

Decisión de Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Caracas, de 13 de Marzo de 2013

Fecha de Resolución: 13 de Marzo de 2013

Emisor: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito

Número de Expediente: AC71-R-2011-000146(11-10665)

Ponente: Arturo Martínez Jiménez

Procedimiento: Nulidad De Laudo Arbitral

Contenido

Decisión de Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Caracas, de 13 de Marzo de 2013	1
I.....	2
ANTECEDENTES	2
II.....	6
MOTIVACIONES PARA DECIDIR	6
Literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.	16
Literales b) y c) del artículo 44 ibídem.	25
Literal f) del artículo 44 ibídem.	36
III.....	38
DISPOSITIVO DEL FALLO	38
PRIMERO	38
SEGUNDO	38

ÍNDICE

ANTECEDENTES

PRIMERO

SEGUNDO

CONTENIDO

ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS

Años 202° y 154°

RECURRENTE: INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., sociedad mercantil inscrita en la oficina del Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, bajo el No. 73, Tomo 19-A, en fecha 26 de septiembre de 2000.

APODERADOS JUDICIALES: R.G.A. y M.J.B.M., abogados en ejercicio, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nos. 123.370 y 119.254, en el mismo orden.

LAUDO RECURRIDO: Laudo Arbitral Definitivo depositado en la Secretaría Ejecutiva del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) en fecha 11 de octubre de 2011.

DEMANDANTE EN ARBITRAJE: INVERSIONES VINCENZO, C.A., sociedad mercantil, con domicilio en el Estado Nueva Esparta, inscrita en la oficina del Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, bajo el N. ° 7, Tomo 64-A, en fecha 30 de noviembre de 2006.

APODERADOS JUDICIALES: C.E.F.G., R.A.R. y A.L., abogados en ejercicio, inscritos en el Inpreabogado bajo los Nos. 19.650, 19.761 y 97.049, respectivamente.

JUICIO: RECURSO DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

SENTENCIA: DEFINITIVA

MATERIA: MERCANTIL

EXPEDIENTE: AC71-R-2011-000146 (11-10665)

Link: <https://vlexvenezuela.com/vid/salymar-laudo-secretar-conciliaci-cedca-430934822>

I

ANTECEDENTES

Se defieren las presentes actuaciones arbitrales a esta Superioridad, en razón del ejercicio en fecha 24 de noviembre de 2011, de un recurso de nulidad por la parte demandada en ese proceso arbitral, sociedad mercantil INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., en contra del Laudo Arbitral depositado en la Secretaría Ejecutiva del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) en fecha 11 de octubre de 2011.

Realizada la insaculación de ley en fecha 24 de octubre de 2011 (f. 60), por de auto de fecha 7 de noviembre de ese mismo año, se da por recibido y se admite el presente recurso de nulidad, y se ordenó la notificación de la sociedad mercantil INVERSIONES VINCENZO, C.A.; participar lo conducente mediante oficio al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), y se fijó el vigésimo (20mo.) día de despacho siguiente a esa fecha para que las partes presentaren informes de conformidad con el artículo 517 del Código de

Procedimiento Civil, advirtiéndose que una vez ejercido ese derecho por alguna de las partes se aperturará un lapso de ocho (08) días de despacho siguientes para la presentación de observaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 519 eiusdem, y se señaló que vencidos esos lapsos, se dictará la sentencia dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes.

Asimismo, se fijó como monto de la caución que debería constituir la parte recurrente, la cantidad de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO BOLIVARES CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (Bs. 384.985,35).

Realizadas las notificaciones ordenadas, en la ocasión para la presentación de informes el día 13 de febrero de 2012, la parte recurrente, sociedad mercantil INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., expresaría lo siguiente:

Respecto el literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señala que se funda en algunas sentencias de la Sala Político Administrativa (No. 1209 del 20 de junio de 2001; No. 98 del 29 de enero de 2002; y, 1232 del 2 de diciembre de 2010).

Señaló que, “[e]n el presente caso, resulta obvio e incontrovertible el hecho de que al momento de suscribirse el acuerdo de arbitraje, la apoderada de una de las partes no contaba con la facultad suficiente para celebrar y suscribir dicho acto. Ese es un hecho totalmente probado, totalmente admitido por la representación de INVERSIONES VINCENZO, C.A., y totalmente determinado por el CEDCA en el propio laudo recurrido.”

Que, “la totalidad de la controversia que fue sometida por VINCENZO al conocimiento del CEDCA también se encuentra bajo el conocimiento de los tribunales de la jurisdicción civil ordinaria donde tanto VINCENZO como SALYMAR tienen establecidos sus domicilios, vale decir, en la Jurisdicción del estado Nueva Esparta.”

Que, “VINCENZO y SALYMAR suscribieron en total siete (7) contratos, pero VINCENZO sometió al conocimiento del CEDCA solamente cuatro (4) de esos siete (7) contratos. Por ello, debe enfatizarse e insistirse que esos siete (7) contratos son objeto de una demanda de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios que fue incoada por SALYMAR contra VINCENZO y que cursa ante los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta.”

Que, “[l]o anterior refuerza la posición sostenida en todo momento por SALYMAR en el sentido de rechazar y no reconocer la competencia del CEDCA para dirimir el asunto que le fue sometido por VINCENZO, dado que: 1) No todos los siete (7) contratos celebrados entre VINCENZO y SALYMAR poseen cláusula compromisoria; y 2) Los contratos que sí poseen este tipo de cláusulas tampoco pueden dar cabida a juicio arbitral alguno, habida cuenta de que dichas cláusulas son nulas de nulidad absoluta de conformidad con lo prescrito en el literal ‘a’ del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.”

Que, por tanto, “el único Juez llamado a resolver las diferencias surgidas entre VINCENZO y SALYMAR con motivo de los siete (7) contratos suscritos entre estas sociedades mercantiles, es el Juez perteneciente a la Jurisdicción Civil Ordinaria del estado Nueva Esparta”.

Respecto el literal b) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señaló que, “[e]l sólo hecho de mutilar como en efecto se mutiló el lapso de contestación a la demanda arbitral, es

motivo más que suficiente para que se reputen como nulos todos los actos procesales llevados a efecto con posterioridad por el CEDCA.”

Señaló que, “[e]n ningún caso resultaba posible continuar válidamente el procedimiento arbitral, pues al afectarse nada más y nada menos que el lapso de contestación a la demanda, irremediablemente todos los demás lapsos y actos subsiguientes no podían seguir su curso sin antes advertirse y desde luego corregirse y respetarse una formalidad tan esencial como lo es la necesidad de que todas las partes puedan conocer con la certeza jurídica de rigor, cuándo empieza y cuándo termina un lapso tan importante como lo es el lapso de contestación a la demanda.”

Que, “[n]o se trata solamente de un error de cómputo de un (1) día, es decir, de dejar transcurrir sólo diecinueve (19) días en lugar de veinte (20), sino que, además de eso, el CEDCA omitió incluir en ese cómputo lo concerniente al término de la distancia, lo cual fue una irregularidad que no sólo ocurrió en torno al lapso de contestación de la demanda, sino en general, en todos los lapsos que computó ese Centro a lo largo del proceso arbitral que sustanció y decidió. Tal es el caso, por ejemplo, de la experticia promovida por VINCENZO, la cual fue iniciada extemporáneamente y sin dejar transcurrir el mencionado término de la distancia.”

Respecto el literal c) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señaló que, “resulta claro entonces que todo el procedimiento arbitral se ventiló de manera irregular y violatoria de la ley y del orden público, pues al no dejarse transcurrir íntegramente el lapso de contestación de la demanda arbitral, se trastocó el resto del procedimiento, inficionándolo completamente de nulidad conforme a lo previsto en el literal ‘c’ del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.”

Señaló asimismo, “la ausencia de notificación de la demanda arbitral al Procurador General de la República.”

A tal efecto, consignó “copia de la pieza principal del Expediente N° N-0727-11 de la nomenclatura del Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido por SALYMAR contra el acto administrativo mediante el cual se otorgó Permiso de Habitabilidad al Conjunto Residencial Vincenzo I°, propiedad de INVERSIONES VINCENZO, C.A., el cual se encuentra actualmente en espera de las resultas de la notificación acordada y remitida por ese Juzgado al Procurador General de la República.”

Que, “es claro que las razones que llevaron al mencionado Juzgado a acordar la notificación del Procurador General de la República en ese asunto son las mismas que debieron privar a la hora de admitir la demanda arbitral, así como deben privar en toda demanda en la que estuvieren en juego intereses patrimoniales de la República Bolivariana de Venezuela.”

Que, “el laudo definitivo no fijó las costas del arbitraje y esta omisión se encuentra sancionada por la Ley de Arbitraje, como ya se apuntó, con la nulidad del laudo que hubiere sido proferido, todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 20 y 44 literal ‘c’ de la Ley de Arbitraje Comercial, en concordancia con lo establecido en el artículo 42 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)”.

