

**REVISTA DE
DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Andrés A. Mezgravis H.
ABOGADO
INPREABOGADO No. 31.035
INSCRITO EL 1-12-88

REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

N° 6 Mayo/Agosto 1999

REVISTA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

Director-Editor

LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ

Secretaria de Redacción

JACQUELINE LEJARZA A.

Consejo Científico Consultivo

OSWALDO ANZOLA P.
 JOSÉ ARAUJO JUÁREZ
 CARLOS AYALA CORAO
 RAFAEL BADELL MADRID
 ISABEL BOSCAN DE RUESTA
 ALLAN R. BREWER-CARIAS
 HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
 JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
 ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
 RAFAEL CHAVERO GAZDIK
 CARLOS ESCARRÁ MALAVÉ
 LUIS H. FARIAS MATA
 GERARDO FERNÁNDEZ V.
 JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
 HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE
 GUSTAVO LINARES BENZO
 HENRIQUE MEIER
 JOSÉ A. MUCI BORJAS
 ENRIQUE PÉREZ OLIVARES
 MANUEL RACHADELL
 BELÉN RAMÍREZ LANDAETA
 ARMANDO RODRÍGUEZ
 HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
 GABRIEL RUAN SANTOS
 CECILIA SOSA GÓMEZ
 FRANCISCO JAVIER ÚTRERA

ISSN: 1316-6107

Depósito legal: 199702DF109

© Editorial Sherwood

Revista de Derecho Administrativo (Cuatrimestral)

Fax: 285-13-79 / 284-46-65

Portada: Loly Ruesta

Distribución: Paredes Editores

Santa Capilla a Mijares, Edif. San Maucio,

Piso 1, Ofic. 19, Tel. 862-51-87, Fax. 81-21-00,

E-mail: paredes-editores@eldish.net.

α Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

β La edición de la Revista de Derecho Administrativo cuenta con el respaldo y colaboración del Escritorio RODRÍGUEZ & MENDOZA.

INDICE

ESTUDIOS

<i>La relación jurídico administrativa y las situaciones jurídicas de los administrados</i> , JESÚS CABALLERO ORTIZ	7
<i>Lapsos de impugnación de actos administrativos</i> , JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS	23
<i>La justicia constitucional en Venezuela y la necesidad de un tribunal federal constitucional (Una propuesta para la Asamblea Nacional Constituyente de 1999)</i> , JOSÉ VICENTE HARO G.	51
<i>Actividad consultiva de la Administración y responsabilidad patrimonial</i> , JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ	115
<i>Fusiones. Análisis de las concentraciones económicas en el derecho de la competencia</i> , GUSTAVO JOSÉ LINARES BENZO	219
<i>El amparo constitucional y el arbitraje</i> , ANDRÉS A. MEZGRAVIS	255
<i>El derecho común de la responsabilidad extracontractual de la administración pública en Venezuela (Estudio del derecho venezolano y aspectos comparativos con el derecho francés)</i> , OSCAR A. RODRÍGUEZ PACANINS	279

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

<i>El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el contencioso de los contratos administrativos (Un estudio jurisprudencial del ordenamiento jurídico venezolano)</i> , RAFAEL G. PRADO MONCADA	333
<i>La teoría de la bipartición de los derechos tutelables por el amparo y su pérdida de vigencia a raíz de importantes avances jurisprudenciales</i> , MARÍA FERNANDA VALDÉS CELI	413

(347 US 521) 1954). Es necesario percatarse de la trastocación de todo el sistema constitucional que implicaría darle al Derecho del mercado poderes más allá que la búsqueda del beneficio del consumidor entendido como la capacidad de éste de comprar más y mejores bienes. Los "poderes de reacomodo del mercado" que ha invocado Procompetencia en algunas decisiones son de excesiva capacidad de intervención en el tejido social: reconstrucción de negocios privados, prohibición de contratos, etc., precisamente porque esos poderes de "reacomodo del mercado" no existen, no tienen base en la ley y nada tienen que ver con el beneficio del consumidor.

En otras razones, y como se ha dicho (BORK) buscar el bienestar del consumidor, la posibilidad de que destine sus ingresos a más y mejores bienes, es incompatible judicial y administrativamente hablando con la búsqueda de otros fines, por más nobles que sean, por la sola razón de que es jurídica y económicamente imposible determinar con suficiente precisión -como sí es el caso del beneficio del consumidor- cual es la medida pública adecuada para satisfacer esos otros criterios. Tales medidas serán en todo caso políticas -un aumento de impuesto, una manipulación de aranceles, etc.- pero nunca una decisión judicial que prohíba un negocio mercantil como es el caso de varias decisiones de Procompetencia.

De allí que sean necesario al menos unos criterios económicos básicos para enfrentar aun judicialmente el problema de la regulación del mercado. Ellos han sido sinópticamente expuestos por la doctrina y no es el caso resumirlos aquí. Aun así, es decisivo recalcar que es económicamente posible demostrar como una caída de la eficiencia en la colocación de los recursos *del consumidor* en el mercado lo afecta directamente, y por lo tanto pueden encontrarse bases para una decisión *judicial, de derecho*, en estos casos, mientras que es económicamente imposible literalmente, se trataría de una profecía- determinar como va a afectar a los competidores la misma decisión económica. La teoría de los precios, en efecto, permite asegurar que la posibilidad de controlar éstos, y la vía como se llegue a esa posibilidad, a través de un cartel, por ejemplo, va siempre en desmedro de los consumidores. En cambio, en otras circunstancias, fuera del caso de los carteles y muy especialmente en materia de concentraciones económicas como es el caso que nos ocupa, sólo habilidades proféticas son capaces de determinar sus consecuencias en el bienestar del consumidor.

Como dice el propio VIEHWEG, los jueces ven el pasado, el futuro pertenece al legislador. Es económicamente imposible conocer *a priori* los resultados de una fusión. En una de las peores decisiones de su historia, la Corte Suprema de los EEUU declaró ilegal una fusión ocurrida *sesenta* años antes (*du Pont-General Motors vs. United States* 38 US 568, 580 (1967)). Repetimos: los jueces ven el pasado, y a pesar de las repetitivas intenciones de hacer del Derecho de la competencia algo mágico e iniciático, nada vale de lo alegado acerca del futuro.

EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

Andrés A. Mezgravis*

SUMARIO

PRELIMINAR

I. NOCIONES INDISPENSABLES

II. RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

1. *Plantamiento general*
2. *Inadmisibilidad de revisiones de fondo (apelación y casación)*
3. *Inadmisibilidad del recurso de invalidación*

III. EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

1. *Objeto del amparo*
2. *El carácter excepcional o residual del amparo y el recurso de nulidad contra el laudo arbitral como medio idóneo*
3. *Causales adicionales de inadmisibilidad del amparo*
 - A. *El consentimiento tácito*
 - B. *La amenaza es irrealizable por el imputado*
 - C. *El decreto de ejecución del laudo arbitral dictado por un tribunal competente*

PRELIMINAR

Actualmente, la tendencia mundial de los diversos sistemas jurídicos apunta hacia la búsqueda de mecanismos alternativos de justicia que logren hacer efectivos los derechos de los ciudadanos. Ello está en armonía con la doctrina universal moderna que proclama "nuevos principios" como el de la "tutela jurisdiccional efectiva", y "el acceso judicial efectivo", principios éstos que en realidad no son más que las bases primitivas y más esenciales de la administración de justicia.

Las reformas judiciales modernas comienzan a abandonar la lucha por el constante perfeccionamiento técnico de las reglas procesales, para concentrar todos sus esfuerzos en rescatar un objetivo primordial: "la efectividad de los derechos sustanciados".

Ese enfoque básico, al que se está regresando, cuestiona que la finalidad del proceso no puede ser la de juzgar el cabal cumplimiento de reglas o lapsos procesales, sino la de determinar la veracidad de los argumentos de fondo como los valores más próximos a la justicia. Por más obvio que esto parezca, son muy escasas las sentencias judiciales que en Venezuela reflejan esta finalidad.

Los profesores MAURO CAPPELLETTI y BRYANT GARTH, en un trabajo fruto de un proyecto de cuatro años de investigación comparativa titulado "Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia", señalan que esa posición "quizá se haya originado en la desaparición de la fe tradicional en la solidez de nuestras instituciones

* Abogado UCAB, Especialista en Derecho Procesal UCV. Presidente del Comité de Arbitraje de VenAmCham. Socio de la Firma Travieso, Evans, Hughes, Arria, Rengel & Paz.

1 VESCOVI ENRIQUE: *La Reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica*, Edit. Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 109 y 110.

Derecho comparado, son desalentadores para quienes pretenden sustituir todo el sistema procesal con el amparo.

I. NOCIONES INDISPENSABLES

Difícilmente podría comprenderse el tema que aquí pretendemos desarrollar, si antes no se tienen claras algunas nociones sobre el arbitraje; particularmente sobre su naturaleza, los principales principios que lo rigen y los efectos del laudo.

Cabe destacar que existen enormes discrepancias doctrinales respecto a la naturaleza del arbitraje; pero más que una exposición detallada de las distintas y autorizadas tesis que han sido expuestas por los juristas más reconocidos del mundo, nos interesa en esta oportunidad señalar que el arbitraje es una institución que presenta simultáneamente rasgos contractuales y jurisdiccionales. Esto explica por qué la doctrina al analizar la naturaleza del arbitraje se divide en tres sectores: i) los que sostienen la tesis contractualista, ii) los que defienden la tesis jurisdiccional y iii) los que asumen una posición ecléctica.

Por nuestra parte, ya en otro trabajo hemos manifestado nuestra inclinación por la tesis *contractualista* defendida entre otros por GLÜCK, WACH, CHIOVENDA, REDENTI, CALAMANDREI, BETTI, ROCCO, SATTA y GUASP⁶. No es este el momento para justificar nuestra postura, y por ello nos conformamos aquí con sugerir que dicha polémica sea abordada desde una perspectiva pragmática como lo hace PANTALEÓN PRIETO, al preguntarse: "Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual-civil o un arbitraje jurisdiccional-procesal? La respuesta me parece obvia; un arbitraje lo más contractual-civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible), por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional-procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste propio de una sentencia judicial"⁷.

