lo es el Código de Procedimiento Civil, lo que contradice el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil antes citado.

Pensamos que la confusión se crea, principalmente, por el uso indiscriminado del término "sumisión", o sea, no se distingue entre la prórroga de la jurisdicción venezolana y su derogación, y quizá, como consecuencia de ello, se hace referencia al "mecanismo innecesario de bilateralización del artículo 53 del Código de Procedimiento Civil", como si se tratara de un conflicto de leyes, lo cual, como bien sabe el Profesor GIRAL, no es acertado, pues, las reglas que determinan la "competencia procesal internacional" no implican la fijación de la ley aplicable al fondo del litigio, que es un problema de *competencia legislativa* que resuelven las normas de conexión del Derecho Internacional Privado.<sup>20</sup> Y si todavía se quiere abundar en esas consideraciones, no debe olvidarse que en Venezuela, en el análisis de una cláusula de sumisión priva, salvo pacto en contrario, el principio de la *lex fori*, o sea; se hace de conformidad con los criterios y principios de la ley venezolana.

Por otra parte, qué sentido o interés tiene regular los factores de conexión en los casos de sumisión a un foro extranjero, si la relevancia de esta sumisión no es otra, que la propia derogación convencional de la jurisdicción venezolana a favor de una jurisdicción extranjera, y en atención a ello, los tribunales de la República solamente tendrían que velar por el cumplimiento de las normas que imposibilitan en determinados casos tal derogación. Descartados esos impedimentos, corresponderá, entonces, al tribunal que conoce la respectiva demanda, declarar, en virtud de la derogación de la jurisdicción venezolana convenida por las partes, la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos.<sup>21</sup>

20 Cfr. RENGEL ROMBERG, ob. cit. tomo I, p. 375.

21 "El examen de los intereses en presencia permite eliminar numerosos problemas aparentes cuya solución ha preocupado a jueces y especialistas: así ocurre cuando uno solo de los Estados tiene interés en aplicar sus normas materiales a la controversia concreta. En semejante hipótesis se trataría de un "falso conflicto" ("false conflict"), por cuanto sólo es posible resolver el asunto de acuerdo con la ley del Estado interesado; y de esta manera, por lo demás, se garantizaría la uniformidad internacional de las soluciones". CURRIE, The Constitution and the Choice of Law...; citado por PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "Monografías selectas... ob. cit.", p. 271.

Nuestro Código contempla, con las determinadas excepciones resaltadas anteriormente, la posibilidad abierta de sumisión jurisdiccional. Esas restricciones atienden, no propiamente al cumplimiento de factores de conexión, sino a razones de orden público. Ahora bien el artículo 57 eiusdem, es la única disposición legal que recorta esa amplitud al exigir como requisito de la jurisdicción venezolana, en las acciones relativas al estado de las personas o las relaciones familiares, la vinculación efectiva con el territorio. Esto confirma, sin lugar a dudas,<sup>22</sup> que en las acciones de contenido patrimonial, sin perjuicio de las indicadas limitaciones, no se requiere vinculación alguna con el territorio nacional.

Por todo lo expuesto, pensamos que a los principios del Código de Bustamante, o a otros principios del Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, hay que acudir, no para imponer condiciones o factores de conexión distintos a los que las propias leyes de la República establecen, sino que hay que acudir a tales principios para *definir* los conceptos de sumisión expresa y tácita que no están contenidos en los textos legales venezolanos. Aparte de los principios de Derecho Internacional Privado que puedan contener otros tratados públicos, los conceptos de sumisión expresa y tácita están actualmente previstos en los precitados artículos 321 y 322 del Código de Bustamante, y no en el 318 eiusdem, como hasta ahora ha sostenido la tradicional jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia.<sup>23</sup>

En efecto, el artículo 318 del Código de Bustamante, no establece las definiciones de los conceptos de sumisión expresa y sumisión tácita, sino que estipula la *prelación* de la sumisión jurisdiccional, o sea, la autonomía de la voluntad de las partes, sobre cualquier norma unilateral atributiva de jurisdicción, salvo en el caso de acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si lo prohíbe la ley de su situación. Esa prelación, a diferencia como vimos del Código de Procedimiento Civil, está condicionada en el Código de Bustamante, al contacto por la nacionalidad o el domicilio de alguna de las partes.

Nuestra Corte Suprema no se ha percatado de que el nuevo Código incorporó una serie de reglas cuyo resultado no sólo se aparta un poco más de los sistemas afiliados al Código de Napoleón que vincula la "competencia procesal internacional" a la nacionalidad de las partes, sino

22 Contrariamente a lo afirmado por PARRA-ARANGUREN, "Normas de... ob. cit., 151 y 152, pero quien, sin embargo, parece admitir la misma conclusión.