Respecto el literal f) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señaló que, “se ratifica la delación efectuada en el escrito recursivo, según la cual el objeto de la demanda que interpuso VINCANZO ante el CEDCA no era susceptible de ser sometida al conocimiento y decisión de un Tribunal Arbitral de la manera como se hizo, pues tal posibilidad, al encontrarse en juego intereses patrimoniales del Estado venezolano, se encontraba limitada tanto por la Ley de Arbitraje Comercial como por el propio Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.”

Por su lado, la parte actora en el arbitraje, empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., expresaría:

Respecto el literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señala que, “[l]a argumentación de la recurrente evidencia confusión inexcusable en los términos de parte y apoderado, y en los términos de capacidad de la parte y suficiencia de la representación de la parte, lo que la lleva, por consecuencia, a confundir tanto la legitimidad activa del recurso – que si la hubiera (supuesto negado) correspondería exclusivamente a VINCENZO, su contraparte- como la naturaleza jurídica del mismo, trayendo a estos autos una acción de anulabilidad reservada a su contraparte, bajo la forma de una acción de nulidad como si le fuera pertinente.

Además, señala que “[e]l punto de la suficiencia del poder de quien suscribió el convenio original por parte de mi representada fue resuelto de un todo en el Laudo Arbitral, causando cosa juzgada. No hay apelación posible.”

Señala que, “[e]n normas jurídicas de este orden –repetimos-, no hay lugar a la aplicación de analogías, ni del método lógico-extensivo del intérprete. De modo que si la norma indica que el laudo será nulo cuando una de las partes fuere incapaz, al momento de celebrarse al acuerdo de arbitraje, en caso de manifestarse la incapacidad de alguna de ellas, el laudo será nulo. En el supuesto contrario, es decir, si las partes están en pleno goce de sus derechos y sujetos a sus obligaciones, es decir, son capaces –como en el caso de autos-, esta causal de nulidad no será aplicable, y de ser invocada, deberá ser declarada improcedente.”

Respecto el literal b) del artículo 44 eiusdem, señaló que, “[n]o procede en el caso sometido al conocimiento de esta Superioridad por cuanto la parte aquí recurrente y allí demandada, admite haber sido citada para el procedimiento y, a pesar de haber sido contumaz en el ejercicio de las defensas de fondo que le correspondían en derecho, y de haber comparecido a postular casi tres meses luego de haber transcurrido el lapso de contestación a la demanda, sus argumentos fueron escuchados y tenidos en cuenta, y se declaró –en su obsequio- que la confesión ficta no surte efectos procesales en materia arbitral por no haber norma legal expresa que la sancione.”

Respecto el literal c) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señaló que, “tanto la composición del Tribunal Arbitral, como el procedimiento arbitral fueron celosamente ajustados a la Ley de Arbitraje Comercial, como lo establece el supuesto de hecho de la norma legal.”

Y, por último, respecto el literal f) del artículo 44 citado, señaló que, “[l]a demanda arbitral que [su] representada planteó, fue dirigida a uno de sus contratistas, que de modo irresponsable abandonó la obra, causándole un daño patrimonial.”

Señaló que, “[l]a acción instaurada entre ambas, en el marco de la Ley de Arbitraje Comercial, es de naturaleza estrictamente privada, y el acreedor BANCO BICENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A., no tiene en esta causa interés personal, legítimo o directo, por cuanto no consta en autos que [su] representada esté en mora del cumplimiento de ninguna de sus obligaciones bancarias, con éste u otro acreedor.”

En ese sentido, señaló que “[p]odría interesar a la Procuraduría un conflicto de intereses societarios o de Junta Directiva interno de BANCO BICENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A., por cuanto allí reside el interés directo del Estado venezolano, podría interesarle –igualmente- la gestión diligente de cobro (v.gr.) que –en ejecución de sentencia- [su] representada realizará contra SALYMAR una vez firme el Laudo Arbitral, por cuanto podría significar un ingreso a las arcas del BANCO BICENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A., impactando favorablemente su cartera de cobros, si (conditio sine qua non) [su] representada estuviera en mora del cumplimiento de sus obligaciones bancarias, que no lo está, ni ha sido alegado ni probado por la recurrente en ningún momento.”

Que, “no habiendo evidencia en autos de la contingencia que pudiera activar el dispositivo del interés indirecto del banco en las resultas de esta contienda, para el banco acreedor este asunto es res inter alios acta, conforme a las reglas del derecho privado que le son aplicables por orden expresa del artículo 107 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y no era requerida la notificación de la Procuraduría General de la República para dar inicio a la Demanda Arbitral cuyo Laudo pretende la recurrente impugnar.”

En fecha 9 de marzo de 2012 la parte recurrente consignó escrito de Observaciones, constante seis (6) folios útiles, por auto de fecha 12 de marzo de 2012, se hace constar que el 9 del mismo mes y año, exclusive, se entró en el lapso para dictar sentencia.

Mediante auto fechado 19 de marzo de 2012, se estimó válida la garantía fiduciaria otorgada por la parte recurrente, empresa INVERSIONES SALALZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., y se ordenó la suspensión de los efectos del laudo arbitral.

Y asimismo, precluyó el lapso para dictar sentencia, por auto del 9 de mayo de 2012, se difirió por un lapso de treinta (30) días continuos siguientes a esa fecha, advirtiéndose a las partes que para el caso de no dictarse sentencia en el tiempo establecido, se cumpliría con la notificación de las partes luego de publicada la sentencia respectiva, sin lo cual no transcurrirán los lapsos a los fines de ejercer el recurso a que hubiere lugar.

II

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Procede este Juzgado Superior Segundo a fallar, lo cual hace con sujeción en los razonamientos y consideraciones que se exponen de seguida:

Conoce de las presentes actuaciones por este Juzgado Superior, en razón del recurso de nulidad ejercido en fecha 24 de noviembre de 2011, por la parte demandada en del proceso arbitral, sociedad mercantil INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., en

contra del Laudo Arbitral depositado en la Secretaría Ejecutiva del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) en fecha 11 de octubre de 2011, que estableció:

Parcialmente con lugar la excepción de incompetencia opuesta por la demandada (impropiamente calificada por esta como falta de jurisdicción) en lo que respecta al contrato de reserva (Prueba #1 acompañada por la demandante a su demanda).

Con lugar la demanda presentada por la demandante en cuanto a la resolución de los contratos denominados Contrato de Obras (Prueba # 2), Contrato de obra adicional (Prueba # 3) y en cuanto a la inexistencia del compromiso de dación en pago (Prueba #7) y en consecuencia se declaran:

2.1. Resueltos los Contratos de Obra (prueba #2) y de Obra Adicional (Prueba #3).

2.2. Inexistente el Compromiso de Dación en Pago (Prueba # 7).

Como consecuencia de la resolución declarada tal como se estableció en el punto 8.3 de este Laudo, la parte demandante tiene derecho a hacer suya la obra ejecutada hasta la fecha del incumplimiento y la parte demandada a hacer suyas las prestaciones dinerarias que les fueron entregadas hasta la fecha del incumplimiento.

Con lugar la pretensión indemnizatoria de la parte demandante por lo que se condena a la parte demandada a pagar a VINCENZO la cantidad de dos millones quinientos sesenta y seis mil quinientos sesenta y nueve bolívares fuertes (B.. 2.566.569,00), en calidad de daños y perjuicios por los incumplimientos declarados.

El thema decidendum pasa por examinar las causales de nulidad sostenidas por la parte recurrente, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., que se inscriben en los literales a), b), c) y f) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, con la siguiente fundamentación:

Respecto el literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, señala que, “lo primero que se debe resaltar entonces es que el Laudo arbitral recurrido es nulo de nulidad absoluta, por cuanto al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje, la mandataria que celebró el convenio arbitral en nombre de VINCENZO, carecía de la representación requerida por la ley para comprometer en árbitros a su mandante.”

Señala que, la “norma es sumamente clara y no admite interpretaciones elásticas ni acomodaticias. Por tanto, decir que no importa si una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje porque ello constituye una nulidad relativa susceptible de subsanación, es desconocer, menospreciar y tratar de desnaturalizar la aplicación de la ley especial en la materia.”

Que, la “Ley de Arbitraje Comercial es la norma especial que rige el arbitraje comercial en Venezuela y por encima de ella sólo están la Constitución, las leyes orgánicas y los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, según la clásica P. de Kelsen.”

Que, en “ningún caso se puede dar preeminencia a la aplicación de una ley general sobre otra que es especial, que es posterior y que es la ley que se dictó con el cometido específico de regular la materia de Arbitraje Comercial.”

Señala que, el “CEDCA admitió en el Laudo Recurrido una verdad incontrovertible: la mandataria que suscribió las cláusulas compromisorias en nombre de VINCENSO (sic) ‘no fue investida de facultad expresa para comprometer en árbitros’.”