Poco importa en realidad determinar si son los rasgos contractuales o los jurisdiccionales los que más destacan en la exposición pragmática antes expuesta, lo indispensable es que se comprenda con toda claridad que el principio rector del Derecho del arbitraje es "la autonomía de la voluntad de las partes", y que las normas de procedimiento del arbitraje pueden ser libremente pactadas o relajadas por las partes, lo cual supone obviamente que esas normas no son de orden público, y por ende su inobservancia podría ser subsanada o consentida por las partes, bien de manera expresa o bien de manera tácita. No debe olvidarse que el sistema

6 En contra de la aceptación de esta tesis en Venezuela: RENGEL ROMBERG, ARISTIDES: *El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial* (1998), Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Seminario sobre Ley de Arbitraje Comercial, Serie Eventos 13, Caracas 1999.

7 PANTALEÓN PRIETO, *Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje*, citado por CORDON MORENO, FAUSTINO: *El Arbitraje en el Derecho Español. Interno e Internacional*, Edic., Aranzadi, Navarra, 1995, p. 32, nota 1.

legales y sea inspirado por el deseo de hacer reales y no simplemente simbólicos los derechos de la gente común, por lo que exige reformas de gran alcance y una nueva creatividad. Este enfoque se niega a aceptar como inmutables cualesquiera de los procedimientos e instituciones que caracterizan nuestra maquinaria de la justicia"².

Por su parte, los profesores GELSI BIDART y ENRIQUE VÉSCOVI, decían al pre- parar las bases para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos, que: "El enfoque no debe conducir a la mera sistematización de principios generalmente admitidos por las legislaciones de América Latina, una suerte de síntesis global de lo ya aceptado por nuestro Derecho positivo, ni siquiera, quizás, por la mayoría de nuestra doctrina.

Se trataría más bien, de proponer opciones fundamentales en torno a algunos puntos que pueden considerarse claves para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado, procurando encaminarlo hacia una 'puesta al día' con las necesidades actuales y las inmediatas que se avizoran.

Dándole, por tanto, mayor flexibilidad y adecuación, a esta época que no aprecia las formas, ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia; que sigue apreciando como valor fundamental, el de la justicia"³.

Por ello, no resulta nada extraño que el auge del arbitraje sea cada vez mayor, al punto de convertirse en "la forma por excelencia de resolución de disputas en el comercio, tanto nacional, como internacional"⁴. El procedimiento relativamente informal y rápido, las decisiones dictadas por personas imparciales, especialistas en la materia controvertida, y los muy limitados recursos que en contra de sus decisiones pueden ejercerse, explican por qué se está retomando a nivel mundial, e incluso, en los diversos sistemas jurídicos, una de las soluciones más antiguas del derecho como es el arbitraje.

Quienes están predispuestos a sostener que sí procede el amparo contra el arbitraje, olvidan que, ni el amparo, ni el arbitraje, son invenciones nuestras, y que esa problemática sólo es "novedosa" para nosotros, pues, la gran mayoría de los ordenamientos (incluyendo el de varios países latinoamericanos) en los que el amparo y el arbitraje han estado vigentes antes que en el nuestro, han transitado durante varias décadas por el mismo proceso de reflexión científica que apenas ahora comienza en Venezuela⁵. En otras palabras, no somos los únicos que tenemos ahora Constitución, una Ley de Amparo y una Ley de Arbitraje que limita el control judicial del laudo arbitral al recurso de nulidad exclusivamente. Los resultados en el

2 CAPPELLETTI, MAURO y GARTH, BRYANT: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, p. 10.

3 Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Caracas, 1994, p. 30.

4 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Venezolano.

5 No olvidemos que la Convención de Nueva York de 1958 fue ratificada por Venezuela en 1994, cuando ya casi un centenar de países eran parte de ésta.

arbitral deviene de la voluntad de las partes sobre materia *necesariamente disponible* o en la que cabe transacción⁸, y por ello, el alcance de la función que se atribuye a los árbitros queda determinada en primer término por lo acordado por las partes. Por tanto, en principio la revisión de los laudos está sujeta a lo que las partes hayan convenido al aceptar el arbitraje como mecanismo alternativo para solucionar sus controversias. Sólo en caso de silencio o en defecto de acuerdo particular corresponde aplicar las normas legales o reglamentarias escogidas, las cuales en términos generales son supletorias, a excepción de muy limitados supuestos en que la ley dispone la observancia de ciertas disposiciones con carácter imperativo⁹.

Otra noción que se debe tener presente es la del laudo arbitral. Este puede ser definido como la decisión de los árbitros que resuelve las cuestiones que las partes le sometieron y pone fin a la controversia que tiene sólo una instancia si no se consagra en el acuerdo arbitral o en el compromiso arbitral el recurso de apelación¹⁰. Tratándose del acto que denota, para un sector importante de la doctrina, la manera más clara del ejercicio de la función jurisdiccional, mas no judicial¹¹, el laudo arbitral reviste las características de una sentencia judicial¹². Nótese sin embargo, que si bien el laudo arbitral tiene fuerza de sentencia, no es en realidad una verdadera sentencia judicial tal y como lo hemos sostenido en otras oportunidades¹³. Esto incluso es compartido no sólo por los autores que al analizar la naturaleza del arbitraje se suman a la tesis contractualista, sino también por quienes asumen la tesis ecléctica¹⁴.

Por ello, deben abandonarse los argumentos de aquellos que explican la *jurisdiccionalidad* del arbitraje como si se tratara de la delegación de una potestad estatal. Como bien indica CABALLOL ANGELATS, la actuación de los árbitros es sólo jurisdiccional por su contenido. "El arbitraje se sitúa en un plano distinto a las posturas del Estado, por lo que no significa una injerencia en ellas. La atribución exclusiva a jueces y magistrados de la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado no

8 Art. 3 de la LAC y 608 CPC.

9 Cfr. CAIVANO ROQUE, J.; *Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Buenos Aires, 1993, p. 252.

10 Art. 624 del CPC, en concordancia con el principio de que en el arbitraje rige la autonomía de la voluntad y las normas procesales son supletorias.

11 No sólo compete al Poder Judicial la función de administrar justicia, y por ello mal puede identificarse la función jurisdiccional con la judicial. Para un análisis de este asunto, véase MEZGRAVIS, ANDRÉS A.; "La unidad de la jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano", *Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 108, UCV, Caracas 1998, p. 326-328.

12 Cfr. CAIVANO, *ob cit.*, p. 251.

13 MEZGRAVIS, ANDRÉS A.; Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje", *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 50, Caracas 1996. También en *La unidad de la jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano*, *ob. cit.*, nota 209, p. 393. Para una análisis mas detenido, véase además de la bibliografía ahí citada, las diferencias entre el laudo y la sentencia resaltadas por la jurisprudencia española, especialmente en el Auto del Tribunal Constitucional (Sala I) del 20-6-93, recogidas en la obra de CORDON MORENO, *ob cit.*, pp. 32 y ss.

14 CHILLON MEDINA, y MERINO MERCHAN; *ob cit.*, p. 119.

es obstáculo para la plena normalidad constitucional del arbitraje como realidad jurisdiccional. Los árbitros nunca han ejercido una potestad estatal. Al legislar sobre el arbitraje no se delega nada a los particulares, sino que se regula el ejercicio de una facultad que ya ostentan los ciudadanos en méritos de la autonomía de la voluntad. Desde un punto de vista constitucional la legislación arbitral es el protocolo que rige las relaciones entre potestad jurisdiccional del Estado y actividad privada de contenido jurisdiccional¹⁵.

La novísima Ley de Arbitraje Comercial venezolana, si bien aclara el alcance de las funciones de los árbitros comerciales, en puntos tan controvertidos como la declaratoria de su propia competencia, la nulidad del acuerdo arbitral, la facultad de dictar medidas preventivas, y además deroga la necesidad de pasar al Juez el laudo y los autos a los fines de su publicación¹⁶, en nada hace variar nuestra postura en torno a la naturaleza del arbitraje. Ninguna de las funciones decisorias o *de conocimiento* antes enunciadas que acertadamente contempla la Ley de Arbitraje Comercial, implica *poder coactivo*. Por ende, seguimos sosteniendo que la postura (contractual o jurisdiccional) que se adopte frente a la antigua polémica sobre la naturaleza del arbitraje, dependerá del criterio que se tenga respecto a si la "coacción" es o no un elemento constitutivo de la jurisdicción.

Por otra parte, en principio el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento, y por ello, vinculante para las partes desde el mismo momento de su notificación. Esto se infiere del artículo 31 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana que establece textualmente: "Dictado el laudo el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante la entrega de una copia firmada por los árbitros, y el mismo será de obligatorio cumplimiento".

Para el ordenamiento jurídico venezolano, el laudo arbitral debe ser reconocido y cumplido como si se tratara de una sentencia judicial venezolana, independientemente del país en que haya sido dictado. No obstante, el tribunal arbitral carece de atribuciones para hacer cumplir coativamente su propio laudo. Aquí es precisamente, donde nos apartamos de la tesis jurisdiccionalista, puesto que para nosotros una cosa es que *el laudo* tenga fuerza de sentencia y otra que *los árbitros* puedan ejecutar sus laudos forzosamente. En caso de que la parte vencida no cumpla voluntariamente el laudo, el vencedor debe solicitar la ejecución forzosa del laudo al *Tribunal judicial de primera instancia que hubiera sido competente para conocer la controversia sometida a arbitraje*, conforme al artículo 523 del Código de Procedimiento Civil¹⁷. En consecuencia, de las dos fases que comprende la ju-

15 CABALLOL ANGELATS, LLUIS: *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. José María Bosch Editor-Barcelona 1997, p. 26.

16 Art. 625 CPC. Es decir, no hace falta que el Juez publique el laudo arbitral para que comience a transcurrir el lapso para intentar el recurso de nulidad.

17 Establece el art. 523 del CPC la ejecución de los laudos arbitrales en los siguientes términos: "La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia. Si fuere un Tribunal de arbitramento el que haya conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitramento". Por su parte, el artículo 48 de la LAC, establece: "El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en

curso; lo que a su vez plantea viejas discusiones doctrinales respecto a si debe haber una, dos o más instancias²¹.