23 Cfr. RENGEL ROMBERG, ob. cit., p. 385 y 386.

que expande tanto sus criterios objetivos como subjetivos,<sup>24</sup> de tal modo que el nuevo sistema venezolano perfectamente permite, fuera del marco de aplicación del Código de Bustamante, como tratado público, acoger la Doctrina del *forum conveniens*.

Por otro lado, es importante tener claro que no es preciso hablar de diferencias entre el concepto de sumisión previsto en el Código de Bustamante y el establecido en el Código de Procedimiento Civil, y no puede haberla puesto que no hay conceptos que comparar, ya que el Código de Procedimiento Civil no contiene ninguna definición sobre ese particular. Como bien indica el profesor PARRA-ARANGUREN, "ciertamente, el nuevo Código se abstuvo de definir la sumisión expresa y la tácita, pero resulta difícil atribuirles un significado distinto, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados..."<sup>25</sup>

Entonces, las diferencias entre los regímenes de ambos Códigos en lo referente a sumisión jurisdiccional se reducen, i) A la jerarquía o a la forma en que deben aplicarse. Cuando se aplica el Código de Procedimiento Civil, porque las partes cuyas jurisdicciones están envueltas no han ratificado el Código de Bustamante, hay que acudir a los principios de Derecho Internacional Privado para determinar lo que debe entenderse por sumisión tácita o expresa; mientras que en los casos de aplicación del Código de Bustamante, como tratado internacional, resulta innecesario y hasta arbitrario aplicar otros principios que no sean los previstos en su propio texto. ii) El régimen de sumisión del Código de Bustamante está condicionado al contacto por la nacionalidad o domicilio de alguna de las partes, mientras que el régimen de sumisión del Código de Procedimiento Civil, si bien exige una vinculación efectiva con el territorio de la República para las acciones relativas al estado de las personas o relaciones personales, tal vinculación no se exige para el resto de las acciones, y para la sumisión a un tribunal extranjero.<sup>26</sup>

24 Cfr. Idem, p. 383 y ss.

25 PARRA-ARANGUREN, "Normas de... ob. cit., p. 157 y 158. Claro está que el CB no es la única fuente de principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. Queda en manos de la Jurisprudencia determinar el sentido y alcance de esos principios.

26 En caso de resultar aplicable la Conv. Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros (GO Nº 33.144 de fecha 15-1-85), el Tribunal sentenciador debe tener jurisdicción para juzgar el asunto de acuerdo con la ley venezolana (literal "d" del art. 2).



#### 4. Casos aparentes de falta de jurisdicción

En el ordenamiento jurídico italiano, comenta el profesor RENGEL ROMBERG, la regulación de la jurisdicción tiene carácter preventivo, no presupone una decisión del juez de la causa, sino que la parte o la Administración Pública acuden a las Secciones Unidas de la Corte de Casación, mediante recurso, solicitando la regulación de la jurisdicción. En cambio, entre nosotros, el régimen es diverso en cuanto exige una previa decisión del juez de la causa sobre la cuestión de jurisdicción.<sup>27</sup>

Existen algunos supuestos que a primera vista podrían hacernos pensar que le son aplicables el procedimiento relativo a la falta de jurisdicción. Veamos algunos de ellos:

##### A) ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conforme a lo antes expuesto, la exigencia de una decisión previa del juez sobre la jurisdicción para que funcione la regulación, aparentemente obliga a concluir que en el sistema del nuevo código, no habría regulación de la jurisdicción si se tratase de un "conflicto de atribuciones" originado en el exceso o desviación de poder de la Administración Pública por el ejercicio de atribuciones que correspondan a los órganos jurisdiccionales. En estos casos, conforme al artículo 206 de la Constitución y a los artículos 42 y 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa, la anulación de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho.<sup>28</sup> Por ello se dice que la regulación de la jurisdicción sólo funciona en el caso inverso, o sea, cuando el órgano jurisdiccional ejerce funciones que corresponden a órganos administrativos y ha tomado de oficio, o a solicitud de parte, la decisión de confirmar o declarar la falta

27 RENGEL ROMBERG, ob. cit., tomo I, p. 394.

28 Nótese que el hecho que excluye la posibilidad del conflicto de jurisdicción lo configura la exigencia de una decisión previa que determine la jurisdicción. Esto, sin embargo, a nuestro modo de ver está referido a la Administración Pública activa que no realiza funciones jurisdiccionales. Con esto tratamos de decir que pueden existir órganos administrativos jurisdiccionales ante los cuales podría plantearse el referido conflicto de jurisdicción. Recuérdese también que la regulación de la jurisdicción en todo caso es conocida por la SPA, la cual, a su vez, representa el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa.

de jurisdicción. No obstante, como hemos indicado, este conflicto más que de jurisdicción debería denominarse conflicto de atribución.