Que, “a pesar de haber admitido este hecho (por demás ‘letal’ en cuanto a la validez del pacto compromisorio), el Tribunal Arbitral, apoyado ‘increíblemente’ en la opinión de unos autores que adversan la postura pacífica y reiterada de nuestro Tribunal Supremo de Justicia en torno al tema in exámine...”

Que, “si en materia de arbitraje comercial fuese admisible la tesis de la convalidación del mandato insuficiente, no tendría sentido que la Ley de Arbitraje Comercial contemplara una causal de nulidad como la prevista en el literal ‘a’ del artículo 44 de ese Texto Legal.”

Que, “cuando el legislador venezolano estableció esta causal de nulidad en la Ley de Arbitraje Comercial, lo que hizo fue advertir a todos aquellos interesados en elegir la vía del arbitraje comercial, que la única forma de someter válidamente un asunto al fuero arbitral, es que ‘al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje’, todas y cada una de las partes que interviene en dicha celebración, tuvieren la capacidad plena para suscribir dicho compromiso.”

Señala que, el artículo 1.698 del Código Civil debía ser interpretado en armonía con el resto del ordenamiento jurídico. Que, “[e]ste ejercicio de integración y visión del orden jurídico a completudine que obliga al intérprete a ver el derecho como un ‘sistema’, no fue tomado en cuenta por el CEDCA, pues de haberlo hecho hubiese concluido que en el presente caso no era posible aplicar el mencionado artículo 1.698, ya que tal aplicación contraría lo dispuesto en el Artículo 44 Literal ‘a’ de la Ley de Arbitraje Comercial. Es decir, el Tribunal Arbitral tuvo una visión muy limitada y parcelada a la hora de aplicar el artículo 1.698 del Código Civil, pues de haber levantado la mitrada hacia el resto del ordenamiento jurídico, se hubiese percatado que tal aplicación no era pertinente ni tenía cabida.”

Que, “la aplicación de una norma contenida en una ley general para un caso que se encuentra reglado por una ley especial, definitivamente sólo puede ser posible en el supuesto de que esa aplicación no entre en contradicción con alguna disposición de la ley especial, en cuyo caso debe prevalecer lo preceptuado en esta última.”

Que, asimismo, “es evidente que la norma contenida en el artículo 44 literal ‘a’ de la Ley de Arbitraje Comercial, no admite la ratificación de un compromiso arbitral que fuere celebrado por una parte que, al momento de suscribir dicho pacto, estuviere afectada por alguna incapacidad.”

Y que, “no es posible extender la aplicación del artículo 1968 del Código Civil al caso de marras, por estar dicha norma en frontal contradicción con lo prescrito en el artículo 44 literal ‘a’ de la ley especial que rige la materia de arbitraje comercial en Venezuela.”

En ese sentido, invocó interpretación de la Sala Político Administrativa contenida en sentencia No. 1.209 de fecha 20 de junio de 2001 (caso Corporación L´Hoteles), en la que se señaló que la falta de facultad expresa de los representantes de las partes para comprometer

en árbitros, es un caso de “nulidad absoluta”, no de nulidad relativa como expresa el panel arbitral.

Asimismo, invocó interpretación de la Sala Político Administrativa contenida en sentencia No. 855 de fecha 5 de abril de 2006 (caso Compañía Anónima Venezolana de Televisión, C.A.V.T.V.), en la que se estableció que, “...las normas reguladoras de la capacidad son de orden público”, y por ende, “...las nulidades que afectan o quebrantan al orden público no son subsanables ni convalidables con al actuación de las partes, ni aun con el consentimiento expreso de las mismas.”

Que, “en vista de que el artículo 44 literal ‘a’ de la Ley de Arbitraje Comercial constituye una norma reguladora de la capacidad en materia de arbitraje comercial y por cuanto según la aludida sentencia, ésta sería una norma de orden público, resulta entonces concluyente que ninguna nulidad derivada de la afectación a la capacidad contractual a que se refiere el referido literal, es susceptible de ser convalidada.”

Señalan que, esas “opiniones –respetables, como todas- no pueden estar por encima de los criterios del Tribunal Supremo. Cualquier juzgador que se encuentre frente a un similar tiene que considerar y otorgar el justo valor que merece la doctrina de una Sala tan importante del TSJ (sic), como lo es la Sala Político Administrativa.”

Que, “[u]na cosa es emitir una opinión ‘personal’ con el ánimo de expresar una postura persona crítica a la Jurisprudencia del TSJ (sic), pero otra muy distinta es acoger esa opinión en el ejercicio de una función jurisdiccional hasta el punto de ponerla por encima, incluso, de la doctrina pacífica de nuestro Tribunal Supremo.”

Que, “el Tribunal Arbitral SE ENCARGÓ DE SUPLIR LAS DEFENSAS de VINCENZO, argumentando la supuesta convalidación tácita del mandatario al interponer la demanda arbitral, lo cual es una total falacia, no sólo porque no es posible hacerlo en el caso sub examine, sino porque, de poder hacerlo, es el mandante y no otro mandatario quien estaría facultado por la ley para ello, a menos que éste último tuviese un poder especial para llevar a cabo tal ratificación, lo cual tampoco sucedió en el presente caso.”

Respecto la posición del panel arbitral, de sostener que la incapacidad sólo podía ser sostenida por la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., que era la parte afectada por ese vicio, señala que, “[l]a consecuencia de acoger la tesis del CEDCA es que si dos personas suscriben un acuerdo arbitral y una de ellas se encuentra afectada por alguna incapacidad al momento de contratar, entonces sucede que la única persona que se encuentra comprometida o ‘sujetada’ al fuero arbitral es aquella que no sufría de ninguna incapacidad, porque la otra en cambio podrá, a su elección, decidir si convalida el convenio y se somete al arbitraje o si en cambio alega su nulidad y opta por acudir a la jurisdicción ordinaria, todo ello, según su conveniencia o según lo que le plazca. Es decir, que mientras que la parte que fue diligente sufre una consecuencia de sujeción al arbitraje, la otra parte en cambio estará libre de toda atadura porque sencillamente podrá escoger cuál de las dos vías utilizar: la ordinaria o la arbitral.”

Que, además de ello, “la Ley de Arbitraje Comercial es muy clara en su Artículo 44, Literal ‘a’ al prescribir que la nulidad del laudo se podrá declarar ‘Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje’. Es decir, que según la ley, la incapacidad que puede

invocar la parte recurrente para fundamentar la nulidad de un laudo no tiene por qué ser necesariamente su propia incapacidad sino la de ‘una de las partes’, entiéndase, ‘cualquiera de las partes’. Entonces, el deber ser es que ‘donde la ley no distingue, no lo haga el intérprete’, pero el Tribunal Arbitral pareciera haber olvidado esta máxima.”

Que, “aceptar esta tesis es abrir las puertas al fraude, por cuanto va a resultar más beneficioso para los presidentes, administradores y demás representantes legales de las empresas suscribir cláusulas arbitrales a través de mandatarios a quienes, intencionalmente, no se les facultaría expresamente para comprometer, por cuanto así, tendrían una gran ventaja sobre la otra parte.”

En ese sentido, señala que, “la tesis del Tribunal Arbitral, debe ser desechada por este Juzgado Superior, no sólo porque contradice la Jurisprudencia del TSJ (sic) y las leyes de la República, sino porque además generaría una absurda situación de incertidumbre que no le haría ningún bien al arbitraje comercial en Venezuela, y por el contrario abriría –de manera innecesaria e inconveniente- las puertas al fraude y a la inseguridad jurídica.”

Luego, señala que entre la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., e INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., se celebraron siete (7) contratos, a saber un (1) contrato principal de reserva, cuatro (4) contratos de obras, y dos (2) contratos de dación de pago.

Señala que, “en el primero y principal de estos contratos (que fue el contrato de reserva), tenemos que es el ADMINISTRADOR GENERAL de VINCENZO, ciudadano M.R.D.C.... quien suscribe dicho documento.”

Que, “para el resto de los contratos suscritos en fecha 23 de septiembre de 2009, la voluntad de VINCENZO para comprometer a través de una cláusula arbitral, es expresada a través de la ingeniero L.I.I.Á.... con base en un poder protocolizado ante la Oficina Inmobiliaria de Registro Público del municipio M. del estado Nueva Esparta, bajo el N° 43, folios 189 al 195, Protocolo Tercero, Tomo N° 2, de fecha cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008).”