No obstante, la tendencia actual de las legislaciones modernas es la de abandonar los sistemas adoptados en épocas pasadas por países como España y Francia, que en su afán por "perfeccionar" el procedimiento arbitral llegaron a consagrar el recurso de apelación y hasta el de Casación²².

Actualmente, al igual que en los orígenes primitivos del arbitraje, se retoma la idea de que "es inherente a la naturaleza del laudo arbitral su carácter definitivo e incluso firme; por consiguiente, cualquier instancia interpuesta y con mayor razón si esa instancia no es arbitral, (sino judicial) supone una mala inteligencia sobre el alcance y naturaleza del proceso de arbitraje, y más concretamente sobre su resultado, esto es, el laudo arbitral"²³.

Comienza nuevamente a reconocerse la importancia de los rasgos esencialmente contractuales del arbitraje, el cual versa necesariamente sobre materia disponible. Las manifestaciones más modernas de la doctrina comienzan a rescatar estas nociones básicas que ayudan a comprender la libertad que tienen las partes de conducir el proceso arbitral de la manera que mejor les parezca y sin intervención de los tribunales judiciales²⁴.

Tal y como el profesor belga FRANCOIS RIGAUX enseña: "Es posible creer que la institución del arbitraje quedaría deformada e inclusive perdería su naturaleza esencial, si el proceso arbitral debe seguir subsecuentemente un proceso ante los tribunales del Estado"²⁵.

Y es que en esto, luego de Malasia²⁶, Bélgica ha llevado la vanguardia, ya que su ley del 27 de marzo de 1985, no sólo excluye el recurso de apelación, casación,

21 Cfr. VESCOVI, ENRIQUE: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 25-29. Se pregunta por ejemplo, si el tribunal de segunda instancia predominara y, por otra parte, si es el que está mejor integrado, por qué no se suprime, entonces, la primera instancia?

22 Consagrado en España a partir de la Nueva y Novísima Recopilación que se ratifica en la Constitución de Cádiz, en la LEC de 1855; en la LEC de 1881, en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, y sustituido por el recurso de nulidad en la Ley de Arbitraje de 1988. En Francia, hasta donde sabemos, todavía subsiste para el arbitraje laboral. Para unas notas jurisprudenciales y comentarios doctrinales en el Derecho francés: MOTULSKY, HENRI; *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris 1974, p. 243 y ss. JARROSSON, CHARLES; *La notion d'arbitrage*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1987, 63 y ss.

23 CHILLON MEDINA, y MERINO MERCHANT; *ob cit.*, p. 358-359, entreparéntesis nuestro.

24 En este sentido, CRAIG, WILLIAM LAURENCE: "The Uses and Abuses of Appeal from International Awards", Symposium Private Investors Abroad, Problems and Solutions. International and Comparative Law Center, Dallas, Texas, 1987.

25 RIGAUX, FRANCOIS: "Souveraineté de 'etats et arbitrage transnational'" in *Le droit des relations économiques internationales: 'études offertes 'a Berthold Goldman, citado por CRAIG, ob cit.*, p. 11. Traducción libre del inglés al castellano.

26 El art. 34 Sec. 1 del Estatuto de Arbitraje de Malasia reformado en 1980, prevé que la ley no será aplicable a los arbitrajes sometidos al Centro de Arbitraje Kuala Lumpur, el cual excluye cualquier recurso ante los tribunales durante el arbitraje o luego de dictado el laudo. Cfr.

risdicción, los árbitros tienen atribuida la de *conocimiento* pero no la de *ejecución forzosa* que es privativa de los tribunales judiciales¹⁸.

II. RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

1. *Planteamiento general*

En su concepción original, el proceso arbitral excluía toda idea de impugnación¹⁹. A mediados del siglo XIII, las Siete Partidas -gran monumento jurídico atribuido al gran rey llamado Alfonso el Sabio- establecen que las resoluciones dictadas "por buen varón", al que las partes acudieran, y que hoy conocemos con el nombre de laudos arbitrales, son del todo irrecorribles, salvo cuando hubieren sido dictadas maliciosamente o cuando estuvieren viciadas en alguno de sus requisitos fundamentales²⁰.

Se ha dicho que por razones psicológicas y sociales, los recursos han existido en casi todas las épocas. Podría pensarse que el reconocimiento del derecho a impugnar una resolución responde a una tendencia natural del ser humano frente al temor de que se consumen vicios o irregularidades en los actos. La necesidad de sentir confianza en que una injusticia podría ser reparada por un nuevo juzgamiento de la situación, es lo que en definitiva provoca la consagración de los re-

el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario".

18 La necesaria posibilidad de existencia de estas dos fases en la jurisdicción es reconocida por la generalidad de la doctrina. Así lo acepta el profesor RENGEL ROMBERG, *ob cit.*, especialmente en pp. 32 y 37, quien sin embargo sostiene que ambas fases se pueden cumplir en el arbitraje, cuando lo cierto es que la ejecución forzosa sólo se cumpliría ulteriormente, fuera del proceso arbitral. En nuestra opinión, si bien es cierto que hay actos que tienen naturaleza jurisdiccional, la jurisdicción propiamente dicha, por tratarse de una *función*, sólo puede tenerla o ejercerla el propio sujeto que dicta el acto, nunca el acto en sí. En otras palabras, una cosa es los efectos que produce el acto o laudo arbitral y otra cosa muy distinta es el alcance de la función que tiene el sujeto u órgano que dicta ese acto. De allí que mal puede sostenerse que en el arbitraje la jurisdicción emana del laudo arbitral por tener éste efectos de sentencia judicial, cuando lo importante es el alcance de la función del sujeto (árbitro) que lo dicta.

19 Cfr. VESCOVI ENRIQUE; *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 16.

20 En este sentido GONÍ, JOSÉ LUIS; "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Rev. de la Corre Española de Arbitraje*, 1995, p. 105, quien señala que las Siete Partidas han estado vigentes en el Estado norteamericano de Louisiana, como Derecho supletorio, hasta fechas muy recientes. Para unas notas históricas: BARONA VILAR; *ob cit.*, pp. 112-116. Para un estudio sobre la evolución histórica: MERCHANT ALVAREZ, A.: *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1981, p. 261 y ss.

invalidación etc., sino que además establece expresamente en su artículo 1717, que los tribunales belgas no oirán el *recurso de nulidad* salvo que una de las partes reúna algún factor de conexión con ese ordenamiento. En efecto, establece dicha disposición legal:

"Las Cortes de Bélgica oirán el recurso de anulación únicamente si al menos una de las partes en la controversia decidida por el laudo es bien una persona natural que tenga su nacionalidad o residencia en Bélgica, o bien, una persona jurídica creada en Bélgica o que tenga una subsidiaria belga u otros establecimientos"²⁷.

Entendemos que esta disposición tiene por fin incentivar el arbitraje internacional en ese país, ya que el laudo arbitral que allí se dictare conforme al acuerdo de partes extranjeras no podría ser impugnado²⁸.

La legislación suiza, por su parte, rompe los esquemas contemporáneos, al establecer en el artículo 192 de la Ley de Derecho Internacional Privado, del 18 de diciembre de 1987, que:

(1) "En caso de que ninguna de las partes tenga su domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial en Suiza, éstas podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante acuerdo escrito celebrado posteriormente, excluir todo procedimiento de impugnación o limitar dichos procedimientos a una o algunas de las causales de nulidad previstas en el artículo 190, parágrafo 2 de la presente ley.

(2) En caso de que las partes hayan excluido todo procedimiento de impugnación y en caso de que el laudo arbitral vaya a ser ejecutado en Suiza, se aplicará por analogía la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de fecha 10 de junio de 1958."²⁹

La legislación española, que venía favoreciendo y hasta incrementando el control judicial del arbitraje, da un giro importante y, aunque en forma mucho más conservadora, se une a esta tendencia con la Ley 36/1988, del 5 de diciembre. El Consejo General de la Abogacía en España, al referirse al anteproyecto de la nueva Ley de Arbitraje española, señala que este texto es respetuoso de la voluntad de las partes, poco proclive a formalismos, abierto al arbitraje institucional, opuesto a la fácil impugnación, limitativo de las causas de nulidad, encauzador con prudencia de la intervención judicial y facilitador, en su caso de la ejecución forzo-

BERGER KLAUS: *International Economic Arbitration*, Klaauwer law and taxation publishers, Boston 1993, p. 712, nota 401.

27 Extraído de la obra de BORN, GARY B.: "International Commercial Arbitration in the United States" *Commentary & Materials*, p. 653. Traducción libre del inglés.

28 Para comentarios sobre la Ley belga: STORME: "Belgium: A paradise for International Commercial Arbitration", 14 *Int'l Bus. Law*, p. 294 (1986). VANDERELST: "Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum", 3 *J. Int'l Arb.* 77 (1986). PAULSSON: "Arbitration Unbound in Belgium", 2 *Arb. Int'l* 68 (1986).

29 BERGSTEN ERIC: *International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, INC, NY, March, 1998, p. 5. Comentarios sobre la Ley suiza en LALIVE P.: "The new Swiss Law on International Arbitration", 4 *Arb. Int'l* 2 (1988). BLESSING, The new International Arbitration Law in Switzerland, 5 *J. Int'l Arb.* 9 (1988). Para algunas notas críticas sobre esta ley: BERGER, *ob cit.*, p. 709 y ss.

30 Cf. CORDON MORENO, *ob cit.*, p. 35.

De allí, que los más conservadores convienen en que es necesario la búsqueda de un equilibrio entre, por un lado, la aceptación de la impugnación y, por el otro, la convicción de que ésta tiene que ser *limitada*³¹.

"Con todo se va abriendo paso en las modernas legislaciones una tendencia en pro de la uniformización del régimen de recursos sobre lineamientos comunes"³². En el procedimiento arbitral ese equilibrio parece haberse logrado con la eliminación de los diversos recursos tendiendo a concentrarse el control judicial de los laudos en la coordinación de dos aspectos distintos: el recurso extraordinario de nulidad, para los laudos internos o domésticos por motivos taxativos idénticos a los previstos en la Convención de Nueva York, y el *exequátur* para el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución³³.

