

**Comentarios sobre la Sentencia No. 362 dictada por la Sala Político
Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 21 de marzo de
2018 (caso Construcciones Espacio XXI)**

Carmine A. Pascuzzo S.

Sumario

- I. Introducción
- II. Los hechos
- III. Sentencia de primera instancia
- IV. Sentencia de la SPA
- V. Análisis de la sentencia de la SPA
- VI. Un síntoma de un problema mayor
- VII. Conclusión

I. Introducción.

Esta breve reseña jurisprudencial analiza la sentencia No. 362, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “SPA”), en fecha 21 de marzo de 2018 (caso *Construcciones Espacio XXI*).

La sentencia bajo análisis pone una vez más sobre el tapete, la discusión sobre los efectos negativos del principio *competence-competence* y sobre la idoneidad de los mecanismos procesales disponibles para asegurar su correcta aplicación.

II. Los hechos

La disputa surgió de un precontrato de venta o “*convención preparatoria de venta*” celebrada entre *Los Demandantes* y *La Demandada*, el referido contrato contenía una cláusula de arbitraje que refería cualquier disputa a ser resuelta mediante arbitraje de derecho bajo las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Carcas.

Los Demandantes ejercieron acción de cumplimiento de contrato, como consecuencia del retardo en la entrega de los inmuebles objeto del precontrato.

III. Sentencia de primera instancia

La causa fue objeto de una primera decisión dictada por Tribunal Primero de Primera Instancia del Circuito Judicial Civil, Mercantil y de Tránsito de la

Circunscripción Judicial del Estado Barinas, en fecha 18 de diciembre de 2015, mediante la cual el referido Tribunal declaró, *de oficio*, la falta de jurisdicción.¹

En su decisión, el Tribunal de Instancia aplicó correctamente el criterio vinculante fijado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia No. 1067 de fecha 03 de noviembre de 2010 (caso *Astivenca*), así como los preceptos dispuestos en los artículos 5, 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial en los cuales se prevé el principio *competence-competence*.

La referida sentencia fue objeto del recurso de regulación de jurisdicción y a la consulta obligatoria prevista en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

IV. Sentencia de la SPA

En su sentencia, la SPA declaró procedente la regulación de jurisdicción y revocó la sentencia de instancia, argumentando la imposibilidad de declarar la falta de jurisdicción del poder judicial *de oficio*.

V. Análisis de la sentencia de la SPA

El fallo bajo análisis parece ser una reminiscencia de la sentencia No. 40 del 20 de enero de 2010 (caso *Trevi Cimentaciones*), en la cual la SPA declaró que en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, no está permitido al Juez de instancia la declaratoria *sua sponte* de la falta de jurisdicción frente al Tribunal Arbitral, pues no se trata de un supuesto subsumible en el referido artículo (*i.e.* falta de jurisdicción respecto de la Administración Pública o frente al Juez Extranjero).

Este criterio pudiese considerarse conectado con el fijado por la SPA en sus sentencias No. 1209 del 19 de junio de 2001 (caso *Hoteles Doral*) y No. 5259 del 03 de agosto de 2005 (caso *Seforex*) en los cuales se estableció la existencia de una *conducta procesal o expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias* como un requisito para la procedencia de la “*excepción de arbitraje*”.

No obstante, esos criterios han sido superados. En primer lugar, la tantas veces mencionada sentencia del caso *Astivenca*, estableció que el comportamiento del Juez de instancia ante la presencia de una cláusula de

¹ Disponible en: <http://barinas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/DICIEMBRE/802-18-EP21-V-2015-000017-.HTML>

² Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185689-46-1316-2016-15-1181.HTML>

arbitraje debe limitarse a la verificación de su existencia, sin incurrir en mayor análisis sobre su validez y eficacia. Además, la referida sentó un criterio vinculante en cuanto al efecto de las conductas procesales de las partes con respecto a la cláusula de arbitraje.

En segundo lugar, el régimen jurídico aplicable a supuestos en los cuales se ve involucrada la existencia y/o validez de una cláusula de arbitraje no es exclusivamente el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (el cual vale acotar, fue parcialmente derogado por el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado), sino también la Ley de Arbitraje Comercial (*lex specialis*) y los criterios vinculantes dictados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sus sentencias No. 1541 de fecha 17 de octubre de 2008³ (caso *Hildegard Rondón de Sansó et al*) y No. 1067 de fecha 03 de noviembre de 2010⁴ (caso *Astivenca*).