##### B) EL ARBITRAJE

Un problema mucho más complejo que el anterior se presenta cuando las partes comprometen la decisión de sus controversias a árbitros. No sólo porque este asunto nos hace plantearnos la interrogante acerca del carácter privado o público de la función de los árbitros, cuestión ésta que ha causado una tremenda polémica en la Doctrina, sino porque, aún dejando a un lado esa interesante discusión, también hace surgir otra interrogante, no menos interesante, respecto a si la existencia de una cláusula compromisoria impide a los tribunales de la República conocer la controversia sometida al proceso arbitral: ¿En estos casos cabe hablar de falta o conflicto de jurisdicción?

En una reciente sentencia nuestra Corte Suprema de Justicia estableció, sin mayores detalles, que existe falta de jurisdicción cuando las partes se someten a un arbitraje en el exterior.<sup>29</sup> Destacó la Corte en esa sentencia que "la regla procesal que determina el ámbito territorial de la aplicación de la tutela jurisdiccional que ejercen nuestros tribunales, tienen dos excepciones, vale decir, las que configuran cuando estamos ante controversias: 1) Que versan sobre bienes inmuebles ubicados en el exterior y, 2) Cuando las partes, en materia que no atañe al orden público, hayan definido de manera expresa la jurisdicción de los tribunales a los cuales someterán su conflicto de interés (sumisión expresa)". Con esta sentencia la Corte, sin decirlo, se aparta de su anterior doctrina que establecía que cuando sea la existencia de la cláusula compromisoria la cuestión discutida, el artículo 611 del Código de Procedimiento Civil indica específicamente la vía para resolver la incidencia, muy distinta por cierto de la regulación de la jurisdicción entre un tribunal nacional y uno extranjero".<sup>30</sup>

Ahora bien, antes de hacer otras consideraciones queremos en primer lugar advertir que aunque la comentada sentencia se refiere

29 Zuki Teria Navigation, Inc. vs. Naviera Naviprobo S.A., sent. del 15-7-92, R & G, tomo CXXII, p. 720 y ss.

30 Computación Bull de Venezuela, C.A. vs. Societé Bill C.A., SPA, sent. 26-1-88, GF 3 etapa, Nº 139, 1988, p. 97 y ss. Esta sentencia tiene aclaratoria de fecha 1-2-88, véase ídem p. 170-171.

exclusivamente al arbitraje que debe resolverse en el exterior, es nuestro sentir que, salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales que resulten aplicables y lo relativo a la ejecución del laudo, no existe, distinción con el arbitraje que debe resolverse en la República, ya que lo relevante, en ambos casos para nuestro ordenamiento jurídico, no es propiamente el lugar donde debe celebrarse el arbitraje, ni la nacionalidad de los árbitros,<sup>31</sup> sino la derogación de la jurisdicción,<sup>32</sup> y en ambos casos las partes renuncian a ella.<sup>33</sup> También queremos, para una visión más amplia del problema, hacer una breve referencia sobre la doctrina y jurisprudencia foránea que ha tratado el punto.

En particular, en Italia se le ha dado a este asunto un tratamiento distinto, pero no existe conformidad entre su doctrina y jurisprudencia. Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, se impuso la doctrina que establecía que en los casos en que las partes deben someterse a un arbitraje pero una de ellas recurre a la jurisdicción ordinaria se presenta un conflicto de "competencia" y no de "jurisdicción". En efecto, estableció la Casación italiana que: "La jurisdicción de los árbitros, tomando origen, no de una especial disposición de la ley, sino de la voluntad convencional de los particulares, no constituye una jurisdicción especial, sino simplemente sustitutiva de la ordinaria. Como tal no puede dar lugar a una excepción de declinatoria de jurisdicción, sino solamente de competencia del juez ordinario" (Casación, 12 de enero de 1950, Nº 87, "Giur. It.", 1951, I, 1, 236).<sup>34</sup>

En otra sentencia que ratificó el criterio anterior, la Casación italiana expuso: "La cuestión sobre si el decidir una determinada controversia compete al juez ordinario o al árbitro privado, da lugar a un pronuncia-

31 Conforme al art. 812 del CPC italiano, los árbitros tienen que ser ciudadanos italianos. Nuestro Código, en cambio, sólo exige que si los árbitros son de derecho sean abogados en ejercicio.