Que, dicho poder es del tenor siguiente:

En el ejercicio del presente mandato la antes identificada Apoderada queda autorizada de manera expresa a suscribir, en nombre de mi representada, los respectivos contratos de opciones de compra y enajenación definitiva de los apartamentos que conforman los proyectos de viviendas antes identificados; modificar, resolver o rescindir contratos de todo género y tipo por ante los organismos y poderes públicos de la República o dependencias oficiales, ya sean nacionales, estatales, municipales o institutos autónomos; y, en general, representar y actuar en nombre y representación de ‘INVERSIONES VINCENZO, C.A.’, antes plenamente identificada, en todo tipo de asuntos judiciales, extrajudiciales y administrativos, relacionados con la enajenación de los inmuebles que conforman los proyectos de viviendas denominados ‘Conjunto Residencial Vincenzo I° y/o ‘Conjunto Residencial Stephanie’, y, en general, en todo lo relativo a la enajenación de los apartamentos que conforman los precitados proyectos de viviendas a ser desarrollados sobre las parcelas de terrenos adquiridas por mi representada mediante los antes de citados documentos de fechas 04 y 22 de enero del 2.007 y hacer todo lo conducente a la mejor defensa de sus derecho e intereses, pues la anterior enumeración de facultades conferidas a la precitada

apoderada, dentro de la especialidad del presente mandato, es simplemente enunciativa y no limitativa’.

Que, “como se puede apreciar de los términos del ‘poder’ conferido a la ciudadana L.I.I.Á., el mismo no es más que un mandato especial, con un objeto sumamente específico, el cual es representar a la demandante en el negocio relativo a la venta de apartamentos en dos conjuntos residenciales, uno de ellos, por supuesto, el ‘Conjunto Residencial Vincenzo I’”.

Se observa que, “el fin para el cual fue otorgado el aludido instrumento, resulta claro que la prenombrada mandataria L.I.I.Á. carecía de facultad expresa para suscribir un ‘acuerdo arbitral’ en nombre de su poderdante.”

En ese sentido, “la ‘cláusula compromisoria’ contenida en cada uno de estos contratos accesorios carece de toda validez, de toda eficacia y de toda aplicabilidad, resultando en consecuencia NULO todo procedimiento arbitral que se fundamente en dicho acuerdo, así como todo laudo que se produzca en el mismo.”

A tal efecto, invocó decisiones de la Sala Político Administrativa contenidas en sentencias No. 1.209 de fecha 20 de junio de 2001 (caso Corporación L’Hoteles), y N.º 98 de fecha 29 de enero de 2002 (caso Banco Venezolano de Crédito, S.A.C.A.).

Respecto los literales b) y c) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, fundamentó que, además de los motivos que acarrear la nulidad absoluta del acuerdo arbitral, señalados al momento de fundamentar la pretensión de nulidad en el literal a), añade que, “el laudo es nulo porque la ‘Cláusula Compromisoria’ es totalmente inválida, ineficaz e inaplicable, ya que colisiona con la cláusula décima del contrato principal o de reserva suscrito por las partes.”

Señala que, “el primero y más importante de los instrumentos que dieron origen a la relación jurídico-contractual surgida entre VINCENZO C.A. y SALYMAR, lo constituye el acuerdo marco denominado por las partes ‘contrato bilateral de reserva de suministro y pago en especie’, (...) documento que serviría de base a una serie de contratos de obra y compromisos de dación en pago celebrados en fecha 23 de septiembre de 2009, con fundamento en el mencionado convenio inicial.”

Que, “[e]n este contrato, las partes plasmaron por primera vez en un documento autenticado su voluntad de regular los aspectos macros concernientes a la ejecución de distintas obras de suministro e instalación en el CONJUNTO RESIDENCIAL VINCENZO Iº, el cual se construye en una parcela de terreno identificada con el Nº 228, colindante con la Av. B., Urbanización Costa Azul de la ciudad de Porlamar, Municipio Mariño del estado Nueva Esparta.”

Que, “[e]stos ‘aspectos macros’ están constituidos por un conjunto de diez (10) cláusulas que recogen los acuerdos más importantes como son la determinación exacta de las obras de suministro e instalación a ejecutar, el precio de la obra contratada, la ‘JURISDICCIÓN ESPECIAL’ establecida por las partes, entre otros.”

La cláusula in commento del contrato principal, establece: “DECIMA: JURISDICCIÓN ESPECIAL. Las interpretaciones que pueda suscitarse sobre este contrato y que no puedan resolverse amistosamente, serán resueltas únicamente y de manera excluyente por los

Tribunales competentes de la Ciudad de La Asunción, Municipio Autónomo Arismendi del Estado Nueva Esparta.”

Señala que, “siendo éste el instrumento que sirvió de plataforma para todos los contratos complementarios celebrados posteriormente por las partes en fecha veintitrés (23) de Septiembre de 2009, resulta claro entonces que es el Poder Judicial, y concretamente los Tribunales competentes de la Ciudad de La Asunción, Estado Nueva Esparta, los encargados de dirimir cualquier conflicto derivado no sólo del contrato primario de fecha 16 de noviembre de 2007, sino del resto de los contratos derivados de éste, toda vez que todos estos contratos se refieren a obligaciones mutuas e ‘INSEPARABLES’ de dar, de hacer y de no hacer, de tal suerte que resultaría totalmente un contrasentido someter un contrato inicial a una jurisdicción y unos contratos accesorios a otra distinta, cuando en realidad todos estos contratos conforman un mismo e indivisible bloque que no sólo tiene a las mismas partes contratantes como elemento común, sino que adicionalmente versa sobre objetos necesariamente entrelazados o resultantes los unos de los otros.”

Continúa señalando que, “dado que el contrato básico que marca tanto el origen como los parámetros de las obligaciones surgidas mutuamente entre las partes para la ejecución de diversas obras de suministro e instalación en el mencionado conjunto residencial, es el ‘contrato bilateral de reserva de suministro y pago en especie’ de fecha 16 de noviembre de 2007; y visto que este instrumento consagra una Cláusula Expresa que no deja lugar a ninguna duda en relación con la voluntad de las partes de someter sus controversias ‘de manera excluyente’ a la jurisdicción especial correspondiente a los Tribunales competentes de la Ciudad de La Asunción, Estado Nueva Esparta; es concluyente entonces que son éstos los órganos jurisdiccionales llamados a resolver las diferencias surgidas en torno a las referidas obligaciones.”

Que, “reconoce la irregularidad en la que involuntariamente se incurrió al ser incluida una cláusula arbitral en los contratos complementarios de fecha 23 de septiembre de 2009, pues mal podían las partes dividir un mismo e inseparable asunto en distintas jurisdicciones, dado que tal anormalidad produce como consecuencia la generación de una situación de absoluta inseguridad jurídica, además de propiciar un escenario perfectamente proclive a la aparición de decisiones paralelas y eventualmente contradictorias por parte de una jurisdicción y la otra.”

Asimismo, señala que, “es evidente que hubo una irregularidad en la inclusión de la mencionada cláusula arbitral, lo cual la hace totalmente írrita, pues el contrato de obra que la parte demandante califica erradamente como ‘principal’ y el contrato de reserva que le sirve de fundamento y columna vertebral, contienen dos estipulaciones absolutamente opuestas entre sí, representadas en las cláusulas DÉCIMA y VIGÉSIMA CUARTA, respectivamente.”

Señala que, “para determinar la validez, eficacia y aplicabilidad del pacto arbitral, es necesario que la voluntad de las partes sea manifiesta, inequívoca, indiscutible, sin vacilaciones y sin contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros.”

Por tanto, “resulta que en el caso sub examine, la voluntad de las partes en torno a elegir a la jurisdicción arbitral como escenario único y excluyente para la resolución de sus conflictos, es ‘equivoca’, es ‘discutible’, y lo peor, es absolutamente ‘contradictoria’. Prueba de ello, es

la existencia de las cláusulas ‘DÉCIMA’ y ‘VIGÉSIMA CUARTA’ en los contratos de reserva y de obra de fechas 16 de noviembre de 2007 y 23 de septiembre de 2009 respectivamente, además de que en este segundo contrato, se insiste, se dio por ratificado y ‘reproducido en su totalidad’ el primero de los mencionados contratos.”

Señala que, “[l]a presencia de estas cláusulas –diametralmente opuestas entre sí- en contratos que son per se inseparables y subordinados el uno al otro, genera definitivamente un problema de ambigüedad, de inconsistencia y de inseguridad jurídica tal que no puede ser pasado por alto y cuya consecuencia no puede ser otra que la invalidez de la cláusula arbitral.”

Arguye que, “la Jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal (...) exige la existencia de una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las disputas, desavenencias y controversias que puedan presentarse con ocasión a la interpretación, ejecución y terminación del contrato correspondiente, lo cual no ocurre en el presente caso.”

Señala que, “en vez de existir una ‘exclusión’ o ‘privación’ expresa de conocimiento para los tribunales que en condiciones normales podrían tener jurisdicción sobre la controversia, lo que hubo fue una manifestación de voluntad en sentido contrario, es decir, un afianzamiento de los Tribunales pertenecientes a la Jurisdicción Ordinaria, y dentro de ella, los ubicados en La Asunción, Estado Nueva Esparta, para conocer el presente asunto de manera exclusiva, excluyente y privativa.”

Que, “resulta totalmente sorprendente, asombroso e inexplicable que el apoderado de VINCENZO en el petitorio de su demanda arbitral, hubiere solicitado al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), nada más y nada menos que la resolución del contrato de reserva (...).”

