

EL IMPERIO DEL ESTADO COMO EXCEPCIÓN AL ARBITRAJE ENTRE PARTICULARES

Gabriel Sira Santana*
Abogado

Resumen: *La colaboración consiste en unas breves anotaciones sobre la sentencia N° 0837/2015 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se aseveró que no es posible el arbitraje cuando la causa versa sobre una disputa mercantil en la que forma parte un inmueble en el que se presta un servicio público.*

Abstract: *This paper consists in some brief annotations about the judgment N° 0837/2015 of the Administrative Chamber of the Supreme Court in which it was affirmed that arbitration is not possible when the case concerns a commercial dispute in which is part a building where a public service is provided.*

Palabras Clave: *Venezuela; arbitraje; servicios públicos.*

Key words: *Venezuela; arbitration; public services.*

En su fallo N° 0837 del año 2015¹, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre el recurso de regulación de jurisdicción que interpuso un particular contra la sentencia del Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Caroní del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, en la cual se declaró “CON LUGAR LA CUESTIÓN [sic] PREVIA de la FALTA DE JURISDICCIÓN, opuesta por la parte demandada (...) y en consecuencia se establece que este Tribunal (...) **CARECE** de Jurisdicción para conocer del presente asunto” (destacado del original), ya que “conforme a lo convenido por las partes en la cláusula 25 del contrato (...) corresponde a la Cámara [sic] de Comercio de Caracas conocer mediante el Arbitraje toda controversia que surja entre las partes con motivo del presente contrato (...), cuya cuantía sea mayor a (...) Bs. 100.000,00”.

El asunto así reseñado no parece despertar mayor interés: a) Un particular demanda a una empresa mercantil (que no es *del Estado*) por resolución de un contrato en cuentas de participación al haber esta última incumplido los pagos pactados; b) La empresa se defiende oponiendo como cuestión previa la falta de jurisdicción², ya que en el contrato se incluyó una

* Universidad Central de Venezuela. Abogado Summa Cum Laude. Cursante de la Especialización en Derecho Administrativo.

¹ Del 08-07-2015, publicado el 09 del mismo mes y año (caso *José Francisco Natera Martínez*). Disponible en <http://goo.gl/6M8Soi> [consultado: 03-02-2016].

² Prevista en el numeral 1 del artículo 346 del *Código de Procedimiento Civil*, publicado en *Gaceta Oficial* N° 4.209 Extraordinario del 19-09-1990. Según la doctrina, hay falta de jurisdicción “cuando el asunto sometido a la consideración del Juez, no corresponde en absoluto a la esfera de poderes y deberes que idealmente están comprendidos en la función genérica de administrar justi-

cláusula arbitral; c) El tribunal de la causa decide a favor del demandado y, d) Al estar el demandante inconforme con el fallo, interpone el recurso ya indicado sobre el cual versan estas notas.

No obstante, al constatar que la Sala Político Administrativa declaró con lugar el recurso señalado e indicó –en consecuencia– que “**EL PODER JUDICIAL TIENE JURISDICCión** frente al arbitraje para conocer y decidir la demanda” (destacado del original) –por lo que se revocaba el fallo del *a quo*– y, más aún, al observarse el argumento que dio la Sala para fundamentar tal decisión, consideramos que el asunto toma especial relevancia jurídica y, en particular, en el campo del Derecho Público.

La afirmación anterior se basa en el hecho que los Magistrados, luego de pasarse por los artículo 253 –según el cual los medios alternativos de justicia como el arbitraje forman parte del sistema de justicia– y 258 –en cuanto al deber del legislador de promover los medios alternativos para la solución de conflictos– de la Constitución de la República³, indicaron que:

Así, el arbitraje constituye un mecanismo eficaz de cooperación a la competencia que tienen los tribunales ordinarios del país para resolver, por imperio de la Ley, todas las solicitudes que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la garantía de acceso a la justicia, previstos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado al arbitraje como un medio de heterocomposición procesal entre las partes, quienes mediante su voluntad expresa convienen de forma anticipada, en sustraer del conocimiento del Poder Judicial (acuerdo éste que también podría ser posterior, esto es, ya iniciada una causa judicial), las diferencias, controversias o desavenencias que puedan surgir entre ellas por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico (*Vid.* Sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nos. 00504 y 00706 de fechas 28 de mayo y 26 de junio de 2013, respectivamente).