31 Cf. VESCOVI, *ob cit.*, p. 26.

32 CHILLON MEDINA, y MERINO MERCHAN; *ob cit.*, p. 993.

33 El interesante tema del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros o internacionales dictados fuera del territorio de la República, escapa del objeto de este trabajo, amerita un denso y extenso análisis, y por ello solo nos permitimos resaltar, con el propósito de facilitar la mejor comprensión del recurso de nulidad, algunas características que diferencian a ambas figuras. La iniciativa de estos dos controles reside normalmente en partes contrapuestas: será la parte perdedora la que intente el recurso de anulación del laudo en el país en que se emitió el laudo, mientras que será la parte ganadora, interesada en ejecutar el laudo en el extranjero, la que inicie dichos trámites en el país en que se quiere ejecutar. Puede decirse con propiedad que la negativa del *exequátur* o lo que es igual, el resultado negativo de los trámites de reconocimiento y ejecución del laudo, no produce los mismos efectos que la declaratoria de nulidad del laudo, a pesar de que las causales de nulidad y las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, normalmente coinciden. En efecto, ante el rechazo del reconocimiento y ejecución del laudo, la parte interesada puede dirigirse a otra jurisdicción en la que se presume que la parte condenada en el proceso arbitral tiene igualmente bienes, e intentar ahí nuevamente dichos trámites. En cambio, la declaratoria con lugar del recurso de nulidad impide que el laudo sea reconocido y ejecutado en cualquier parte del mundo. Por ello, se ha dicho que la nulidad tiene mayor impacto, y que la negativa de reconocimiento o ejecución del laudo no produce efectos propiamente sobre éste³⁴. A estos fines: CRAIG, WILLIAM LAURENCE; "The Uses and Abuses of Appeal From International Awards", Symposium Private Investors Abroad, Problems and Solutions. International and Comparative Law Center, Dallas, Texas, 1987, p. 13-14. BERGER, KLAUS; "International Economic Arbitration", *Klaauwer law and taxation publishers*, Boston 1993. DAVID RENE; *Arbitration in international trade*, 1985. Asimismo, es importante destacar que el control de los laudos extranjeros o internacionales se rige por los Convenios internacionales. En este sentido Venezuela ha ratificado en los últimos años, una importante cantidad de convenios internacionales, entre los que destacan principalmente: La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial; la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocidas como la Convención de Nueva York, la cual confiere jurisdicción para anular el laudo arbitral a los tribunales de dos países: 1) a los tribunales del país donde se dicta el laudo, y 2) a los tribunales del país conforme a cuya Ley se dictó ese laudo, y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el cual establece que las aclaratorias, recursos de revisión y anulaciones tienen que dirigirse al Secretario General de ese Centro. Asimismo, en estos últimos cinco años Venezuela ha ratificado una importante cantidad de convenios bilaterales, relativos a inversiones, donde el mecanismo para solucionar las controversias, además de la

La Ley de Arbitraje venezolana sigue indiscutiblemente esta tendencia, al reducir a su mínima expresión la intervención judicial en el proceso arbitral, al establecer expresamente en su artículo 43 que: "contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad"³⁴.

2. Inadmisibilidad del recurso de apelación y de casación

Antes de explicar por qué según la legislación venezolana, contra el laudo arbitral comercial resultan inadmisibles otros recursos distintos al recurso de nulidad, debemos advertir que una cosa es el régimen de control judicial del laudo arbitral, y otra muy distinta, el régimen de control de la sentencia que resuelve el recurso de nulidad. Este segundo régimen que tiene por objeto una decisión judicial, no forma parte del presente trabajo.

En cuanto a los recursos contra el laudo arbitral, la legislación venezolana se une a la corriente moderna al establecer de manera categórica que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Contrariamente a lo que algunos podrían pensar, la doble instancia no es un requisito constitucional, al menos en Venezuela³⁵, sino un derecho que la generalidad de las leyes establece en interés de los litigantes, que pueden o no ejercer, desistir después de ejercido, e inclusive renunciar, por común acuerdo, antes o después de comenzado el proceso³⁶.

Al igual que el Código de Procedimiento Civil, el control adoptado por la Ley de Arbitraje Comercial, es unívoco, en el sentido de que no distingue entre la impugnación del laudo de derecho y el laudo de equidad. A ambos tipos de laudo se

conciación, es también el arbitraje. Principalmente los países que han ratificado con Venezuela estos convenios bilaterales son: el Reino de los Países Bajos, Barbados, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ecuador, Argentina, Chile, Perú, Brasil, España, Paraguay, Canadá, Costa Rica, Portugal, Suiza y Alemania. Desde el año 1985, Venezuela es parte de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencia y Laudos Arbitrales y desde 1911 de la Convención Bolivariana para la Ejecución de Actos Extranjeros.

34 Puede afirmarse que en este aspecto, la legislación venezolana es más avanzada que otras legislaciones (latinoamericanas y que la propia legislación española), que además del recurso de nulidad, todavía conservan el llamado recurso de revisión. Así lo reconoce la propia doctrina española al establecer: "El tipo único de recurso al que se tiende es el recurso de nulidad, de características comunes en muchos ordenamientos" Cfr. GOÑI, JOSÉ LUIS: "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Rev. de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, p. 104 y ss. CHILLON MEDINA y MERINO MERCHANT, *ob. cit.*, p. 997. Para un estudio sobre la improcedencia en Venezuela de recursos contra el laudo distintos al de nulidad véase MEZGRAVIS, ANDRÉS; "Los recursos contra el laudo arbitral comercial", en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", Serie Eventos 13, Caracas, 1999.

35 "En Latinoamérica, los procesalistas brasileños sostienen que es un principio constitucional" Cfr. VESCOVI, *ob. cit.*, tomo II, p. 209.

36 Cfr. BORJAS, *ob. cit.*, nota 4, p. 27.
gentina: CAIVANO, *ob. cit.*, 252. PALACIO, *ob. cit.*, tomo V, p. 31.

les aplica el mismo régimen, es decir, una vez que han quedado definitivamente firmes solamente pueden ser impugnados mediante el recurso de nulidad³⁷.

3. Inadmisibilidad del recurso de invalidación

En cuanto a la posibilidad de intentar el recurso de invalidación contra el laudo arbitral, la propia doctrina patria mayoritaria se manifiesta categóricamente en contra. Tan sólo FEO, y sólo en cuanto a los laudos de derecho, considera posible intentar el recurso de invalidación contra el laudo arbitral³⁸.

III. EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

En ocasiones, nos hemos visto favorecidos con las bondades del amparo, pero muchas otras veces y cada vez con mayor frecuencia, hemos sufrido los nefastos efectos de su utilización abusiva. El arbitraje, y sobre todo el arbitraje interno, requiere del apoyo del Poder Judicial para poder consolidarse. No obstante, si al amparo frente al arbitraje, débil todavía en el escenario venezolano, se le concede como un medio ordinario de impugnación, entonces no es difícil imaginar que el reciente intento legislativo por fortalecer este mecanismo alternativo de solución de controversias puede convertirse en letra muerta en perjuicio especialmente de los arbitrajes internos.

Ahora bien, al margen de los abusos que en Venezuela se han cometido con el amparo, son varios los puntos que debemos analizar previamente para poder fijar una posición respecto a la admisibilidad o procedencia del amparo contra el arbitraje.

En primer lugar, se plantea la siguiente interrogante: ¿por tener el laudo fuerza de sentencia correspondería estudiar los requisitos relativos al amparo contra sentencias judiciales contemplados en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo, o si por emanar la decisión de un árbitro, quien en definitiva no es más que un particular, la disposición a considerar es la contenida en el artículo 2 eiusdem?³⁹

En segundo lugar, habría que determinar si frente al arbitraje se cumplen los presupuestos exigidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, es decir, el carácter excepcional o como ahora lo denomina la jurisprudencia, "residual" del amparo. Por último, si frente al laudo arbitral opera alguna de las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo previstas artículo 6 de la referida ley.

37 Para un estudio más amplio sobre la improcedencia en Venezuela del recurso de apelación y casación contra el laudo véase MEZGRAVIS, ANDRÉS; *Los recursos contra ...*, *ob. cit.* pp. 219 y ss.

38 FEO, *ob. cit.*, p. 21. En criterio de FEO, "la ley equipara el modo de obrar en los arbitramentos *juris* a un juicio ordinario, y es natural y lógico que los mismos remedios que para el uno, se den para el otro...". Para una reseña de la doctrina sobre este asunto véase MEZGRAVIS *idem* p. 221 y ss.

39 Actos originados por particulares que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esa ley.

2. El carácter excepcional o residual del amparo y el recurso de nulidad contra el laudo arbitral como medio idóneo

La generalidad de la doctrina coincide en que la acción de amparo es una vía para la tutela específica de las garantías constitucionales. También la generalidad de la doctrina es conteste en que esta vía requiere, entre otros requisitos, que no exista otro medio (ordinario o extraordinario) para resolver la situación, o cuando el empleo de ese medio no sea eficaz para impedir la producción inminente de lesiones o perjuicios irreparables. De allí que algunos hayan sostenido que la acción de amparo es *subsidiaria*⁴².

En la jurisprudencia venezolana, la interpretación de ese carácter *excepcional* de la acción de amparo ha pasado por varias etapas.⁴³ La absoluta, que niega el amparo en caso de existir alguna otra vía⁴⁴. La etapa relativa que admite el amparo si la otra vía existente no es eficaz o idónea⁴⁵. Culminando con otras dos en las que se sustituye el término "subsidiario" por el de "extraordinario"⁴⁶, y éste último por el de "excepcional o residual"⁴⁷. En nuestro concepto, estas dos últimas etapas más que marcar alguna diferencia sustancial con la etapa relativa, configuran simplemente cambios terminológicos (quizá más apropiados) que pretenden precisar el carácter "excepcional" de la acción de amparo y mostrar algún tipo de evolución⁴⁸.

42 Cfr. 478. GONZALEZ PÉREZ JESÚS: *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid 1980, pp. 279-280. VESCOVI, *ob cit.*, p. 478. SENES MONTILLA, CARMEN: *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid, 1.994.

43 Cfr. AYALA CORAO, CARLOS M.: "La acción de amparo constitucional en Venezuela", *Colectión de textos legislativos* N 5, Caracas, 1988, p. 175 y ss. LINARES BENZO, GUSTAVO: "El amparo y los demás medios procesales", *Rev. Dcho. Público* N 34, Abril-Junio 1988, p. 6 y ss.