Y continúa expresando que, “[c]uesta entender cómo la demandante pudo formular tal petición ante ese fuero arbitral, a sabiendas que cualquier controversia en torno a ese contrato sólo podría y puede ser conocida y resuelta por los Tribunales ordinarios competentes del estado Nueva Esparta, conforme a lo dispuesto en la precitada Cláusula DÉCIMA.”

Aduce que, “los otros contratos cuya resolución fue declarada por el Tribunal Arbitral en el laudo recurrido, surge entonces una situación que tampoco deja de ser contradictoria, toda vez que éstos contienen una cláusula arbitral, pero al mismo tiempo constituyen documentos accesorios, que como tales forman parte inseparable del contrato que les dio origen, esto es, del contrato de fecha 16 de noviembre de 2007.”

Y, asimismo, señala que, “lo lógico sería aplicar la máxima según la cual ‘lo accesorio sigue la suerte de lo principal’, a fin de evitar las contradicciones que pudieran presentarse por la errónea e inútil inclusión de cláusulas arbitrales en unos contratos en los que no podían tener cabida de ningún modo, a no ser que se hubiese dejado expresamente ‘sin efecto’ la cláusula DÉCIMA del contrato principal, lo cual, no sólo no se hizo, sino que, por el contrario, lo que hubo fue una ratificación de esta estipulación, y en general de todas las cláusulas contenidas en dicho documento.”

En otro orden, señala que en el trámite citatorio se violó la Ley de Arbitraje Comercial y el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

En ese sentido, señala que la boleta de citación entregada, por medio de MRW, a la sociedad mercantil INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., es del tenor siguiente:

A la sociedad mercantil INVERSIONES SALALZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A. (...) que ha sido presentada una demanda de arbitraje en su contra por la sociedad mercantil INVERSIONES VINCENZO, C.A., debidamente identificada en los documentos que se anexan, a la cual deberá dar contestación por escrito en la sede de este Centro... dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la demanda que se acompaña a la presente, lapso que vence el día jueves (16) de diciembre de 2010, a las 5:30 p.m., todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 19 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) relativo al Procedimiento Regular.

En ese sentido, señala que, “lo anterior es violatorio del Reglamento del CEDCA, es violatorio del artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial y es violatorio de la garantía constitucional al debido proceso, por cuanto se le indica falsamente, indebidamente y de manera anticipada, que el lapso de contestación ‘...vence el día jueves (16) de diciembre de 2010, a las 5:30 p.m.’, es decir, una fecha que no es acorde con la verdad procesal, ni con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del CEDCA.”

Señala que, “[e]ste error o defecto en la citación, es una violación grave del procedimiento establecido, ya que la información que allí se hace saber es confusa e indujo en error y en confusión a la parte citada (en este caso SALYMAR), violando el debido proceso y entorpeciendo de alguna forma su derecho a la defensa, ya que la ambigua, defectuosa e ilegal actuación del CEDCA, confundió a [su] representada y la colocó en una situación de incertidumbre en la que le resultó cuesta arriba ‘hacer valer sus derechos’.”

Asimismo, alega que, “el CEDCA, increíblemente, no respetó el lapso de contestación a la demanda previsto en el artículo 19 del Reglamento del CEDCA...”.

En este sentido, señala que, “en vez de veinte (20) días (como lo ordena el Reglamento), el CEDCA sólo concedió diecinueve (19) días para la contestación a la demanda.”

Como consecuencia, señala que “en vista que el CEDCA no dejó transcurrir íntegramente el lapso de contestación, irremediablemente se trastocó todo el procedimiento, por lo que, dado el principio de unidad de los lapsos procesales, se alteró el orden legal del procedimiento arbitral, produciendo indefectiblemente la nulidad del laudo a tenor de lo establecido en el literal ‘c’ del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, y así solicitamos que sea declarado por este Juzgado Superior.”

Por otro lado, señala que, se “incurrió en una violación de la ley que produce indefectiblemente la nulidad del laudo a tenor de lo establecido en el literal ‘c’ del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, toda vez que no se notificó al Procurador General de la República de la demanda de arbitraje conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.”

Que, “era evidente el interés que tenía el Estado Venezolano en el asunto. Por tanto, al omitirse esta obligación, era imposible que se pudiera someter a arbitraje un asunto en el cual el Estado Venezolano tenía interés”.

A tal efecto, invoca interpretación de la Sala Político Administrativa contenida en sentencia No. 1.616 de fecha 21 de junio de 2006 (caso H.P.P., C.A.).

Respecto la producción de la prueba de experticia, señala que, “se evidencia que en el auto de procedimiento emanado de la terna arbitral de fecha 16 de mayo de 2011 que se contrae la admisión (sic) de la prueba de experticia, la terna arbitral estableció que las reglas de dicha prueba estaría amparada bajo la normativa adjetiva civil, de lo cual se puede inferir que el tribunal arbitral rigió la evacuación de la prueba de experticia bajo el catálogo del citado texto”.

Que, “en fechas 7 de junio de 2011 la Secretaría ejecutiva del CEDCA les notificó mediante e-mail a los expertos estableciéndoles los lineamientos contenidos en los dispositivos 451 al 471 de la Ley Adjetiva Civil (...) y el 12 de julio del mismo año se le reitero (sic) la notificación informándoles sobre los parámetros informados en la juramentación de rigor advirtiéndoles en esta oportunidad sobre la referencia del dispositivo 466 eiusdem, es decir, la prueba de experticia el tribunal arbitral rigió su evacuación bajo los parámetros del texto adjetivo civil, que fueron inobservados por el grupo de expertos al no cumplir con la formalidad esencial contenida en el dispositivo 466 eiusdem, mediante la cual tenían que dejar constancia en autos con 24 horas de anticipación del inicio de las actividades judiciales encomendadas.”

Y continúa señalando que, “[e]l grave error cometido por los expertos y la falta de tramitación del juicio arbitral no ajustado a la Ley de Arbitraje Comercial configura la causal de nulidad contemplada en el artículo 44 literal “C” de la Ley de Arbitraje Comercial, en concordancia con los artículos 12 y 13 eiusdem, y los dispositivos 33.1 y 29.2 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, adminiculados con el dispositivo 466 de la Ley Adjetiva Civil que produjo una reducción del lapso de evacuación para esta prueba y como consecuencia una subversión procesal que trastocó la tramitación y reglas del procedimiento arbitral hecho este que fortalece la nulidad del laudo solicitada, que mediante este medio impugnativo se ejerce.”

Señala que, “el tribunal arbitral en el acto de juramentación de fecha 30 de mayo de 2011 de los expertos, según auto de la misma fecha, no fijó el lapso para la evacuación de la prueba, sino que por auto separados de fecha 13 de junio de 2011 fijó un lapso de treinta (30) días hábiles para la evacuación de la experticia a partir del vencimiento del plazo para la consignación de los honorarios, pero omitió fijar el término de la distancia aunque del dictamen de los expertos consta que los auxiliares de justicia realizaron una inspección a la obra, ubicada en la Isla de M. e hicieron adquisiciones de bases de datos en el Colegio de Ingenieros del estado Nueva Esparta, lo cual, denota otra subversión procesal, esta vez, auspiciada por el tribunal arbitral que cercenó los lapsos pre-establecidos subvirtiendo el orden procesal y consecuentemente la tramitación del juicio arbitral que al no estar ajustado a la Ley de Arbitraje Comercial configuró las causales de nulidad contempladas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial en sus literales ‘b’ y ‘c’, en concordancia con los artículos 12 y 13 eiusdem, y los dispositivos 33.1 y 29.2 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, adminiculados con el dispositivo 460 de la Ley Adjetiva Civil”.

También, señala que, se incurrió en minus o citrapetita al no fijar las costas procesales en el Laudo recurrido. En este sentido, señala que, “el Tribunal Arbitral sólo estableció que ‘las costas del presente juicio incluidos los honorarios de árbitros, honorarios de abogados, gastos

administrativos y honorarios de expertos deberán ser distribuidas así: ochenta por ciento (80%) a la parte demandada y veinte por ciento (20%) a la parte demandante’, pero omitió quizás lo más importante que era precisamente ‘fijar las costas del arbitraje’ tal como lo ordenaba expresamente el artículo 20 de la Ley de Arbitraje Comercial en concordancia con lo dispuesto en el artículo 42.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).”

Respecto el literal f) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, asentó que, “en fecha 22 de julio de 2009, VINCENZO suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en el cual constituyó HIPOTECA especial de primer grado sobre la parcela de terreno de su propiedad... a favor de la sociedad mercantil C.A. CENTRAL, BANCO UNIVERSAL, por un monto de CUARENTA Y CINCO MILLONES CIEN MIL BOLÍVARES FUERTES CON CERO CÉNTIMOS (Bs.F. 45.100.000,00)”.