Hasta acá nada excepcional, ya que la Sala correctamente reconoce la función del arbitraje como un mecanismo para acceder a la justicia y lograr la tutela efectiva de los derechos e intereses de todo quien se considere vulnerado (y cuya pretensión posea fundamento jurídico)⁴.

cia, atribuida a los órganos del Poder Judicial, sino a la esfera de atribuciones que asignan la Constitución y las leyes a otros órganos del Poder Público”. Véase Aristides Rengel-Romberg, *Manual de derecho procesal venezolano*, volumen 1, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1983, p. 238. La definición transcrita ha sido complementada por otros autores quienes señalan que la falta no solo se da frente a otros órganos del Poder Público, sino también ante el juez extranjero o al existir una cláusula arbitral. Véase al respecto Vicente Puppio. *Teoría General del Proceso*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2008, pp. 215-218 y Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil*, tomo III, Torino. Caracas 1996, pp. 51-52.

³ Publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresa en *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000. Enmendada en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

⁴ Sobre el arbitraje en general, véase Luis Araque Benzo, et al. *El arbitraje en Venezuela: estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. CEDCA, Caracas 2013 y Irma Lovera de Sola. “Nueva dimensión jurídica de la cláusula arbitral en Venezuela” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 64, 2009, pp. 123-139. Disponible en <http://goo.gl/q9eQjo> [consultado: 03-02-2016].

El asunto se enturbia es a continuación pues, luego de afirmar que “los órganos del Poder Judicial sólo pueden realizar un examen o verificación preliminar de la cláusula arbitral, el cual debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje”⁵ y que en el presente caso no había operado una “renuncia tácita al arbitraje”, motivo por el cual “–en principio– la acción planteada debería ser resuelta mediante arbitraje”, la Sala consideró oportuno traer a colación el artículo 60 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*⁶ según el cual “[c]onstituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno (...)”.

En virtud de este artículo –y que el terreno objeto del contrato cuya resolución se demandó se encuentra equipado para funcionar como estación de servicio (comúnmente conocidas como *bombas de gasolina*)– la Sala concluyó que “pese a que lo debatido en el caso bajo examen versa sobre un tema civil, relativo a la resolución de un contrato de cuentas de participación, no es menos cierto que la actividad desempeñada en el inmueble a que aluden las presentes actuaciones, implica la prestación de un servicio público” por lo que “si bien pareciera que al tratarse de materia civil, las partes gozan de libertad para regir sus relaciones, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, la prestación del servicio público desempeñada en el inmueble involucrado sustrae la susceptibilidad transigir y, en consecuencia, excluye la posibilidad de pactar una cláusula compromisoria válida”.

Tal argumentación fue fundamentada en el literal “B” del artículo 3 de la *Ley de Arbitraje Comercial*⁷ según el cual “[p]odrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir” quedando “exceptuadas las controversias: (...) b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”.

En este sentido, la Sala finaliza su motiva señalando que “visto que en el presente caso está involucrada la prestación de un servicio público a través de un particular, pero por disposición del Estado actuando investido de *ius imperio*, juzga la Sala, que el conocimiento del presente caso no puede ser sustraído del conocimiento de los órganos jurisdiccionales”. Todo ello, en criterio de la Sala, sin que “en modo alguno” exista un “menoscabo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que el interés general prima sobre los derechos individuales o particulares”.

Así las cosas, lo primero que debemos precisar es que la causa sobre la que cual se pronunció la Sala Político Administrativa versaba sobre una disputa entre dos particulares ajenos a la Administración Pública en relación a lo pactado en una asociación de participación⁸; por lo que resulta lógico pensar que tal convenio habría de regirse por el principio de la autonomía de la voluntad y, al haber las partes pactado un acuerdo de arbitraje por escrito –cumpliendo así la exigencia del artículo 6 de la *Ley de Arbitraje Comercial*–, ambas partes se habrían obligado “a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renun-

⁵ Ello en aplicación del criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional en sentencia N° 1067 del 03-11-2010 (caso *Astilleros de Venezuela, C.A.*). Disponible en <http://goo.gl/04ID98> [consultado: 03-02-2016].

⁶ Publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.443 del 24-05-2006, reimpressa en N° 38.493 del 04-08-2006.

⁷ Publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.430 del 07-04-1998.

⁸ Regulada en los artículos 359 a 364 del *Código de Comercio*, publicado en *Gaceta Oficial* N° 475 Extraordinario del 21-12-1955.

cian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”, ya que dicho acuerdo es “exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria” (artículo 5 *ejusdem*)⁹.

No obstante lo anterior, de los extractos transcritos se puede observar que la Sala, haciendo abstracción de esta realidad, optó por basar su decisión en otra premisa.

Así, la Sala indica que si bien es cierto que el conflicto se da entre dos personas ajenas al Estado, el inmueble sobre el cual versa el mismo es empleado para la prestación de un servicio público (aun cuando lo demandado, *per sé*, no influye en tal actividad al ser una pretensión netamente mercantil), por lo que, en criterio de la Sala, encuentra aplicación la excepción prevista en el literal “B” del artículo 3 de dicha ley.