44 Véase Acuerdo de la CSJ del 22-4-72; y sent de la CSJ del 20-10-83, citada en nota 11, *Rev de Derecho Público* N 16, p. 170.

45 Véase sent. CPCA, del 14-8-85 citada por AYALA CORAO, *ob cit.*, p. 177.

46 Véase sent. CPCA del 13-2-86 citada en la nota 90, *Rev de Derecho Público* N 25, pp. 111 y 112.

47 Véase sent CSJ del 22-4-93, y del 29-11-96 en PIERRE TAPIA, OSCAR: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, nov. 1996, p. 32 y ss. También sent de la CSJ del 4-2-98, y del 24-2-99 en PIERRE TAPIA, *ob cit.*, feb 1998, pp. 29 y ss, y más recientemente feb. 1999, pp. 24 y ss.

48 El profesor CARLOS AYALA, señala que son tres las "condiciones alternativas" que pueden determinar la procedencia *preferente* de la acción de amparo. Esto es, cuando las otras vías: 1) no son idóneas; 2) no sean suficientes, o 3) no sean oportunas. *Ob cit.*, p. 180. En realidad, pensamos que no se trata de una vía preferente, ya que si alguna otra fuera idónea, no procedería el amparo. La acción de amparo procede, no porque sea el mejor medio, sino porque precisamente no existe o no es idóneo algún otro. Por otra parte, pensamos que si se quiere hablar de supuestos de procedencia, son dos, y no tres los supuestos alternativos, puesto que el primero comprende a los dos restantes. Si la vía es idónea es porque es suficiente y oportuna. GUSTAVO LINARES BENZO al analizar la jurisprudencia concluye que de los cuatro supuestos que ésta postula debe desecharse la inexistencia de medios de operatividad inmediata, porque de ser ello así el amparo sustituiría todo el ordenamiento procesal. En segundo lugar LINARES BENZO propone reconducir las circunstancias excepcionales en

Gran importancia tiene determinar la naturaleza del acto contra el cual se intentaría el amparo, puesto que diversos serían los requisitos que deberían cumplirse en caso de que se trate de una *sentencia de un Tribunal* o de un *acto de particulares*. Establece el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo que:

"Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva."

Ya antes indicamos, que si bien el laudo tiene fuerza de una sentencia judicial, no es una verdadera sentencia judicial. No obstante a nuestro modo de ver, ello no es lo que excluye la aplicación de la precitada norma, puesto que la Ley Orgánica de Amparo se refiere simplemente a cualquier *resolución o sentencia*, y no específicamente a una *sentencia judicial*, sin contar que quienes se adhieren a la tesis jurisdiccional del arbitraje, jamás aceptarían que laudo no es una verdadera sentencia. Lo que en nuestro criterio hace inaplicable esta disposición legal en materia de arbitraje, es que se refiere a las resoluciones o sentencias dictadas por un *Tribunal de la República*. Los tribunales arbitrales por más funciones jurisdiccionales que tengan, no son Tribunales de la República, ni siquiera dictan el laudo en su nombre. Los Tribunales de la República son aquellos constituidos de conformidad con la Constitución y las leyes y forman parte del Poder Judicial. Este es el sentido técnico de las palabras utilizadas por el legislador, y no sería válido recurrir a una interpretación extensiva, puesto que para el momento de sancionarse la Ley Orgánica de Amparo, el arbitraje ya tenía en Venezuela más de un siglo de vigencia⁴⁰.

Por tanto, descartada la posibilidad de ejercer el amparo conforme al artículo 4 Ley Orgánica de Amparo por no ser el laudo arbitral una decisión judicial, es forzoso concluir que las actuaciones de los árbitros son *actos de particulares*⁴¹. Y con base a ello es que a continuación estudiaremos la admisibilidad del amparo contra el arbitraje.

40 Se consagra por primera vez en la Constitución de 1830. En todo caso, vemos muy cuesta arriba construir una tesis que solucione el problema de cuándo un tribunal arbitral es de la República, y cuándo es extranjero o internacional; sin contar la dificultad adicional de tener que determinar cuál es el "tribunal superior al que emitió el pronunciamiento". A pesar de que todas esas dificultades pudieran ser superadas, se llegaría a una absurda distinción: sólo contra los laudos domésticos cabría la acción de amparo.

41 La pretensión de amparo, ejercida simultáneamente contra una decisión judicial y contra actos de particulares, no puede tramitarse conjuntamente dada la incompatibilidad de procedimientos, además de la inexistencia de un Tribunal común para conocer ambas solicitudes. Cfr. Sent. De la SCC del 12-5-99 en PIERRE TAPIA, OSCAR; *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* N° 5, Mayo 1999.

No vamos a entrar aquí a analizar la discutida naturaleza del amparo y fijar posición en torno a si es un recurso, un derecho, una acción, un medio de impugnación o un medio cautelar. Pero quienes sostienen que el amparo es un recurso, lo cual ha sido negado por un sector calificado de la doctrina encabezado por el profesor FIX ZAMUDIO⁴⁹, entonces tendrían que coincidir con VESCOVI en que se trata de un recurso *extraordinario*⁵⁰. Y quienes lo califican de proceso o de medio, también tendrían que coincidir con VESCOVI en que se trata de un proceso o medio *especial*⁵¹.

Sin embargo, la realidad tribalística, al menos la venezolana, pareciera darle la razón al profesor BREWER-CARIAS, quien sostiene que la acción de amparo "era y es un medio *ordinario* de protección de los derechos fundamentales"⁵². Lo lamentable, es que la razón la tiene el profesor BREWER-CARIAS, no porque su tesis nos parezca desde el punto de vista procesal, superior a la del insigne maestro uruguayo, sino por el número tan alarmante de amparos que cada día son admitidos en nuestros tribunales, al punto de que pareciera haberse convertido en el recurso más ordinario de todos.

Afortunadamente, nuestro más Alto Tribunal ha advertido esa delicada situación, que como una vez pronosticara la Dra. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, "puede hacer estallar todo el sistema procesal"⁵³. En sentencia de fecha 22 de abril de 1993, ratificada el 29 de noviembre de 1996, la Sala de Casación Civil reprodujo los ilustrativos razonamientos de LINARES BENZO:

"En efecto, muy atinadamente opina el autor venezolano antes citado 'que el resto del ordenamiento procesal (excluido el amparo), es también, de rango constitucional. Ni la más progresiva de las exégesis es capaz de afirmar que la Constitución creó un orden procesal cuyo único elemento es el proceso de amparo. Basta leer su artículo 68...

tres criterios: 1) Ausencia de vías; 2) Ausencia de medios de protección que sean capaces de evitar daños irreparables al derecho constitucional en juego y 3) Circunstancias excepcionales del asunto que hagan necesario el restablecimiento inmediato de la situación infringida. LINARES BENZO, GUSTAVO: "El amparo y los demás medios procesales", *Rev. Derecho Público* N 34, Abril-Junio 1988, p. 18, y más recientemente en su tesis doctoral *El proceso de amparo*, UCV, Ces, 1999, pp. 292-293. Pensamos que el primero y el tercero de los criterios están implícitos en el segundo y simplemente ayudan a determinar su alcance. En efecto, el primero no sólo está contenido expresamente en el segundo, sino que además por sí sólo configura la denominada primera etapa absolutamente superada por la jurisprudencia. El tercero de los criterios si bien aisladamente considerado es acertado, no tiene concordancia con el segundo, puesto que si están dados los extremos de éste último, es decir, no existe un medio (mediato o inmediato) capaz de evitar el daño irreparable, entonces es porque es necesario el restablecimiento de la situación mediante el amparo. Lo determinante no es el carácter inmediato o mediato del medio, sino su idoneidad. Si hubiere un medio inmediato pero ineficaz, sería igualmente viable el amparo, y si existe un medio que no es inmediato sino mediato, pero es idóneo, entonces sería innecesario el amparo.

49 Cfr. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: *El juicio de amparo*, México, 1964.

50 Cfr. VESCOVI, *ob cit.*, p. 470.

51 Idem, p. 471. En este mismo sentido LINARES BENZO, *ob cit.*, p. 25.

52 BREWER-CARIAS, ALLAN: "Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales", *Colección de textos legislativos* N 5, Caracas, 1988, p. 61.

53 RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD: *Amparo Constitucional*, Caracas 1988, contraportada.

Encontramos aquí toda jurisdicción ordinaria, desarrollada por la Ley: civil, mercantil, penal, del trabajo, etc. ... En otras palabras, la Constitución funda un sistema procesal complejo y reparte pretensiones determinadas a cada una de sus jurisdicciones. Al determinar las relaciones entre esas jurisdicciones previstas en la Constitución, debe respetarse esta pluralidad y este reparto de pretensiones... *Este razonamiento desvirtúa cualquier tesis que haga del amparo un medio procesal sustitutivo. Como se vio, ese proceso no es el único establecido en la Constitución y expandir su alcance hasta la eliminación de los demás sería no sólo inconveniente sino inconstitucional*: (LINARES BENZO, GUSTAVO JOSÉ, *ob. Cit.* P. 11). Pág. 35.

"Es decir, la residualidad como requisito o condición de admisibilidad de la acción de amparo constitucional contra providencias judiciales contempladas por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, requisito de admisibilidad el cual, como se ha visto, ha sido consagrado por la jurisprudencia diuturna y pacífica emanada de este Supremo Tribunal, exhibe una manifiesta progenie constitucional, circunstancia ésta que justifica plenamente que el mismo sea examinado con carácter prioritario respecto a los restantes requisitos o condiciones de admisibilidad que revistan carácter *infra* constitucional, esto es, de naturaleza simplemente legal"⁵⁴.