Que, “cuatro (4) meses después de haber suscrito el referido préstamo con garantía hipotecaria, la acreedora hipotecaria de dicho inmueble, esto es, la extinta sociedad mercantil C.A. CENTRAL, BANCO UNIVERSAL, fue intervenida con cese de intermediación por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) mediante Resolución N° 640.09, de fecha 4 de diciembre de 2009, publicada en [Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.939 extraordinaria](#) de esa misma fecha.”

Asimismo, señala que, “mediante Resolución N° 682.09 de fecha 16 de diciembre de 2009, publicada en [Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.329](#) de la misma fecha, la mencionada entidad bancaria fue fusionada, siendo el ente resultante de dicha fusión el BANCO BICENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A., propiedad del Estado Venezolano.”

De manera que, “para la fecha de interposición de la demanda arbitral, esto es, para el 16 de noviembre de 2010, VINCENZO sabía perfectamente que los intereses patrimoniales del Estado Venezolano se encontraban en juego, por intermedio del BANCO BICENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A. acreedor hipotecario de VINCENZO.”

Por tanto, señala que, “el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje, ya que se encontraban envueltos intereses de la República, lo cual además hacía forzosa la notificación del Procurador General de la República, conforme a las previsiones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.”

Para decidir, se pasa al análisis de las causales alegadas:

Literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

En primer lugar, con respecto a la causal de nulidad del literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, aduce la parte recurrente, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN (SALYMAR), C.A., que la apoderada de la empresa INVERSIONES VINCENZO C.A., ciudadana L.I.I.Á., quien suscribió la cláusula de arbitraje no estaba investida de facultad expresa para comprometer en árbitros, y no se admite la ratificación de un acuerdo arbitral que fuere celebrado por una parte que, al momento de consentir dicho pacto, estuviere afectada por alguna incapacidad, por lo cual, en consecuencia, no puede someterse a arbitraje los contratos consignados con la solicitud/demanda de arbitraje.

En una primera precisión, es menester referirse al principio competencia-competencia, que como bien indica la autora M.F.V.P., “implica que debe ser el propio árbitro quien debe resolver los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible alegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia competencia. Esta potestad se entiende, desde una perspectiva positiva, como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos; y desde la óptica negativa, que los tribunales estatales quedan inhibidos de poder pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a la justicia arbitral”.

Y acota la misma autora que el “principio en comento presenta una clara raigambre contractual en cuanto son las partes quienes le confieren una competencia total al árbitro para resolver un determinado asunto, de lo cual se deriva que éstos deben conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y sólo si comprueba que éste es nulo o inválido, quedarán inhibidos de poder hacerlo (...). Con todo, si bien el principio arranca de sede contractual, sus efectos se explican en verdad por medio de la ley, pues de lo contrario no sería factible que el árbitro pueda conocer del convenio que le sirve de antecedente a su competencia, si éste es nulo” (cfr. V.P., M.F., *Comprensión del Principio "Competencia-Competencia" y Configuración de la Nulidad o Ineficacia del Acuerdo Arbitral*”, publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado, No. 15, pág. 181-196 [diciembre 2010]).

Y es que, dicha cita surge a propósito de precisar que según el principio competencia-competencia, aun cuando es el propio árbitro el que debe resolver los conflictos relacionados al convenio arbitral, incluida la posible nulidad o inexistencia del contrato del cual puede formar parte el convenio, no es un inhibidor de la potestad judicial de revisar, mediante el recurso de nulidad, los laudos arbitrales en los cuales, aun cuando el árbitro haya afirmado su competencia, se cuestione la nulidad del convenio.

En ese sentido, se afilia el precedente de nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencia No. 1067/2011 del 3 de noviembre, caso Astivenca Astilleros de Venezuela, .C.A.), cuando expresa:

Así, el principio competencia-competencia permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; por lo que puede afirmarse el carácter bifronte del mismo, bien desde una perspectiva positiva, o en la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje (vgr. artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial) o, en relación a su aspecto negativo, conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales (vgr. Artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras) -Vid. GAILLARD, EMMANUEL y BANIFATEMI, YAS. N.E. of Competence-Competence: The rule of Priority in Favour of the Arbitrador,

en la obra *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, the New York Convention in Practice, Edited by GAILLARD, EMMANUEL y DI PIETRO, DOMENICO. C.M., Londres, 2008, p. 257-273-; y sobre el cual debe señalarse lo siguiente:

(...) El principio Compétence-Compétence y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta. Aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de Compétence. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de las partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten ante el árbitro caen dentro de su legítima competencia. El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de Competence tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes; pero merecería un adjetivo adicional: ridículo se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues ex nihilo nil fit.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia, son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

Existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de compétence que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. Compétence hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero y es

aquí donde existe una sutileza que es importante notar si bien autonomía permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin compétece dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por compétece.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral. Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró (...)

-Cfr. GONZÁLEZ DE C., F.. El Principio Compétece-Compétece Revisado, en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, ISSN 0213-2761, N° 2007, 2007, p. 63-84-.

Ahora bien, la cuestión no radica en determinar la existencia o no del principio competencia-competencia en el ordenamiento jurídico venezolano -situación por lo demás clara a favor del mismo-, sino su aplicación en aquellos casos en los cuales una de las partes que acordó someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan generarse entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; decide acudir e iniciar un proceso ante los órganos del Poder Judicial.

En tales supuestos, el carácter bifronte del principio competencia-competencia se pone de manifiesto en su aspecto negativo, pero igualmente cabe plantearse cuál es el grado de intensidad en la revisión de la cláusula compromisoria que el juez debe asumir.

Sobre este tema, desde el punto de vista del Derecho Comparado, no existía unidad de criterios en relación con el tipo de examen en materia de validez, eficacia o aplicabilidad, pero pueden identificarse dos corrientes en esta materia, unas vinculadas con el control inmediato o de fondo (criterio tradicional) y, otras -mayoritarias en la actualidad- que sostienen un examen preliminar o sumario por parte de los órganos del Poder Judicial.

Así, el control inmediato y de fondo era sostenido -en forma tradicional- por la jurisprudencia inicial de los Estados Unidos, conforme a la cual la revisión del pacto arbitral debía ser de fondo, ya que conforme a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “First Options of Chicago v. Kaplan”, se consideró que “las cortes debían ser las encargadas de determinar, de manera exclusiva y por regla general los cuestionamientos relativos a la validez o los alcances del pacto arbitral” -Vid. TALERO RUEDA, SANTIAGO. Ob. Cit., p. 157-. Situación que ha venido cambiando paulatinamente, dentro de los propios Tribunales de los Estados Unidos, en virtud de que cada día más Cortes han empezado a inclinarse por la llamada postura moderna, que consiste en aplicar el control preliminar a que se refiere el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, (cuya Ley Aprobatoria en nuestro foro, fue publicada en Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994, antes citada).

En efecto, ya a nivel comparado -y en forma mayoritaria- ha prevalecido el llamado control preliminar y sumario de los tribunales, cuyo origen más elaborado se ubica en el sistema francés, conforme al cual los jueces deben hacer un examen prima facie del pacto arbitral y, sólo si se evidencia una manifiesta nulidad del mismo, es sólo allí que no deben remitir a las partes al arbitraje.

Así, en países como Suiza, su Tribunal Federal ha restringido la revisión de las cortes a una verificación “prima facie” de la validez, eficacia o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje. También tribunales en Ontario (Canadá) y Hong Kong (China) que emplean una similar aproximación al tema, al establecer una revisión sumaria del pacto arbitral, conforme al principio competencia-competencia. En ese mismo sentido, recientemente la Corte Suprema de la India en el caso “Shin-Etsu Chemical Co. v. Aksh Opticfibre Ltd”, adoptó la tesis conforme al cual la revisión judicial sobre la validez, eficacia o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje no puede ser una aproximación exhaustiva y de fondo del pacto arbitral y justificó la revisión “prima facie”, en la medida que una revisión a profundidad respecto la validez o nulidad de la misma podía efectuarse mediante el control judicial del laudo arbitral -Vid. R.D.B., W.M.C., and M.M.C.. The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention, en la obra Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice, Edited by GAILLARD, EMMANUEL y DI PIETRO, DOMENICO. C.M., Londres, 2008, p. 284-.

Ahora bien, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, resulta claro que es en esta última corriente que el ordenamiento jurídico venezolano se inscribe, lo cual no sólo se justifica desde un punto de vista jurídico conceptual, sino desde un enfoque utilitarista, en la medida en que la posibilidad que los órganos arbitrales se pronuncien sobre su propia competencia en ningún caso excluye el control de los tribunales, la cual puede ocurrir de forma plena en el marco de un recurso de nulidad contra el laudo arbitral de conformidad con los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial. (Énfasis y subrayado de este Tribunal Superior).

Por ende, siendo sostenida la nulidad del acuerdo o cláusula de arbitraje, soportándose en el literal a), y dada la afirmación de competencia por el panel arbitral, no se niega la facultad de este Tribunal Superior para entrar a reexaminar, la validez del acuerdo de arbitraje, y así se declara.