32 Lo que sí debe tenerse en cuenta es que si la cláusula arbitral se rige por la ley venezolana, entonces el compromiso arbitral, aunque luego el proceso arbitral se desarrolle en el extranjero y ante árbitros extranjeros, deberá formalizarse ante el Tribunal indicado en el art. 628 del CPC, quien también deberá publicar el laudo, so pena de nulidad o imposibilidad de ejecución en Venezuela.

33 En el arbitraje nacional las partes renuncian a la jurisdicción en el momento en que queda formalizado el compromiso arbitral, mientras que en el arbitraje extranjero las partes renuncian a la jurisdicción venezolana desde el mismo momento en que estipulan en la cláusula compromisoria que formalizarán el compromiso ante un juez extranjero.

34 Citada por ROCCO, Ugo; "Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, p. 166.

miento sobre la competencia y no sobre la jurisdicción, porque los árbitros son siempre jueces privados, llamados a sustituir, en los casos y en las forma de la ley, a los jueces ordinarios" (Casación, 12 de julio de 1951, n. 1930, "Foro It.", 1951, I, 1019).<sup>35</sup>

En realidad, como sostiene SATTÀ, "el confiarlo a un juez privado es la expresión de un acuerdo más íntimo, dirigido a la renuncia de la jurisdicción, y por consiguiente a la acción, limitadamente a la resolución de las controversias; consideración ésta que no carece de consecuencias prácticas, porque entre otras cosas conduce a considerar como equivocadas las sentencias de la casación que han admitido la regulación de la competencia entre los árbitros y los jueces ordinarios".<sup>36</sup>

Por otra parte, afirma SATTÀ que "el Estado atribuye al acto, en el cual se ha manifestado la voluntad de comprometer en árbitros la controversia, la virtud de dar fundamento a una excepción, de carácter sustancial, dirigida a impedir el ingreso del juicio ante los órganos jurisdiccionales".<sup>37</sup>

Esta doctrina viene a ratificar lo señalado por CHIOVENDA, quien al referirse sobre este punto señaló: "El compromiso implica, pues, una renuncia al conocimiento de una controversia por obra de la autoridad judicial. Si una de las partes comprometidas cita a la otra delante del juez, el demandado puede impedir el examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia, ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocimiento judicial".<sup>38</sup> Más adelante agrega el maestro italiano que, "no es ésta una excepción de fondo, sino una excepción procesal; sin embargo, tiene carácter particular, debido a que su resultado puede ser parcialmente favorable al demandado, en cuanto la sentencia que la estima, si bien no niega la acción, admite, sí, que el demandado está exento de la acción del

35 Ibidem. Según REDENTI esto es un error ya tan difundido y arraigado en Italia que es prácticamente inútil reaccionar contra él. Sobre esto "hay que resignarse"; Cfr. "El compromiso y la cláusula compromisoria", p. 42 y nota 2, p. 20.

36 SATTÀ, ob. cit., vol. I, p. 289-290, quien, en esos casos, considera todavía más absurda la pretensión de regulación de jurisdicción. También CALAMANDREI considera que "por efecto del compromiso, las partes renuncian recíprocamente a acudir, para la decisión de aquella causa, a los órganos judiciales del Estado". Ob. cit. vol. II, p. 275.

37 Idem: p. 287.

38 CHIOVENDA, ob. cit. "Instituciones de...", tomo I, p. 83-84.

contrario mientras el compromiso permanezca en vigor. Por ello, se explica la falta de seguridad con que la práctica procesal trata esta excepción.<sup>39</sup>

Todo lo antes expuesto es perfectamente compatible con nuestra legislación. Además, cabe agregar que las razones que pueden tener las partes para recurrir al arbitraje son muy variadas, aunque hoy en día quizá sobresale entre tantas el caos de nuestro Poder Judicial. Sin embargo, la razón fundamental, o al menos la que predominantemente interesa para la comprensión cabal de este asunto, es que ellas determinan mediante el arbitraje una especie de *composición* de la controversia,<sup>40</sup> o más concretamente como enseña CARNELUTTI, una *heterocomposición*, y no una autocomposición.<sup>41</sup>

Es cierto que el arbitraje difiere del proceso mucho menos que la transacción,<sup>42</sup> pero también es cierto que el arbitraje es un subrogado procesal<sup>43</sup> y el poder que tienen los árbitros no tiene el mismo carácter jurisdiccional que el de los jueces, ni las partes pueden sustraer a los tribunales su poder jurisdiccional. Dicho de otra forma, los tribunales conservan, en todo momento, su función jurisdiccional bajo los límites atribuidos por la ley, independientemente de las convenciones de las partes, por lo que luce contradictorio hablar en esos supuestos de "falta de jurisdicción del juez" cuando precisamente el órgano jurisdiccional al cual las partes renunciaron la tiene y los árbitros que resuelven la controversia les falta.<sup>44</sup>