Ahora bien, no nos queda la menor duda de que el recurso de nulidad previsto especialmente en la Ley de Arbitraje Comercial, constituye un medio idóneo para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Las causales de nulidad, a pesar de ser taxativas, son lo suficientemente amplias para que en ellas se pueda subsumir cualquier eventual violación de derechos o garantías fundamentales. En efecto, ante todo debe recordarse que para que pueda haber arbitraje, la materia de la controversia debe ser susceptible de éste. El laudo que recaiga sobre cualquier materia que sea contraria al orden público o que no sea susceptible de transacción, puede ser impugnado a través del recurso de nulidad (literal "f" del art. 4). Asimismo, el principio de la tutela jurisdiccional efectiva está consagrado de la manera más amplia (literal "b" y "c" del art. 44). Finalmente, si se diera el extraño caso en que siendo la materia susceptible de arbitraje y habiéndose cumplido las garantías del debido proceso, el árbitro se excediera al pronunciar el laudo violando derechos o garantías fundamentales, imponiendo, por ejemplo, una pena privativa de la libertad, entonces igualmente sería procedente el recurso de nulidad por referirse el laudo a un punto no previsto en el acuerdo de arbitraje o que excede de éste (literal "d" del art. 44).

No logramos imaginar algún supuesto, que dentro del campo del arbitraje, pueda violar un derecho o garantía fundamental y no pueda subsumirse en el aludido recurso de nulidad. En este sentido, es interesante señalar que en España, poco después de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje de 1.988, el profesor ALBALADEJO publicó un artículo titulado "*La omisión tentativa de hacer irrecusable el laudo de Derecho que infringe las normas debidas a aplicar*". En este trabajo, propone el profesor ALBALADEJO recurrir en amparo al Tribunal Constitucional, ante la imposibilidad de subsumir en las causales taxativas de nulidad la

actuación privada, sin más control judicial de esa decisión que el de su posible anulación: pero sólo por ciertas causas; y donde después sólo cabe el recurso de revisión⁶⁰. Fuera de eso no hay ningún otro recurso o intervención jurisdiccional⁶¹.

Para finalizar, agrega MULLERAT que "la acción de anulación es imprescindible por exigencia de los aludidos principios constitucionales. Pero únicamente eso. La inexistencia de toda otra intervención judicial y todo recurso contra el laudo se basa, no tanto en que la decisión arbitral proceda de un órgano especializado, en instancia última, (como ocurre en algunos casos en el orden jurisdiccional), sino en que las partes asumen anticipadamente su decisión sabiéndola irrecurable en tales términos (son las reglas del juego), y conscientes de ello han expresado en el convenio arbitral 'la obligación de cumplir tal decisión (arbitral)' (art. 5.1 L.A.). Al optar por ese camino arriesgado, han mostrado preferirlo incluso a una mayor seguridad de justicia y a la protección de otras instancias judiciales"⁶².

Por nuestra parte, compartimos plenamente los comentarios de MULLERAT, salvo el relativo a que la acción de anulación (recurso de nulidad) debe estar necesariamente prevista en la ley por razones constitucionales. En nuestra opinión, sólo en el arbitraje obligatorio, es decir, en el impuesto por la ley, debería consagrarse algún tipo de control, porque no puede suponerse que las partes al acudir forzosa-mente y sin alternativa alguna al arbitraje, han renunciado voluntariamente a la tutela judicial efectiva. Distinta es la situación si el arbitraje es voluntario o convencional, y la ley que lo regula expresamente establece, como lo hace la ley belga, que contra la decisión de los árbitros no cabe recurso alguno. En ese caso, al no ser el arbitraje obligatorio sino convencional, debe entenderse que las partes libremente han renunciado a todo tipo de control judicial, al someterse voluntariamente y sin que nadie las obligara al arbitraje regulado en esa ley, con preferencia a cualquier otro tipo de procedimiento que si prevea esa posibilidad, incluso los seguidos por los tribunales judiciales que si contienen diversos controles o recursos.

Por otra parte, y volviendo a la idoneidad del recurso de nulidad, es cierto que la simple interposición de este recurso no suspende la ejecución del laudo arbitral, y ello podría significar la ineficacia de ese medio. Pero no es menos cierto que, al igual que el recurso de invalidación⁶³, la Ley de Arbitraje Comercial establece la posibilidad de que el recurrente constituya una caución a los fines de suspenderla. En efecto, establece textualmente el único aparte del artículo 43:

"La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado"

60 Como antes indicamos entre nosotros no cabe el recurso de revisión (invalidación) contra el laudo.

61 MULLERAT, ob cit., p. 159-160.

62 Idem, p. 160.

63 Arts. 327 y ss., del CPC.

impugnación del laudo que sea contrario a la ley que ha debido aplicarse al asunto sometido a arbitraje⁵⁵.

MUÑOZ SABATÉ, a través de un artículo titulado "Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de derecho"⁵⁶, rebate la tesis de ALBALADEJO, y al poco tiempo, no sólo la doctrina mayoritaria, sino también la jurisprudencia española en forma reiterada pasan a sostener que el contenido del laudo no es revisable judicialmente, y por tanto, tampoco en sede constitucional; que ni el juicio de equidad ni el de derecho, exclusivos de los árbitros, pueden transferirse a los órganos judiciales; que la revisión que opera mediante el recurso de nulidad es un juicio externo que se limita al examen de las formas del juicio y de las mínimas garantías formales que la propia Ley exige, y por tanto, no puede entrar a conocer el fondo del asunto o la ratio decidendi⁵⁷. Específicamente, el Auto del Tribunal Constitucional (Sala I) de fecha 20-06-1993, sostuvo que "no es viable el amparo respecto del laudo arbitral".

Las observaciones de RAMÓN MULLERAT, nos ayudan a comprender esta posición cuando señala que en materia de arbitraje, la ley se desinteresa en cierta manera por la justicia o adecuación a derecho de la decisión de los árbitros y de la 'ratio decidendi'. "No se sorprenda nadie: tampoco le interesan los resultados de una transacción (con pocas excepciones, y parecidas a las del arbitraje) o las renuncias de ciertos derechos privados (con excepciones también conocidas). El legislador deja a las partes en libertad en la resolución de sus conflictos de intereses, privados y en la determinación de los medios: uno de ellos es el arbitraje, de las que ya en el convenio arbitral deban expresar aquéllas 'la obligación de cumplir tal decisión arbitral'⁵⁸.

El operar así, sostiene este autor, no es contrario a la Constitución española, porque el que una ley permita a los ciudadanos arreglar sus intereses privados confiándolos a la decisión de un tercero, renunciando al propio tiempo a un control judicial de la 'ratio decidendi' y de su adecuación a derecho, no infringe en su criterio el artículo 1.1 de la Constitución (la justicia como valor superior institucionalmente confiada a los tribunales), ni el artículo 9.3 (principios de legalidad y de jerarquía normativa), ni el 10.1 (respeto a la Ley), ni el 24.1 (derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales). Máxime cuando, a través de la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje, se puede controlar la validez de la decisión arbitral⁵⁹.

Apunta MULLERAT, que los interesados saben 'ab initio' que someter sus controversias a arbitraje "supone fiarlo todo a la decisión de unas personas privadas en

55 ALBALADEJO GARCÍA: "La ominosa tentativa de hacer irrecurable el laudo de Derecho que infringe las normas debidas a aplicar", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1990, p. 171 y ss.

56 Publicado en "La Ley", núm. 2601, 23 de octubre de 1990.

57 Para una reseña de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, además de CORDON MORENO, ob cit., p. 34 y ss., más ampliamente en MULLERAT, ob cit., especialmente en p.161 y ss.

58 MULLERAT, ob cit., p. 159.

59 *Ibidem*.

Entonces, al prever la ley un medio especial para la impugnación del laudo, como es el caso del recurso de nulidad, y al ser este medio idóneo, dado que, preterito junto con la caución suspendería inmediatamente la ejecución del laudo, no resultaría admisible la acción de amparo.

Las disposiciones legales de este tipo no encuentran objeciones en el Derecho comparado⁶⁴ ni son extrañas a nuestro Derecho. Por el contrario, configura la regla de la generalidad de los países en que los recursos extraordinarios no suspenden la ejecución de las sentencias ejecutorias. Sería arbitrario que con una acción de amparo se derogara la voluntad de una ley que se ajusta perfectamente a las exigencias constitucionales. Además, frecuentemente se olvida que, si bien por un lado está el derecho del recurrente de impugnar el laudo, por otro, con la misma o mayor intensidad, y dentro del mismo campo constitucional de la tutela judicial efectiva, está el derecho a la ejecución⁶⁵. Ese derecho a la ejecución que tiene la parte que hubiere resultado favorecida por el laudo, cobra mayor nitidez cuando nos encontramos en el campo, no de los recursos ordinarios, sino en el de los recursos extraordinarios de nulidad⁶⁶.

Para finalizar, es oportuno transcribir lo señalado por la doctrina argentina y reiterado por nuestra jurisprudencia en sentencias del 31 de julio de 1996 y del 29 de noviembre de 1996:

"Ahora bien, la doctrina especializada en la materia -en absoluta consonancia con la acertada postura que concibe que la exigencia de la residualidad de la acción autónoma de amparo constitucional en sus distintas variantes, constituye un requisito de admisibilidad de rango directamente constitucional cuya constatación por el órgano jurisdiccional, en consecuencia, debe cumplirse con carácter prioritario- con relación a: 1) la necesidad de que se establezca en forma de plena prueba el requisito de la residualidad del amparo constitucional autónomo; 2) la determinación del específico sujeto procesal pasible de la carga de alegar y probar en forma plena dicho presupuesto de admisibilidad; y 3) la sanción que para ese sujeto procesal comporta el incumplimiento de admisibilidad; carga procesal, con indiscutible asidero jurídico, ha expuesto:

"Como se trata de un presupuesto de admisibilidad del amparo, al actor le toca alegar y probar que no existen otras vías idóneas para tutelar su derecho. De no invocarse y demostrarse tal extremo, el amparo resulta inadmisibile. El silencio del promotor del amparo va, por ende, en su perjuicio, al incumplir aquella carga procesal... esa prueba tiene que ser concluyente, más allá de toda duda... la mera alegación de que existen trámites idóneos para justificar el amparo, no es suficiente... pensamos que por no haberse causado a alguien un perjuicio muy importante, cabe inferir que no hay otras vías útiles (salvo el amparo) para protegerlo. Lo primero alude a un presupuesto de amparo: la existencia de lesión. Lo segundo a otro distinto (ausencia de vías administrativas o judiciales previas o paralelas al amparo, útiles para reparar el dolo causado). Dicho de otro modo, es perfectamente posible que un agravio cuantioso sea perfectamente atacable por otra ruta procesal distinta a la acción de amparo; y que siendo ésta de índole residual, le toca al interesado demostrar lo contrario. Coincidentemente, la jurisprudencia

64 Cfr. VESCOVI, *ob. cit.*, p. 223-224.

65 ESPARZA LEBAR, INAQUI: *El principio del proceso debido*, Barcelona 1995, p. 226-228.

Asimismo, SENES MONTILLA, *ob. cit.*, p. 132.
66 VESCOVI, *ob. cit.* p. 224.