En el sub lite, la recurrente, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., cuestiona la jurisdicción-competencia del panel arbitral, soportándose dicha alegación en el artículo 44.a de la Ley de Arbitraje Comercial, y a tal efecto, se señala que el panel admitió su jurisdicción-competencia pese a que la mandataria de la empresa INVERSIONES VINCENZO C.A., ciudadana L.I.I.Á., quien suscribió la cláusula de arbitraje en los siguientes contratos: a) Contrato de obra suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 16, Tomo 90; b) Contrato de obra adicional suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo

el No. 12, Tomo 90; y c) Contrato de dación en pago suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el No. 11, Tomo 90; no estaba dotada de facultad expresa, en el mandato que le había sido otorgado, para convenir un arbitraje, y el cual se encuentra protocolizado en la Oficina Inmobiliaria del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta, el 5 de julio de 2008, bajo el No. 43, Tomo 2, Protocolo 3°.

Expresa que dicho acuerdo de arbitraje no es convalidable, ya que si bien el artículo 1.698 del Código Civil permite la ratificación de la actuación del mandatario que se haya excedido en los límites de su mandato, en materia de arbitraje comercial esta disposición debe interpretarse e integrarse y tener una visión del orden jurídico a completudine, por cuanto el mencionado artículo 1.698, violenta el artículo 44.a de la Ley de Arbitraje Comercial. Y afirma que el artículo 44.a, no admite la ratificación de un acuerdo arbitral que fuere celebrado por una parte que, al momento de consentir dicho pacto, estuviere afectada por alguna incapacidad.

Y continúa, diciendo que la carencia de facultad expresa no es o no puede inscribirse dentro de las nulidades relativas, sino que se trata de una nulidad absoluta. E invoca la información publicada por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) en su portal web y sentencia de la Sala Político Administrativa del 20 de junio de 2001 (caso Hoteles Doral C.A. vs. Corporación L. Hoteles C.A.). Asimismo, señala que en los casos de acuerdos patológicos es solo a través del concurso de voluntades o consentimiento de las partes cuando se pueden corregir esas patologías y no mediante el acto unilateral de confirmación de una de ellas, además que conforme al artículo 1.698 del Código Civil, la ratificación sólo está en cabeza del mandante.

Asimismo, señala que sería injusto afirmar que la alegación de nulidad del convenio quedara sólo en cabeza de una de las partes, porque se generaría una suerte de desigualdad. Adicionalmente que la nulidad del acuerdo de arbitraje, no tiene que ser invocada por quien está afectado por incapacidad, sino que cualquiera de las partes está permitada para hacer su denuncia.

Por su parte, el panel arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), afirma que, ciertamente, el poder otorgado a la ciudadana L.I.I.Á., no le daba la potestad de convenir un arbitraje. Que, si bien, conforme el artículo 1.689 del Código Civil, el mandatario no puede exceder los límites de su mandato, y que, el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, exige que se tenga facultad expresa para comprometer en árbitros, no obstante, señaló que el vicio se refiere a una falta de representación, y que los vicios de representación son convalidables conforme el artículo 1.698 del Código Civil, pues, dicho vicio se subsana mediante la comparecencia del representante legítimo del actor o del apoderado debidamente constituido, y además, con la ratificación de los actos efectuados con el mandato defectuoso.

Por ende, estimó que, esa ausencia de facultad para comprometer en árbitros, afecta al contrato de nulidad relativa, y que con la presentación de la solicitud/demanda de arbitraje en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), por el abogado C.F., en su carácter de apoderado de INVERSIONES VINCENZO, C.A., con

facultad expresa para comprometer en árbitros, quedó convalidada la carencia de facultad expresa en el mandato de la ciudadana L.I.I.Á.. Y adiciona, que, en todo caso, ese vicio sólo podía ser denunciado por la parte afectada, en este caso, la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., y no por su contraparte.

A propósito de ello, se debe señalar que, cuando se está en el caso de acuerdos arbitrales, se suele establecer según una interpretación concatenada de los artículos 3 de la Ley de Arbitraje Comercial y 1.688 del Código Civil, que, para convenir o suscribir un acuerdo o cláusula arbitral, el mandatario o apoderado necesita de facultad expresa.

Sin duda, esa ausencia de facultad en el mandatario o apoderado puede ser atacada mediante la causal a) del artículo 44 de la Ley arbitral, que nos dice: “Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje”.

Ahora, conviene preguntarse con referencia al caso sub iudice: ¿puede la no inclusión de la facultad de convenir un arbitraje, considerarse un vicio de nulidad absoluta, que lleve a borrar esa voluntad expresada en el acuerdo arbitral, sentido en el que han caminado algunas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, (cfr., entre otras, sentencia No. 855 de fecha 5 de abril de 2006, caso Compañía Anónima Venezolana de Televisión interpone recurso de nulidad vs. Laudo arbitral de fecha 29 de enero de 2001)? Y, ¿cuáles son esas razones de interés general que se violaron, máxime cuando, como lo expresa el profesor D.M.O., aunque “la norma viole una regla de orden público, puede darse el caso de que el orden público no resulte afectado por el mantenimiento del acto, porque el orden público solo esté interesado en el aseguramiento al titular de ciertos intereses particulares del derecho a disponer sobre la validación o no del acto” (cfr. MELICH ORSINI, J., Doctrina General del Contrato. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie estudios, pág. 367)?

Aun cuando, el artículo 44.a) eiusdem, que expresa “...al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje”, pareciera diferir de la regla general de la ratificación a posteriori de los actos o negocios jurídicos efectuados sin facultad expresa por el mandatario o apoderado (artículos 1.698/1.351 Código Civil). Sin embargo, es allí donde vale hacer una interpretación sistemática o a completudine –como dice el recurrente- del ordenamiento jurídico, para entender que la noción de capacidad no está regulada por la Ley de Arbitraje Comercial sino por el Código Civil, por manera que, se debe distinguir cuándo el interés jurídico protegido puede viciar en forma absoluta o relativa una cláusula o acuerdo de arbitraje, para poder estimar la procedencia o no de la fórmula de la ratificación en esos casos.

En ese sentido, huelga señalar que, si bien las normas que establecen incapacidades suelen ser de orden público; éstas únicamente buscan proteger los intereses de los mismos incapaces, de modo que, su inobservancia solo produce una nulidad relativa, pues, el orden público no se afecta con el mantenimiento del negocio jurídico o contrato,

que solo se interesa en la protección a los incapaces de sus intereses, en cuanto establece para éstos el derecho a disponer sobre la validación o no del negocio o contrato.

No puede, entonces, argüirse que por violarse una norma de este tipo, la nulidad puede declararse a solicitud de cualquiera de las partes contratantes o incluso ex officio, lo cual se pueda evidenciar de algunos casos de nulidades de negocios jurídicos o contratos en áreas sensibles (de orden público) del ordenamiento jurídico, como lo es el del artículo 1.145 del Código Civil, por ejemplo, donde aun y cuando se trata de casos donde mediante normas de orden público se busca proteger intereses de personas que pueden denominarse débiles jurídicos (entredichos, inhabilitados, niños y adolescentes, por ejemplo), se establece que la nulidad no podrá ser alegada por las contrapartes de estos, sino por los propios incapaces, lo cual, refuerza la tesis de considerarse como casos de nulidad relativa.

En efecto, ese artículo 1.145 in commento, establece que:

La persona capaz de obligarse no puede oponer la incapacidad del menor, del entredicho, ni del inhabilitado con quien ha contratado.

La incapacidad que se deriva de la interdicción por causa de condenación penal, puede oponerse por todos aquellos a quienes interese.

Esa regla general en materia de nulidades, por tanto, se hace aplicable por analogía a cualquier caso de nulidad por incapacidad de los mandantes o de las partes. Si acaso, y sin entrar a examinar la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, quizás ésta encuentra sentido en un caso de nulidad absoluta que se refiere a las exigencias para los entes o empresas nacionales o del Estado, que se establecen en el artículo 4 de la Ley de arbitraje, al señalar que:

Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3).

Y es allí, donde se ha señalado que, “por concepto la ‘aprobación’ del órgano estatutario competente puede consistir en un acto posterior. No sucede lo mismo con la ‘autorización’ por escrito del Ministro de tutela, ya que por concepto, la autorización es un acto previo, permisivo, que en este caso concreto podría calificarse como una autorización que elimina la prohibición de una actividad impuesta con el fin de asegurar la protección de un interés”. (cfr. DE J.O., A., “Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales,

Caracas/Venezuela, 2005, pág. 83). Si se subsume el acuerdo de arbitraje, en ese supuesto del artículo 4 de la ley, sí se podría aplicar “al pie de la letra” la causal del literal a) del artículo 44 *ibídem*, en tanto que se produciría como lo dice el profesor D.B. “un estado originario de muerte” (cfr. B., D., Sistema de Derecho Privado, Tomo IV, Pág. 632), en el convenio de arbitraje que no podría ser subsanado.