Este literal –que se refiere a las causas “[d]irectamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”– había sido invocado por la Sala en el pasado para negar la posibilidad del arbitraje en contratos que tuviesen una finalidad pública y fuesen suscritos por empresas del Estado¹⁰, así como en casos de contratos que tuviesen por objeto la prestación de un servicio público y en los que una de las partes fuese un ente público¹¹; pero nunca –al menos hasta donde se tiene conocimiento– para impedir tal medio alternativo de resolución de conflicto en una causa entre particulares en la que no es parte ningún órgano o ente de derecho público.

De este modo, la Sala Político Administrativa no solo realizó una interpretación extensiva de la excepción consagrada en el literal ya citado –violando así principios fundamentales del derecho según el cual tales previsiones, por su propia razón de ser, han de ser interpretadas de modo restrictivo para salvaguardar la regla general¹²– sino que, lo que es más grave,

⁹ En fallos anteriores la Sala había determinado que, para que una cláusula de este tipo fuese válida, “debe existir una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas de sustraer el conocimiento de la causa de los tribunales ordinarios, ya que el arbitraje es una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las demandas que les sean sometidas por los ciudadanos para conocimiento, en uso del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Véase sentencia N° 0476 del 20-03-2003, publicada el 25 del mismo mes y año (caso *Consortio Barr, S.A.*). Disponible en <http://goo.gl/STnB5M> [consultado: 03-02-2016].

¹⁰ Sentencia N° 0847 del 16-07-2013 (caso *Diques y Astilleros Nacionales C.A.*). Disponible en <http://goo.gl/onKPrP> [consultado: 03-02-2016]. La Sala concluyó que, “el presente contrato contiene una finalidad pública, que versa sobre bienes del dominio público propiedad de la nación para el mejoramiento en la prestación y custodia de la seguridad del espacio marítimo de la República Bolivariana de Venezuela, el cual influye directamente en el desarrollo nacional y afecta el patrimonio del Estado venezolano; en consecuencia, el objeto de este juicio no es susceptible de arbitraje”.

¹¹ Sentencia N° 0855 del 04-04-2006, publicada el 05 del mismo mes y año (caso *Elettronica Industriale S.P.A.*). Disponible en <http://goo.gl/ndBMe5> [consultado: 03-02-2016]. La Sala indicó que “al tener el presente contrato una finalidad pública, ya que con ello el medio de comunicación social principal televisivo del Estado venezolano buscaba el mejoramiento en la prestación de un servicio público, el cual influye directamente en el desarrollo nacional; y que al afectar directamente el patrimonio del Estado venezolano, comportando un grave perjuicio para la Administración, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje”.

¹² Véase Rafael Badell Madrid, “Medios alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos” en *Congreso internacional de derecho administrativo en homenaje al prof. Luis H. Farías Mata*, tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2006, p. 132.

desnaturalizó el alcance y sentido de la norma pues, de la referencia al *ius imperium* del Estado que hizo el legislador, no se extrae la conclusión a la que arribó el sentenciador y, en tal sentido, se estaría ampliando por vía de consecuencia el poder que tiene el Estado permitiéndose que el mismo se inmiscuya en asuntos propios de la vida privada de las partes (en este caso, mercantiles) suprimiendo los efectos de manifestaciones de voluntad generadas de conformidad al ordenamiento jurídico vigente.

Es importante destacar que, en el caso concreto, la materia sujeta a arbitraje no era la prestación o no del servicio público¹³ ni ningún acto que tuviese connotaciones de derecho público, sino, por el contrario, la resolución de un contrato mercantil celebrado entre particulares, y la indemnización monetaria que resultaba del mismo. Es decir, que no se trataba de una pretensión “directamente concerniente” a las funciones de la Administración Pública y, por ende, no encontraba aplicación lo preceptuado en la norma ya traída a colación por parte del sentenciador.

La excepción del literal “B” del artículo 3 de la *Ley de Arbitraje Comercial* tiene un motivo y razón de ser. Ella ha sido entendida en el foro como un mecanismo que permite *desterrar* del arbitraje a aquellas actuaciones en las que el Estado “actúa en ejercicio de su poder mandatorio o de imperio, regulando cierto sector de la vida económica o social, prohibiendo y sancionando conductas o removiendo obstáculos para el ejercicio de algún derecho preexistente”, puesto que, en estos casos, “el Estado no actúa dentro de la esfera de los particulares o como un particular más; ya que ellos conforman la actuación propia del Estado en sus funciones de Derecho Público”¹⁴. Por lo que si bien la Administración podrá someter causas que sean de su interés a los procedimientos arbitrales, ellas estarán limitadas a aquellas que versen sobre contratos cuyo objeto así lo permita (supuestos del *ius gestionis* en contraposición al *ius imperium*¹⁵).