Revista de Derecho Administrativo N° 6

ha puntualizado que para obviar el tránsito de las vías legales y previstas no basta invocar meras conjeturas sobre su posible fracaso, o argüir razones de urgencia, comodidad o economía, ya que lo que debe demostrarse es "un verdadero vacío o falencia procesal, hasta el punto de que el particular quedaría privado de justicia sino se reconociera la vía rápida del amparo, todo ello expresado no en abstracto sino con relación a las circunstancias concretas de autos". (SAGUES, NESTOR PEDRO. *Derecho Procesal Constitucional-Acción de Amparo*, 3a. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 180, 181 y 182). (El subrayado es de la Sala). Págs. 37-38. N° 11. Año XXIII, noviembre 1996.67

Por todo lo antes expuesto, resulta claro para nosotros que el recurso de nulidad previsto en la Ley de Arbitraje Comercial, constituye un medio idóneo capaz de restablecer la situación jurídica infringida en caso de que en el arbitraje se incurra en violaciones de derechos o garantías fundamentales, lo cual hace inadmisibile la figura del amparo.

3. Causales adicionales de inadmisibilidad del amparo

A. Consentimiento tácito

El consentimiento tácito de la violación de algún derecho o garantía fundamental en el arbitraje puede inferirse de dos actos distintos. El primero de ellos tiene lugar antes de iniciado el proceso arbitral, al suscribir el acuerdo de arbitraje. El segundo, luego de finalizado el arbitraje.

Comenzaremos por el segundo acto que es el más sencillo. En este sentido, cabe observar que dictado el laudo arbitral la parte vencida puede cumplirlo voluntariamente. Pues bien, si la parte cumple voluntariamente el laudo arbitral no cabría la menor duda de que se habría configurado el consentimiento tácito de la violación constitucional. El artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo establece en su ordinal 4° que será inadmisibile la acción de amparo:

"Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres... El consentimiento tácito es aquél que entraña signos inequívocos de aceptación"

Si bien esta disposición ha sido objeto de severas críticas, especialmente en lo referente a la redacción de lo que debe entenderse por consentimiento expreso, lo relativo al consentimiento tácito no arroja mayores dudas. La doctrina admite que pueden existir violaciones a derechos constitucionales que no afectan al orden público, y pueden ser por tanto consentidas⁶⁸. Sobre el particular apunta el profesor

67 Sent del 29-11-96 en PIERRE TAPA, OSCAR: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Nov 1996, p. 35.

68 LINARES BENZO, GUSTAVO: *El proceso de amparo en Venezuela*. Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 97. También la Corte en Pleno, ha tenido oportunidad de señalar que dicha disposición legal no colide con el artículo 68 de la Constitución Nacional, y que sólo las violaciones de tal gravedad que constituyan un hecho lesivo de la conciencia jurídica no podrían ser renunciadas: privación de libertad, sometimiento a tortura, vejaciones, lesiones a la dignidad humana y otros casos extremos. CARLOS AYALA, con algunas dudas, sugiere la

LINARES BENZO: "Piénsese en la enorme variedad de agravios que pueden darse a la libertad económica en sectores esencialmente disponibles para la libertad privada, y que pueden ser por tanto consentidas"⁶⁹

La Sala de Casación Civil en sentencia del 24 de febrero de 1999 estableció: "...el Juez Constitucional, cuando interpreta la norma o más bien el ordenamiento constitucional y esos conceptos y esas fórmulas, debe tener en cuenta el carácter particular del derecho constitucional. Lo anterior, por cuanto la norma transcrita supra establece un lapso de caducidad de seis (6) meses luego de ocurrir la supuesta violación de derechos o garantías constitucionales para que el agraviado pudiera ejercer tempestivamente su acción pero estableciendo, asimismo, una excepción a la procedencia de la caducidad, ello es, que se trate de violaciones que infrinjan el orden público y las buenas costumbres"⁷⁰ (Cursivas nuestras).

También la Corte en Pleno, ha tenido oportunidad de señalar que dicha disposición legal no colide con el artículo 68 de la Constitución Nacional, y que sólo las violaciones de tal gravedad que constituyan un hecho lesivo de la conciencia jurisdiccional, lesiones a la dignidad humana y otros casos extremos.

Por su parte, el profesor CARLOS AYALA, sugiere, con algunas dudas, la tesis sobre los *derechos disponibles* y los *indisponibles*, siendo éstos últimos, los únicos que violan el orden público y las buenas costumbres⁷¹.

En nuestro criterio, la clave está en determinar la disponibilidad o no de la materia. El derecho de propiedad, por ejemplo, tiene rango constitucional, pero ello no implica que no se pueda renunciar a la propiedad de un determinado bien. Asimismo, ocurre con el derecho de defensa. El hecho de que se renuncie anticipadamente a un recurso o a una acción respecto una controversia determinada y que verse sobre *materia disponible*, no supone la renuncia al derecho de defensa sobre la totalidad de las controversias o respecto a la generalidad de los derechos, bienes e intereses. Esto último si atentaría contra el orden público y por ello resultaría indisponible.

Sobre lo *derechos disponibles* nos enseña CALAMANDREI, que es necesario advertir que "el Estado, frente a la concreta inobservancia de una norma jurídica, no reacciona siempre de una manera igualmente inmediata: mientras, frente a la violación de ciertas normas, el Estado interviene inmediatamente, por iniciativa oficial de los propios órganos ('de oficio', como se dice) para poner en obra la coacción y para restablecer el derecho violado, frente a la violación de ciertas otras normas, el Estado permanece inerte e indiferente, en tanto, la petición de poner en práctica la coacción no le sea dirigida por el particular que se siente lesionado en su interés individual por la inobservancia de la norma jurídica. La reacción del Estado contra la sinrazón no tiene, pues, en todos los casos la misma rapidez y la misma energía: en unos, el Estado provee a hacer observar el derecho indepen-

tesis sobre los derechos disponibles y los indisponibles, siendo éstos últimos, los únicos que violan el orden público y las buenas costumbres. Ob cit p. 142.

69 LINARES BENZO; *El proceso de amparo*, UCV, Caracas 1999, p. 317.

70 PIERRE TAPIA, ob cit., N° 2, febrero 1999, pp. 41-42.

71 Ob cit p. 142.

dientemente de toda consideración de interés individual; en otros, el Estado provee a ello sólo en cuanto el interés individual lo reclame para tutela propia". "Elemento característico e inconfundible del derecho subjetivo en sentido propio es, por el contrario, esta preeminencia de la *libre voluntad* del individuo, a disposición del cual se halla establecida la norma jurídica que directamente tutela su interés individual; de suerte que el individuo, al que la ley deja como árbitro de exigir la satisfacción del propio interés o de dejarlo insatisfecho, es libre de invocar o de no invocar en favor propio la protección jurídica que el Estado está dispuesto a darle, si él la reclama. Aquí el Estado, después de haber establecido la norma jurídica dictada directamente para tutela de un determinado tipo de intereses individuales, siente como público el interés en la observancia de esta norma sólo en el momento y a condición de que tal observancia sea reclamada por el individuo titular del interés tutelado; si hay en el Código Civil una norma que establece que el comprador tiene la obligación de pagar el precio, el Estado no interviene para hacer observar esta norma, sino en cuanto ello sea reclamado por el vendedor, para tutela del cual se ha dictado tal norma; a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en cuanto a la norma que castiga el hurto, la observancia de la cual, aun cuando sirva mediatamente para reformar la defensa del derecho individual de propiedad, se promueve por el estado sin esperar que el interés individual del robado tome la iniciativa". "En este sentido, el derecho subjetivo es señorio del querer: se forma en torno al individuo una esfera de autonomía, y se podría decir que de soberanía individual, dentro de la cual el poder de disponer de los propios intereses y de exigir la satisfacción de los propios derechos, está reconocido por la ley solamente a él, de un modo exclusivo: dentro de estos límites, la ley quiere lo que el individuo quiere, y el estado no tiene razón para reaccionar contra la inobservancia de las normas jurídicas, sino en cuanto el individuo haya reclamado su observancia en tutela del propio interés. A este poder soberano de disposición que el individuo tiene sobre la propia 'esfera jurídica', que es, además, la esfera de la libertad individual dentro de la cual el individuo puede, para tutela de los propios intereses, querer o no querer sin que otro pueda intervenir para imponerle un diverso comportamiento, hace alusión el nuevo Código cuando habla de 'derechos disponibles'⁷².

Un análisis más detenido amerita el consentimiento tácito que se desprende del propio acuerdo de arbitraje. Recordemos que el amparo, "desde el punto de vista jurídico y procesal, es una *pretensión más*"⁷³. Partiendo de esta premisa, y siguiendo la línea de pensamiento de la corriente más avanzada, no resulta descabellado sostener que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, el acuerdo de arbitraje en sí implica que las partes "*renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*", salvo obviamente, que esas pretensiones estuvieren contenidas en el correspondiente recurso de nulidad que se ajustare a los términos y condiciones exigidos en esa misma ley. Dicho de otra manera

72 Cfr. CALAMANDREI PIERO: *Instituciones de Derecho Procesal*, EJE, 1962, vol. I, pp. 129, 132 y 133.

73 BREWER-CARIAS, ob cit, p. 53.

y salvo pacto en contrario, las partes al someterse al arbitraje, renuncian a cualquier pretensión, vía, medio, acción o recurso judicial, excepto únicamente al recurso de nulidad. Las partes, como diría MULLERAT, *asumen anticipadamente la decisión de los árbitros*⁷⁴ y *consienten cualquier vicio distinto a los señalados en el recurso de nulidad*⁷⁵.

Debe comprenderse que esa renuncia no la hace individualmente una de las partes, sino todas las que suscriben el acuerdo de arbitraje. También debe comprenderse, que la renuncia no la hacen las partes para disminuir simplemente sus derechos o facultades procesales; la hacen porque están convencidas, sobre todo en el campo comercial o económico, de que comparativamente adquieren un beneficio mayor: la certeza de que cualquier controversia será resuelta rápidamente por las personas que ellas libremente determinen.