En este sentido, conviene recordar que los artículos 5 y 7 de la Ley de Arbitraje Comercial establecen el principio *competence-competence*, tanto en su *efecto positivo* (poder del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia) como en su *efecto negativo* (deber de los tribunales ordinarios de no pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral)⁵, por ende, existe una norma jurídica que impide al Juez de instancia el ejercicio de su jurisdicción ante la existencia de una cláusula de arbitraje.

Esto implica, en las palabras de los autores ARAQUE, ACEDO, GUERRERO-ROCCA y PLANCHART, que: “[e]n virtud del principio de “favorabilidad”, si un tribunal ordinario recibe una controversia fundamentada en un contrato en el cual esté incluida una cláusula compromisoria o si una de las partes al momento de dar contestación a la demanda invoca y presenta el documento en el que conste por escrito el acuerdo de arbitraje, debe abstenerse de conocer o de seguir conociendo, sin perjuicio que, en el futuro, pueda replantearse la jurisdicción en un eventual procedimiento de nulidad del laudo arbitral”⁶.

Un buen ejemplo de lo anteriormente expuesto y de su aceptación en nuestro ordenamiento jurídico, es la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de

³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

⁴ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185689-46-1316-2016-15-1181.HTML>

⁵ ESCOVAR ALVARADO, Ramón. “La facultad de los Tribunales Arbitrales para determinar su propia jurisdicción (*Principio Kompetenz-Kompetenz*)”. Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Irene de Valera Coord. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, No. 18. Caracas. 2005. pp. 436-437.

⁶ ARAQUE, Luís Al fresco, ACEDO, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART, Pedro. “El Acuerdo de Arbitraje”. *El Arbitraje en Venezuela [Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial]*, Caracas, 2013.

Primera Instancia de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 27 de marzo de 2015 (expediente AP11-M-2015-129, caso *Corporación LSR*)⁷, en la cual se declaró *de oficio* la falta de jurisdicción, sentencia que resultaría posteriormente confirmada por la SPA mediante la decisión No. 730, de fecha 30 de junio de 2015⁸ (caso *Corporación LSR I*).

Este parece ser el criterio que mejor se adecúa no sólo a los principios del arbitraje comercial previstos en la norma especial que regula la materia, y, adicionalmente es el que mejor protección otorga a los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al juez natural, que amparan a las partes del acuerdo de arbitraje.

VI. *Un síntoma de un problema mayor*

En nuestra opinión, el caso que nos ocupa no hace más que poner en evidencia un problema mayor: la inexistencia de una norma procesal expresa, que regule los aspectos procesales del *efecto negativo* del principio *competence-competence*.

Efectivamente, coincidimos con GONZALEZ CARVAJAL,⁹ en cuanto a la existencia de una laguna *intra legem* o técnica, pues no existe un mecanismo procesal expresamente regulado en la Ley de Arbitraje Comercial. Esta laguna es precisamente la causa del debate entre autores patrios con respecto a la idoneidad de la cuestión previa prevista en el ordinal 1 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (falta de jurisdicción) como mecanismo para *instrumentar* el efecto negativo del principio *competence-competence*, algunos como MEZGRAVIS proponen la idoneidad de la prohibición de ley para admitir la acción propuesta como medio idóneo, mientras que otros como GONZALEZ CARVAJAL y SAGHY se inclinan por la falta de competencia como mejor opción.

En otros ordenamientos jurídicos, esta discusión no existe; principalmente pues las leyes en materia de arbitraje son tajantemente claras en cuanto a la “*disponibilidad*” del derecho a someter las disputas arbitraje. Claros ejemplos de

⁷ Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MARZO/2117-27-AP11-M-2015-000129-.HTML>.

⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178944-00730-30615-2015-2015-0529.HTML>. Esta sentencia fue posteriormente sometida al recurso de revisión constitucional, el cual fue declarado con lugar por razones distintas a la posibilidad de declarar la falta de jurisdicción de oficio.

⁹ GONZALEZ CARVAJAL, Jorge Isaac. “Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre el conflicto de “jurisdicción” cuando existe un acuerdo de sometimiento arbitral”. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No. 3. Caracas, 2014. Página 368. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2014/03/ciencias-juridicas3A-1.pdf>.

ello son las explicaciones que aportan sobre el particular FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN,¹⁰ así como LEW, MISTELIS y KRÖLL¹¹ y HEUMAN.¹²