39 *Idem*, tomo II, p. 321. También sustentan la excepción de compromiso: ROSENBERG, Leo; *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, p. 597; REDENTI, Enrico; *Derecho Procesal Civil*, tomo III, p. 106; *idem*, "El compromiso y la cláusula..." ob. cit., p. 41 y ss.; CARNACINI, Tito; *Arbitraje*, p. 24 y ss., y DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, p. 526.

40 Cfr. SAJTA, ob. cit., tomo II, p. 289.

41 Cfr. CARNELUTTI, ob. cit., vol. I, p. 116. La composición no la obtienen solas las partes, sino a través de la obra de uno o más terceros, análoga a la desplegada por el juez en el proceso.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 Cfr. ROCCO, Alfredo, "La sentencia civil", p. 61 y ss. En sentencia del 27-4-88, la CSJ, SCC, acogió la doctrina recogida por Frank Gabaldón en su obra "El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil", según la cual los árbitros están investidos de una función jurisdiccional y por ello el laudo arbitral tiene cualidad jurisdiccional *per se*. Véase GF. 3 etapa, Nº 140, 1988, vol. II, p. 1.015 y ss. Olvida esta doctrina que aún aceptando la existencia de ciertos rasgos jurisdiccionales y aún reconociendo

Para evitar seguir haciendo referencias a las interminables disputas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y no luzcan parcializados nuestros comentarios por la posición adoptada que niega el carácter jurisdiccional de los árbitros, cabe aquí agregar otro argumento. Es indiscutible que el compromiso arbitral tiende a hacer valer, más que un conflicto de jurisdicción o de incompetencia de los órganos judiciales, una especie de procedimiento distinto, que no excluye la jurisdicción ni la competencia de los Tribunales, sino que las desplaza y la concentra en la fase final, dejándolas íntegras en cuanto a los eventuales juicios de impugnación.<sup>45</sup>

En verdad la falta de jurisdicción en esos casos no es atribuible a los tribunales sino a las partes (compromiso de no ejercitar la acción) quienes en un determinado contrato y mientras esté en vigor la cláusula compromisoria han renunciado en los términos y condiciones establecidos por la ley a su derecho de poder utilizar los órganos de la administración de justicia.

Las incidencias entre el arbitraje y la jurisdicción no deben ser resueltas recurriendo a los principios de la jurisdicción ni de la competencia. Las partes con la formalización del compromiso ejercitan una opción entre la tutela jurisdiccional, asegurada con la intervención del juez del Estado, y la solución de la controversia según el laudo de los árbitros; o si se quiere utilizar la terminología de REDENTI, las partes escogen el modo de ejercitar la acción.<sup>46</sup>

Como antes indicamos, nuestra jurisprudencia, al igual que la extranjera, tampoco ha sido constante en el tratamiento de esta compleja

que en Venezuela el laudo tiene fuerza de sentencia (aunque no es una verdadera sentencia) desde el mismo momento que se publica, la función de los árbitros adolece de poder coactivo (supra Cap. II). Los árbitros no pueden ni siquiera hacer jurar a un testigo, acordar un embargo o secuestro ni practicarlos, ni publicar su propio laudo y menos aun ejecutarlo. Cfr. SAJTA, ob. cit., vol. II, p. 290. Esto incluso lo reconoce el propio GABALDON, ob. cit., p. 70, lo cual configura una contradicción o reduce el problema a determinar si el poder coactivo es o no un elemento constitutivo de la jurisdicción. Para toda esta interesante problemática véase CARNACINI, ob. cit., quien hace una completa reseña de la doctrina.

45 Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., vol. II, p. 277.