El riesgo de no saber cuánto tiempo puede requerir la resolución de la controversia en los Tribunales judiciales, que en cualquier caso seguramente será mayor que en el arbitraje; el riesgo de que la controversia sea resuelta por un juez que no tenga conocimientos especiales sobre el objeto de la controversia; el riesgo cada vez mayor en Venezuela de que el juez no tenga las condiciones morales y de imparcialidad, y finalmente la posibilidad de que el fallo último de la Corte Suprema de Justicia pueda incurrir en errores igualmente irreversibles, son tan sólo algunas de las razones que motivan a las partes a asumir libremente el arbitraje como un riesgo menor. Ello, lejos de constituir un menoscabo de los derechos y garantías fundamentales, es una de la más elevadas manifestaciones de la libertad privada y económica. Claro está, que quien no quiere asumir este último riesgo, entonces, según esa misma autonomía, no está obligado ni debería pactar un acuerdo arbitral.

El consentimiento tácito de la violación de cualquier derecho o garantía fundamental que en el ámbito del arbitraje recae necesariamente sobre materias privadas y disponibles, no infringe el orden público o las buenas costumbres, y está implícito inequívocamente en el acuerdo de arbitraje⁷⁶.

74 Lo cual se puede apreciar con mayor facilidad en el arbitraje de equidad. Debe evitarse toda confusión entre la renuncia a la pretensión y renuncia a la demanda. Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTHEA, Buenos Aires, 1944, vol I, pp. 198-199.

75 En esa dirección apuntan los ordenamientos más avanzados. La Corte Suprema de Justicia Argentina, pareciera haber seguido esa orientación cuando estableció que "es inatendible el agravo de que el laudo dictado en sede arbitral -libremente pactada- viola la garantía de la defensa en juicio al ser inapelable ante la justicia, puesto que dicho agravo deriva de la propia conducta discrecional del recurrente" (Fallos, 237-392, 289-158, 292-157, 302-1280).

76 La intervención de árbitros con facultades para resolver en forma irrevocable las cuestiones que se le someten, no vulnera la garantía de los arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional, si los interesados han consentido el procedimiento o aceptado con anterioridad la jurisdicción arbitral pactada (Fallos 256-61, JA, 1962-II-515), en virtud de que la convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los árbitros (Fallos, 187-458) CARVANO, *ob cit*, pp. 273 y 274.

En síntesis, tenemos que frente al arbitraje, que versa sobre derechos disponibles, no puede la autonomía de la voluntad libremente manifestada en un acuerdo quedar a la merced del eventual deseo individual de quien, habiendo sido desfavorecido por el laudo, invoque con ropajes constitucionales principios que paradójicamente atentarian contra la propia Constitución.

B. La amenaza es irrealizable por el imputado

La negativa de la parte vencida a cumplir voluntariamente el laudo arbitral hace necesario que la parte interesada en su cumplimiento tenga que acudir a los tribunales judiciales; pues, tal y como lo hemos indicado anteriormente, el tribunal arbitral no tiene potestad para ejecutar su propio laudo. De allí que resulte claro que a los árbitros les es imposible realizar la amenaza contra algún derecho o garantía constitucional. En otras palabras, sería el Tribunal judicial encargado de la ejecución del laudo el que podría cumplir la amenaza, pero nunca el tribunal arbitral. Por tal motivo, se configuraría otra causal de inadmisibilidad del amparo.

En efecto, establece textualmente el ordinal 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo, que no se admitirá la acción de amparo:

"Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado". (Subrayado nuestro).

La amenaza contenida en el laudo arbitral podría calificarse de posible, cierta, inminente, pero jamás podría ser realizada o ejecutada por el imputado, o sea, en esta hipótesis, por el tribunal arbitral. De manera que, en caso de que se intentara una acción de amparo contra el tribunal arbitral, pensamos que resultaría aplicable la causal de inadmisibilidad antes transcrita, además de las causales de inadmisibilidad explicadas anteriormente.

C. El decreto de ejecución del laudo arbitral dictado por un tribunal competente

Como antes señalamos, ante la negativa de la parte vencida de cumplir el laudo arbitral, la parte interesada en ejecutar el laudo debe -repetimos- acudir a tales fines al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitraje (art. 523 CPC), quien en definitiva, previa petición de la parte interesada, decreta la ejecución del laudo, fijando un lapso para el cumplimiento voluntario. Una vez que se hubiere agotado íntegramente el lapso para el cumplimiento voluntario del laudo, y el Tribunal competente hubiere ordenado librar el respectivo mandamiento de ejecución forzada, quedaría entonces materializada efectivamente la referida amenaza⁷⁷.

Nótese sin embargo, que la acción de amparo que correspondería en este caso sería la prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo (contra decisiones

judiciales), es decir, la acción de amparo no sería contra el laudo arbitral, sino contra el decreto de ejecución o contra el mandamiento de ejecución forzada.

Por tanto, cabe recordar que el amparo contra decisiones judiciales supone el cumplimiento de presupuestos adicionales. Entre éstos destaca que el tribunal haya incurrido en usurpación de autoridad o haya actuado "fuera de su competencia". Ello difícilmente puede ocurrir en el supuesto bajo análisis, ya que es la propia ley la que le impone al juez decretar la ejecución cuando la sentencia o el laudo hayan quedado definitivamente firmes (art 524 CPC)⁷⁸.

Adicionalmente, cabe destacar que numerosas acciones de amparo contra decretos judiciales de ejecución de sentencias han sido declaradas inadmisibles en virtud de que el solicitante del amparo cuenta con medios ordinarios para la defensa de sus derechos e intereses en caso de que el Juez del mérito se hubiere desviado de la Ley en la ejecución⁷⁹. Así en decisión dictada por la Sala de Casación Civil de fecha 6-05-1992, caso: *José Vivas Contreras*, se dispuso lo siguiente:

"Por su parte, esta Sala de Casación Civil ha establecido que es necesario agotar las vías procesales ordinarias y extraordinarias antes de intentar el recurso de amparo, y que el actor tiene la carga procesal de utilizar el procedimiento normal preestablecido por la Ley adecuado a su pretensión, carga que de incumplirse, produce la inadmisibilidad del amparo instaurado. En el caso de autos, se está tramitando la ejecución forzosa de una decisión, en la cual puede surgir alguna incidencia. Así el artículo 533 del Código de Procedimiento Civil, establece:

'Cualquier otra incidencia que surja durante la ejecución, se tramitará y resolverá mediante el procedimiento establecido en el artículo 607 de este Código'.

Indudablemente el quejoso disfruta de medios procesales ordinarios para la defensa de sus derechos e intereses, ya que en el supuesto de que el Juez de mérito se hubiere desviado de la Ley en la ejecución, existe un mecanismo adecuado contra la actuación del Juez, por lo que al existir tales medios, el presente recurso de amparo es inadmisibile como con acierto resolvió el Juez a quo⁸⁰.

Finalmente, cabe señalar que la justicia estatal puede y debe ser el mayor aliado del arbitraje, sobre todo en estos momentos en que éste último trata de consolidarse. El arbitraje descansa en la justicia estatal y requiere frecuentemente de su auxilio, pero también la ayuda a descongestionarse. El fracaso que nuevamente puede sufrir el arbitraje en nuestro país, ya no podrá ser atribuido a la ley, que con todas las severas críticas que se le pueden hacer, lo impulsa, junto con los Convenios internacionales recientemente ratificados, hasta colocarlo en la plataforma ideal, en la que puede lograr un desarrollo igual o mejor que el obtenido en otros países. ¿Estamos realmente interesados en que el arbitraje alcance ese desarrollo en Venezuela?

78 Se ha señalado que la expresión "actuando fuera de su competencia", no ha sido definida de manera unívoca: "abuso de poder" o "extralimitación de funciones", considerando un sector de la doctrina que debe entenderse como error grave en la interpretación del derecho debatido. Cfr. CHAVEIRO GAZDNIK, RAFAEL: *La acción de amparo contra decisiones judiciales*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 120.

79 *Idem*, p. 127.

80 *Ibidem*.

EL DERECHO COMÚN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

(Estudio del derecho venezolano y aspectos comparativos con el derecho francés)

Oscar A. Rodríguez Pacanins

SUMARIO

INTRODUCCION

I. EL AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO COMUN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. *La responsabilidad de funcionarios públicos y su relación con la responsabilidad de la Administración*
2. *Los titulares de la responsabilidad de la administración pública*

II. LOS REGIMENES DEL DERECHO COMUN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. *Las responsabilidades de la Administración Pública por hecho de sus funcionarios*
2. *La responsabilidad de la Administración Pública por las cosas que tiene bajo su guarda*

CONCLUSION

INTRODUCCION

La corriente doctrinaria¹ que, partiendo del derecho administrativo francés, ha insistido en desconocer la autonomía, coherencia y singularidad del régimen jurídico aplicado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa venezolana a los problemas de responsabilidad objeto de su competencia, ha comenzado a confundir el pensamiento de los jueces y a influenciar negativamente la jurisprudencia².

1 Vid. principalmente: H. IRIBARREN: *La responsabilidad administrativa extracontractual*, RFDUCAB, No. 44, 1992, pág. 133; *El contencioso de los contratos administrativos*, en "Regimen Jurídico de los contratos administrativos", Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991; "Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?", RFPGR, No. 1, 1986, pág. 113; LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995; *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, págs. 11 a 48; *Hacia la consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela (Breves comentarios a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998: otro avance en el régimen de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular)*, RDA, No. 5, 1999, pág. 305.; RICARDO ANTELA GARRIDO: "Motivación para el desarrollo de un sistema original y autónomo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", RDA, No. 1, 1997, pág. 13; MARIA DEL CARMEN BOUFFARD ZAMBRANO: "La responsabilidad administrativa en materia de accidentes en las vías públicas", RDA, No. 4, 1998, pág. 333.

2 El Magistrado E. FARIAS MATA, en su voto salvado a la sentencia *Silvia Rosa Riera c/ INAPI* (CSJ - SPA 4 de marzo de 1993, PTCSJ, 1993, pág. 309), proponía proclamar un princ-