Tal caso es aún más claro cuando se analiza el texto de la Ley Modelo UNCITRAL, la cual dispone con diáfana claridad en su artículo 8 (1)¹³ el estándar a seguir para la oposición y procedencia de la excepción de arbitraje, siendo cristalinamente claro en cuanto a imposibilidad del tribunal de instancia de declarar su falta de jurisdicción.¹⁴ Este fue un aspecto arduamente discutido durante la preparación del proyecto de la Ley Modelo UNCITRAL, tal y como lo indican los *travaux préparatoires* de dicho instrumento de armonización legislativa,¹⁵ los cuales indican que -a pesar de no hacerlo explícitamente- el artículo 8 (1) de la Ley Modelo restringe *implícitamente* la potestad de actuar de oficio.¹⁶

Dicho esto, conviene tomar en consideración el hecho que nuestro legislador haya optado por dejar la disposición del artículo 8 de la Ley Modelo UNCITRAL, fuera tanto del proyecto¹⁷ como del texto final de la Ley de Arbitraje Comercial. Este es un elemento que ha pasado desapercibido en los análisis tanto de la jurisprudencia como de la academia, y podría ser el mayor indicativo de la verdadera intención de nuestro legislador, quien a pesar de estar inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL, se abstuvo de establecer de manera expresa una

¹⁰ FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. “*Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International. La Haya, 1999, página 405.

¹¹ LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, y KRÖLL, Stefan. “*Comparative International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International. La Haya, 2003, pp. 339-340.

¹² HEUMAN, Lars. “*Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*”. Juris Publishing. Nueva York, 2003, pp. 158-164.

¹³ Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>.

¹⁴ Tal conclusión se desprende de la inclusión en el texto de la frase: “...si lo solicita cualquiera de ellas”. Véase también la página 44 de la nota explicativa de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 con las enmiendas adoptadas en 2006 (disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf) donde se explica con total claridad que: “La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede formular a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio”.

¹⁵ Al respecto, el *Analytical Commentary on the Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration* (A/CN.9/264) del Grupo de Trabajo No. II de la UNCITRAL, de fecha 25 de marzo de 1985, pp. 23-24. Disponible: <https://daccess-ods.un.org/TMP/9944880.60474396.html>.

¹⁶ Véase página 36 del UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>.

¹⁷ Al respecto véanse “*Proyecto de ley de arbitraje comercial. Nota de envío de la Comisión del Senado sobre el Proyecto y Exposición de Motivos*”; y BAUMEISTER TOLEDO, Alberto: “*Algunos comentarios sobre el Proyecto de la Ley de arbitraje comercial*”. Revista de la Facultad de Derecho. N° 52. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1998, pp. 407 y siguientes.

limitación en la actuación espontánea del tribunal de instancia *vis-a-vis* una cláusula de arbitraje.

Siendo esto así, debe considerarse que *-quizás-* nuestro legislador consideró pertinente dejar la puerta abierta a la iniciativa del juez de instancia y permitir, en aras de salvaguardar la autonomía de la voluntad de las partes, que éste *“remita”* a las partes al arbitraje *ex officio*. Cuestión que *-demás está recordar-* resultaron potenciadas con el advenimiento de la Constitución de 1999 y sus artículos 253 y 258.

VII. *Conclusión*

La sentencia la sentencia No. 362, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 21 de marzo de 2018 (caso *Construcciones Espacio XXI*), decretó la existencia de jurisdicción en favor del poder judicial en un caso en el cual las partes sometieron sus disputas a arbitraje. Esta es una violación flagrante al principio *competence-competence*, el cual no sólo goza de reconocimiento legislativo expreso *ex* artículos 5 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial, sino que también del expreso reconocimiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso *Astivenca*).

Los argumentos aportados por la SPA para alcanzar su decisión son incorrectos y sirven para poner sobre el tapete un problema mayor, como lo es la ausencia de una norma que regule expresamente los mecanismos de *“instrumentación”* del aspecto negativo del principio *competence-competence*.

No obstante, este silencio pudiese ser un claro indicativo de la verdadera intención del legislador en materia de arbitraje comercial, el cual pudiendo perfectamente establecer limitaciones a la iniciativa del juez de instancia en este particular, prefirió no hacerlo dejando la puerta abierta para su actuación espontánea en casos como el que nos ocupa.

En síntesis, la ausencia de normas que prohíban expresamente al juez de instancia *“remitir”* de oficio a las partes a arbitraje, aunado a las disposiciones constitucionales y legales que reconocen el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional efectiva, y el efecto negativo del principio *competence-competence* nos llevan a concluir que, en el caso bajo análisis, la SPA llegó a una conclusión errada.

Esperemos que dicha sentencia sea objeto del recurso de revisión constitucional y que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aproveche la oportunidad para sumar una nueva sentencia *pro arbitraje* a las dictadas en los casos *Hildegard Rondón et al* y *Astivenca*.