46 Cfr. PUNZI, Carmine; "I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato", Riv. di Diritto Processuale, aprile-giugno, 1994, p. 341, quien hace interesantes comentarios a la reforma italiana del arbitramento objeto de la Ley 5 de enero de 1994, Nº 25, publicada el 17-1-94.

cuestión, pero más exacta nos parece la tesis que remite al procedimiento previsto para el caso en que se haya negado la validez de la cláusula arbitral, en la posición que habla en esta hipótesis de una excepción de falta de jurisdicción o de competencia. Sin embargo, la solución, a nuestro juicio, de ver, merece un examen mucho más profundo. Sin pretender agotarlo, nos permitimos, hacer algunas consideraciones:<sup>47</sup>

En primer lugar, hay que distinguir la función económica del contrato y la función procesal de la cláusula arbitral, ya que ésta, teniendo la misma naturaleza que el compromiso arbitral, tiene una validez totalmente propia y autónoma, absolutamente distinta e inconfundible con la del contrato al cual se agrega; y por tanto, la cláusula no queda necesariamente afectada por los vicios que adulteren el contenido negocial del acto en que se encuentra incluida; pueden tales vicios ser comunes al contrato y a la cláusula pero no comunicables.<sup>48</sup>

Por otro lado, en caso de conexión, la jurisdicción del juez absorbe la función atribuida al árbitro si se ha verificado la renuncia tácita al compromiso. La renuncia tácita al compromiso, que es un acto de interés particular, va implícita en el comportamiento de quien, siendo parte del compromiso, propone, en cambio, la demanda ante los tribunales, y el de quien, demandado judicialmente, en lugar de hacer valer la formalización del compromiso, continúa el proceso judicial.<sup>48</sup>

Asimismo, cabe advertir que es muy importante distinguir el ámbito de repercusión de la cláusula arbitral o compromisoria *ante litem*, que obliga a las partes a que en el futuro se comprometan a la institución de un arbitraje, del compromiso efectivamente formalizado *pendente litem*, que supone ya la existencia y validez del compromiso de someterse a la decisión del árbitro a quien se nombra. Esta diferenciación trasciende, sobre todo, respecto a la vía judicial que con el arbitraje precisamente se desea eliminar.

47 Esto todavía no ha sido destacado por nuestra jurisprudencia: Cfr. C.A. de Seguros La Occidental contra Stetzel, Thomson & Co. Ltd, SPA, sent. del 8-7-93, JOPT, julio 1993, Nº 7, p. 301. En cambio la doctrina y jurisprudencia italiana es reiterada y conteste: Cfr. ROCCO, U; ob. cit., vol. I, p. 167-168; SATTI, ob. cit., vol. II, p. 291-292; CARNELUTTI, ob. cit., p. 117. Para un amplio estudio véase RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, "Il Diritto dell'arbitrato (interno)" p. 166 y ss.

48 Cfr. REDENTI, ob. cit., tomo III, p. 107.

En este sentido, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras,<sup>49</sup> establece en su artículo II, numeral 3, que el tribunal de uno de los Estados Contratante al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan acordado una cláusula compromisoria, remita a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, *a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*.<sup>50</sup>

La cláusula compromisoria, por sí sola, no produce los efectos propios del compromiso mediante los cuales, cualquiera de las partes puede rehusar el ser llevada por la contraria ante los Tribunales de la República. En cambio, el compromiso o arbitraje propiamente dicho, sí permite, mientras está pendiente y después de emitido el laudo, no discutir la controversia ante los órganos jurisdiccionales del Estado.<sup>51</sup>

Ahora bien, en cuanto a la defensa que a la luz del ordenamiento jurídico venezolano tiene en la vía judicial el demandado que ha convenido una cláusula arbitral con el demandante, consideramos que:

i) Si el compromiso ya está formalizado, la defensa debe ser la "excepción de compromiso", la cual acarrea de conformidad con el artículo 617 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión de la causa. En efecto, esta norma establece que, "en cualquier estado de la causa en que las partes se hayan sometido a árbitros, se suspenderá el curso de ella y se pasarán inmediatamente los autos a los árbitros nombrados".

ii) Si no está formalizado el compromiso, el demandado que pretende sustraer la controversia de la tutela jurisdiccional, ante todo, debe constatar que el Tribunal que conoce la demanda interpuesta por la parte que incumplió la cláusula compromisoria, tiene objetivamente jurisdicción para conocer el asunto que se quiere someter a arbitramento. Ello es necesario porque conforme al artículo 628 del Código de Pro-

49 GO Nº 4832 Extraordinario, del 29-12-94

50 Para un análisis de los conflictos entre laudos arbitrales y conflictos entre laudos y sentencias, véase: TARZIA Giuseppe; "Conflitti tra lodi arbitrale e conflitti tra lodi e sentenze", *Rivista di Diritto Processuale*, luglio-settembre, 1994, p. 631 y ss.