Así, al legislador prever tal excepción, es claro que la intención era determinar los supuestos en los que la Administración no podría arbitrar. En ningún caso, regular una relación entre particulares que, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, decidieron cómo reglar su relación jurídica.

Afirmar, como lo hace la Sala, que el mero hecho que una actividad haya sido considerada por el legislador como un “servicio público” se traduce, obligatoriamente, en que en virtud de tal declaratoria todo contrato en el que no participe la Administración Pública y en

¹³ Si bien la doctrina alerta que “suele ocurrir que existan casi tantas definiciones como autores” respecto a estos servicios, a efecto de estas notas recogemos lo preceptuado por Peña Solís para quien el servicio público es “la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificadas como tal, por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, y por tanto, sujeta a un régimen de derecho público”. Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 3, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2009, p. 328.

¹⁴ Véase Nicolás Badell Benítez, *El Arbitraje en los Contratos de Interés Público Nacional*, 2012. Disponible en <http://goo.gl/OjochN> [consultado: 03-02-2016].

¹⁵ Véase al respecto, Allan Brewer-Carías. “Introducción general al Derecho Administrativo Venezolano” en 94-95 y Oscar Ghersi Rassi. “Autovinculación y potestades públicas en los contratos estatales” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 1, 2013, pp. 175-220. Ambos disponibles en <https://goo.gl/u8rS14> [consultado: 03-02-2016]. Asimismo, véase Rafael Badell Madrid. “La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2005, p. 264 y ss.

el que las partes de común acuerdo hayan convenido una cláusula arbitral (cumplimiento para ello las exigencias de la *Ley de Arbitraje Comercial*), por el solo hecho tener alguno de estos últimos alguna relación con dicho servicio, se entenderá que opera una imposibilidad de arbitrar pues el *conflicto* concierne “directamente” a las facultades de imperio del Estado, equivale no solo a un desconocimiento de la voluntad de las partes –a pesar de que la Sala indique que ello no ocurre “de modo alguno”– sino que abre las puertas para que en infinidad de futuras causas estas cláusulas arbitrales sean ignoradas ya que, si en algo se ha caracterizado la legislación venezolana en los últimos tiempos, es en calificar las más disímiles actividades como servicios públicos¹⁶.

El planteamiento no es meramente teórico pues, basada en esta sentencia, poco más de 4 meses después la Sala resolvió en una causa similar que “esta Sala debe declarar que el Poder Judicial tiene jurisdicción frente al arbitraje para conocer y decidir la demanda por cumplimiento de contrato” ya que “aprecia la Sala en el caso bajo examen estar presente la prestación de un servicio público a través de un particular, pero por disposición del Estado, esto es, actuando investido de *ius imperio*, en razón de lo cual su conocimiento no puede ser sustraído de los órganos jurisdiccionales”¹⁷.

Claro está, que la Sala no podía culminar su motiva sin recordarnos, nuevamente, que “el interés general priva sobre los derechos individuales o particulares”. Incluso, si ese derecho particular no es otro que el derecho a la tutela efectiva “que entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje”¹⁸ y que, conforme a indicado la Sala Constitucional en varias ocasiones, “cualquier interpretación y aplicación normativa en la materia, responde al principio según el cual debe preferirse toda interpretación que favorezca el arbitraje y afrontar de manera restrictiva la intervención jurisdiccional ordinaria (...) ya que las partes (...) ‘escogieron un método que reduce la participación judicial a un pilar dentro de un sistema que tiene ventajas y desventajas’”¹⁹.

¹⁶ A simple fines enunciativos encontramos que se consideran servicios públicos la red de telesalud (artículo 3 de la *Ley de Telesalud*, publicada en *Gaceta Oficial* N° 6.207 Extraordinario del 28-12-2015), la banca (artículo 8 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario*, publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014 y reimpresso en N° 40.557 del 08-12-2014), la aeronáutica (artículo 61 de la *Ley de Aeronáutica Civil*, publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.140 del 17-03-2009), el transporte terrestre (artículo 105 de la *Ley de Transporte Terrestre* publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.985 del 01-08-2008) y todo lo referido a la pesca (artículo 4 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura* publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.150 Extraordinario del 18-11-2014).

¹⁷ Sentencia N° 1355 del 17-11-2015, publicada el 18 del mismo mes y año (caso *Agropecuaria Núñez, C.A.*). Disponible en <http://goo.gl/yuODHC> [consultado: 03-02-2016].

¹⁸ Sentencia N° 0192 del 28-02-2008 de Sala Constitucional (caso *Bernardo Weinger y otros*). Disponible en <http://goo.gl/4yZqB1> [consultado: 03-02-2016].

¹⁹ Sentencia N° 1067/2010, ya citada.