51 Cfr. GUASP, Jaime; "El arbitraje en el Derecho español", p. 97 y ss. En Venezuela, bajo la vigencia del CPC de 1916, la cláusula arbitral tenía un valor relativo, pues, en caso de negativa de la parte emplazada para formalizar el compromiso se ordenaba el cese del proceso arbitral. Cfr. DUQUE SANCHEZ, José Román; "Procedimientos especiales contenciosos", p. 61.

cedimiento Civil, el Juez competente para formalizar la cláusula compromisoria será aquel que lo fuere para conocer el asunto sometido a arbitramento. Esto a la vez implica que como quiera que debe existir un juez competente para formalizar la cláusula, éste primero debe tener jurisdicción, ya que no puede concebirse la competencia sin jurisdicción. Con todo esto queremos decir, que un juez que no tiene jurisdicción para formalizar una cláusula compromisoria tampoco la tendrá para conocer la controversia objeto de esa cláusula, y por ende, la defensa de éste supuesto debe ser la cuestión previa de falta de jurisdicción.

Ahora bien, si el Tribunal tiene jurisdicción para formalizar la cláusula compromisoria, el demandado, en lugar de oponer la falta de jurisdicción, debe oponer la cuestión previa prevista en el ordinal 8º del artículo 346 eiusdem, o sea, la existencia de una cuestión prejudicial referente a la validez de la cláusula compromisoria, que debe resolverse en un proceso distinto como lo es la formalización judicial del arbitraje.<sup>52</sup> Y paralelamente, de conformidad con el artículo 609 eiusdem, el demandado puede, en el mismo expediente de la causa, presentar el instrumento en el cual conste la obligación de comprometer en árbitros la controversia para que se ordene la citación del demandante.<sup>53</sup> Esto con el objeto de que, luego, coactivamente,<sup>54</sup> conforme a los artículos 611 y siguientes, el compromiso quede formalizado y se produzca la suspensión antes mencionada.

Nótese que el fin que tiene oponer la cuestión prejudicial en el proceso ordinario, más que evitar la contestación de la demanda, es el de evitar una sentencia judicial que resuelva el fondo de la controversia, ya que según la doctrina patria<sup>55</sup> la manifestación de suspensión de la

52 Según GUASP, el proceso de formalización puede ser definido como "un proceso de cognición, especial, que se destina a satisfacer las pretensiones fundadas en el incumplimiento específico de una promesa de arbitraje... Se trata de un proceso, un verdadero proceso, cosa que no lo es el arbitraje, porque la formalización judicial se encomienda a los Tribunales, y los Tribunales actúan en ella como verdaderos órganos de la jurisdicción". Ob. cit., p. 100.

53 Aun cuando por estar pendiente el juicio se halle a derecho la parte actora. Cfr. BORJAS, Arminio, "Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano", tomo V, p. 36.

54 En Venezuela, bajo la vigencia del CPC de 1916, la cláusula arbitral tenía un valor relativo, pues, en caso de negativa de la parte emplazada para formalizar el compromiso se ordenaba el cese del proceso arbitral. Cfr. DUQUE SANCHEZ, José Román, "Procedimientos especiales contenciosos", p. 61.

55 BORJAS, ob. cit., p. 44.

causa ordinaria prevista en el referido artículo 617, sólo procede una vez que haya quedado establecido el compromiso y se haya efectuado el nombramiento de los árbitros, lo cual puede demorarse en virtud de que la sentencia que resuelve la contradicción de la cláusula compromisoria es apelable (art. 611 del CPC).

## 5. Consulta, declaración y otros aspectos de la falta de jurisdicción

Podría afirmarse en Venezuela, que la regulación de la jurisdicción opera de oficio en todo caso, ya sea dicha decisión afirmativa de la jurisdicción o bien declarativa de la falta de jurisdicción, pues la consulta está ordenada en todo caso (art. 6 y 59 del CPC). En este sentido, señala el profesor Rengel Romberg, citando a CARNELUTTI, "es tan impropio que el juez no ejerza la jurisdicción si le pertenece, como que la ejerza si no la posee; y ello termina por favorecer, además, a la misma economía; porque de algún otro modo la cuestión podría llegar, aunque más tardíamente, al conocimiento de la Corte Suprema y resulta más económico anticipar este juicio, llegando a la Corte "omisso medio" o "per saltum", como establece el sistema.<sup>56</sup>

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en cambio, en sentencia de fecha 15-12-95,<sup>57</sup> estableció "que sólo la declaratoria de falta de jurisdicción del juez, respecto a la Administración Pública, tiene consulta, no así la declaratoria en base a la cual éste la reafirma". En criterio de la Corte, "cuando el último aparte del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil señala en todo caso el *pronunciamiento del juez se consultaré*, se refiere a los dos supuestos que prevé dicho artículo 59, es decir, la falta de jurisdicción del juez respecto a la Administración y del juez venezolano respecto al extranjero y no al sentido mismo de la decisión". Y sobre el daño eventual que indican los autores antes citados, de que el juez pase a ejercer una jurisdicción que no posee, apunta la Corte, "que no es tal, si se recuerda que la regulación de jurisdicción puede ser ejercida en cualquier oportunidad, incluso por la propia Administración Pública".

56 RENGEL ROMBERG, ob. cit., tomo I, p. 395.

57 SPA, Maruja Luengo Plaza de Valdes vs Constructora Procalco, S.A., con ponencia de la doctora Hildegard RONDON SANZO.

Por nuestra parte, consideramos que las razones que tiene la Corte para declarar la inconstitucionalidad de la reforma que alivie la congestión de la Corte, en lugar de hacer uso de la facultad de elaborar proyectos de ley, usurpa facultades legislativas.<sup>58</sup>

Otro aspecto que no ha sido tratado correctamente es el relativo a la oportunidad y la forma en que puede ser declarada la falta de oportunidad. En referencia al derecho comparado cabe precisar que, como antes indicamos, la regulación de jurisdicción italiana no es un medio de impugnación, puesto que no presupone una decisión y no es un supuesto contra ella; sino que constituye la facultad excepcional y extraordinaria que tienen las partes de someter directamente la cuestión de jurisdicción ante las Secciones Unidas de la Corte de Casación en lugar de hacer decidir el conflicto de jurisdicción por el juez que conoce la causa.

Olvidó el legislador patrio que esa facultad, que no existe en Venezuela, sólo puede ser ejercida en Italia, mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia, pero ello no impide, sino que por el contrario configura la regla y debemos recalcarlo, que el juez de la causa de oficio en cualquier grado y estado del proceso puede declarar la falta de jurisdicción.

Constituye la única excepción a esa regla el caso del defecto de jurisdicción del juez italiano respecto del juez extranjero que *no tenga por objeto bienes inmuebles*, ya que en ese supuesto corresponde al demandado oponer dicho defecto en la primera oportunidad porque de lo contrario se entendería que operó la sumisión tácita.

Este caso, que también está contemplado en el Código venezolano (en ordinal 3ro. de su artículo 53), aparentemente no fue recordado a la hora de redactar la regla del artículo 59, pues, excepto el caso del demandado contumaz (art. 347) no logramos imaginar algún otro supuesto en que opere la falta de jurisdicción sin que se haya consumado primero la sumisión tácita.

En resumen, en cuanto a cómo debe ser declarada los "otros casos" de falta de jurisdicción a que se refiere el artículo 59, se confundió la excepción con la regla, esto es, que la falta de jurisdicción puede ser declarada *de oficio* en cualquier estado e instancia del proceso, salvo cuando se verifica la sumisión tácita; y en cuanto a la *oportunidad*, se introdujo una limitación a una facultad prevista en el derecho italiano que no existe en el sistema venezolano, como es sustraer la referida incidencia del tribunal de la causa para que sea resuelta directamente por la Casación.

En consecuencia, por un lado, la frase "mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia" no tiene ningún sentido, ya que luego de verificar la sumisión tácita (que en el caso venezolano se evita con la correspondiente cuestión previa: ord. 1 art. 346) la defensa de falta de jurisdicción resulta impropcedente; y por otra parte, no tiene ninguna justificación que en el caso del demandado contumaz, o en el caso de falta de jurisdicción del juez venezolano respecto al juez extranjero sobre causas que no tienen por objeto bienes inmuebles, la falta de jurisdicción sólo pueda declararse a solicitud de parte mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia, a diferencia de la legislación que sirvió de inspiración e inclusive a diferencia de la incompetencia por la materia.<sup>59</sup>

Como bien apunta LIEBMAN, "estas limitaciones *externas* a la jurisdicción ordinaria se consideran por la ley como puestas no ya en interés de las partes, sino en interés general, según los principios que informan la institución de la función jurisdiccional y las relaciones con los otros órganos del Estado".<sup>60</sup>

58 Cfr. BENAIM M., Alfredo; "La Casación legislativa (I), *El Universal*, 28-3-90, p. 1-4. También: BREWER-CARIAS, Allan R.; "La sentencia de los lapsos procesales y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes", *Rev. Derecho. Público*, Nº 40, p. 157 y ss.; y RENGEL ROMBERG, ob. cit., vol. II, p. 186 y ss.

59 Conforme al art. 60 del CPC la incompetencia por la materia puede ser declarada de oficio en cualquier estado e instancia del proceso. También la incompetencia por el territorio en los casos previstos en la última parte del art. 47 eiusdem.

60 LIEBMAN, ob. cit. (36), p. 19 y ss.