En consecuencia, es precisamente una interpretación e integración a completudine del artículo 44.a) de la Ley de Arbitraje Comercial en el ordenamiento jurídico, la que nos permite el recurrir a los artículos 1.351 y 1.698 del Código Civil, para entender que si es posible que opere la fórmula de la ratificación (expresa o tácita) del acuerdo arbitral anulable por incapacidad del mandante o apoderado de una de las partes, en tanto que se trata de un caso de nulidad relativa.

En ese sentido, en el sub iudice se denuncia la ausencia de facultad expresa de la mandataria o apoderada, ciudadana L.I.I.Á., para comprometer a su mandante en un arbitraje. Ahora bien, esa ausencia de facultad expresa de la mencionada mandataria o apoderada solo podía ser acusada por la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A.

Sin perjuicio de ello, se constata que las cláusulas de arbitraje aparecen insertas en: a) Contrato de obra suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 16, Tomo 90; b) Contrato de obra adicional suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 12, Tomo 90; y, en el c) Contrato de compromiso de dación en pago suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 11, Tomo 90.

Ciertamente, en el sub lite las cláusulas de arbitraje aparecen convenidas por una apoderada que no tenía facultad expresa para comprometer en árbitros, según se evidencia del poder que se le otorgó y que se encuentra protocolizado en la Oficina Inmobiliaria del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta, el 5 de julio de 2008, bajo el N. ° 43, Tomo 2, Protocolo 3, empero, si bien, prima facie, se constata tal vicio de ese acuerdo de arbitraje, no es menos cierto que, por tratarse de un caso de nulidad relativa, donde se excedió la apoderada de los límites de su poder (no tenía facultad expresa para comprometer en arbitraje), en consecuencia, corresponde a la parte afectada por la incapacidad al convenir el acuerdo de arbitraje, a saber la empresa INVERSIONES VINCENZO C.A., acusar el vicio de nulidad o ratificar el acuerdo, ya sea de manera expresa, ya sea de manera tácita, conforme el artículo 1.351 del Código Civil.

En consecuencia, siendo incoada una demanda de arbitraje por la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., mediante el abogado C.E.F., en su condición de apoderado, exhibiendo un poder otorgado en la Notaría Pública Primera de Porlamar, Estado Nueva Esparta, el 1 de septiembre de 2010, bajo el N. ° 31, Tomo 124, donde se le permite de manera expresa, “comprometer la solución de los conflictos en tribunales arbitrales, arbitradores o de derecho y sustanciar este tipo de procedimiento en todos sus estados, trámites, etapas e incidencias”, se debe concluir que ese es un acto de ratificación tácita (ex artículo 1.351 del Código Civil) de la cláusula de arbitraje inserta en: a)

Contrato de Obra suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 16, Tomo 90; b) Contrato de Obra adicional suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 12, Tomo 90; y, c) Contrato de Dación en Pago suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el N. ° 11, Tomo 90. Así se declara.

En efecto, es esa una ratificación tácita, con la cual se produce la validación de todas las cláusulas arbitrales, sin que pueda señalarse que se efectuó de manera unilateral, pues, en esencia la ratificación es unilateral, como es unilateral la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje, las cuales quedan a disposición de la parte afectada por la incapacidad.

Luego, se estima improcedente la nulidad conforme el literal a) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, y así se decide.

Literales b) y c) del artículo 44 ibídem.

Respecto los literales b) y c) del artículo 44 de la Ley arbitral, dice la recurrente, en resumen, que la composición del panel y el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley arbitral, en virtud de que, el acuerdo de arbitraje es nulo e ineficaz (dada su equivocidad); porque en el iter procedimental de la citación se violó la Ley de Arbitraje y el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje; porque se recortó el lapso procesal para contestar la demanda; porque no se notificó a la Procuraduría General de la República; por irregularidad de la prueba de experticia; y por omisión al fijar las costas procesales.

Referido a que la manifestación de voluntad en el acuerdo arbitral no es inequívoca, se expresa que INVERSIONES VINCENZO, C.A. e INVERSIONES SALAZAR Y MARIN (SALYMAR), C.A., en el contrato que se denomina como principal, a saber, el Contrato de Reserva de Suministro y Pago en Especie, le dieron jurisdicción al Poder Judicial (a los tribunales de la ciudad de Asunción del Estado Nueva Esparta), en tanto que, es en los contratos que denominó accesorios, los dos (2) de Obra y el de Dación en Pago, fue donde establecieron en una cláusula el acceso a la opción del arbitraje.

En ese sentido, huelga señalar que la Sala Político Administrativa en jurisprudencia pacífica (cfr., entre otras más, sentencias N. ° 01209, del 20 de junio de 2001, caso Hoteles Doral C.A. vs. Corporación L. Hoteles C.A.; N. ° 00476, del 25 de marzo de 2003, caso Four Seasons Caracas, C.A. vs. C.B., S.A.; y, la N. ° 02571, del 5 de mayo de 2005, caso Inversiones 225, S.A. vs. D. del S., C.A.), ha señalado que la manifestación de voluntad de acceder a la justicia del arbitraje, debe ser expresada en forma “inequívoca, indiscutible y no fraudulenta”.

En efecto, en una de esas sentencias (cfr., por ejemplo, sentencia N. ° 01209, del 20 de junio de 2001, caso Hoteles Doral C.A. vs. Corporación L. Hoteles C.A.), se señaló:

No obstante lo anterior, si bien por una parte se constitucionalizan los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, empero, la verificación de los mismos debe procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la erradicación de todo uso

tergiversado que de ellos se pretenda, en aras de alterar o defraudar los cánones y principios del sistema ordinario de administración de justicia.

En este último sentido, la doctrina comparada y nacional es conteste en considerar al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, los cuales mediante una voluntad expresa, convienen de forma anticipada, en sustraer del conocimiento del poder judicial ordinario (acuerdo éste que también podría ser posterior, para el único caso en que, aún cuando ya iniciada una causa judicial, acuerden someterse en arbitraje), todas las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico pueda sobrevenir entre ellas.

De suerte tal, que el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de las causas del conocimiento del poder judicial...

Así pues, se unen voces como la del Dr. R.H. La Roche, cuando a propósito señalan:

Si no media la voluntad expresa e inequívoca el convenio no se reputará arbitral. Tal nulidad o ineficacia (quod nullum est nullum producit effectum) del acuerdo equívoco puede ser atacada por tres vías:... (iii) la nulidad del convenio puede utilizarse como causa para pedir la nulidad del laudo, causa esta que tiene encaje legal en el literal c) del artículo 44 de dicha Ley. Sin embargo, en este último caso debe ser primera defensa, en resguardo de la validez del proceso según el llamado principio de protección procesal

(cfr. LA R.H., R., El Arbitraje Comercial en Venezuela, Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje, Caracas/Venezuela, año 2000, Págs. 148 y 149).

En esa línea de pensamiento (tesis del Dr. H. La Roche), es que camina la causal de nulidad sostenida por la parte recurrente, cuando pretende denunciar el carácter equívoco o ambiguo del acuerdo de arbitraje, mediante el motivo de nulidad contenido en el literal c) del artículo 44 de la Ley arbitral, que nos dice: “Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a este Ley”.

La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, de manera clara, estableció que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado (entiéndase del Poder Judicial), aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva –en ejercicio de su ius

imperium-, de los derechos, es decir, la ejecución de las sentencias. “La actividad judicial y la arbitral son dos elementos de un mismo edificio, el edificio que nuestra Constitución Bolivariana llama ‘sistema de justicia’.” (cfr. DE J.O., A., Validez y Eficacia..., pág. 79).

O, como precisaría la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo (cfr. sentencia No. 1067/2010 del 3 de noviembre, caso Astivenca):

“...la ‘justicia arbitral’ no puede percibirse como un compartimiento estanco y diferenciado de la ‘justicia estatal’, ya que ambas persiguen “por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia” -Cfr. OPPETIT, B.. Teoría del Arbitraje. L., Colombia, 2006, p. 45-, con lo cual debe abandonarse toda concepción que reduzca - en términos generales- al arbitraje a un puro fenómeno contractual, a pesar que su origen sea fundamentalmente de tal naturaleza; ya que al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la jurisdicción en los términos que ordenamiento jurídico establezca...”

Por tanto, se debe tener por descontada toda interpretación que pretenda tener como prevalente al Poder Judicial por encima del arbitraje, como esa que, estima el carácter equívoco o ambiguo de la manifestación de voluntad en el acuerdo de arbitraje, como una causa que hace al acuerdo patológico, y que impide a priori (sin indagar la voluntad e intención de las partes) el acceso a la justicia arbitral y da primacía al Poder Judicial.

Con todo, en esos casos de acuerdos de arbitraje que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, se impone indagar la voluntad e intención de las partes (ex artículo 12 del Código de Procedimiento Civil), e interesa tener en cuenta el principio pro-arbitraje, que se traduce en una interpretación de la norma, y a fortiori del convenio arbitral, a favor del acceso al arbitraje en tanto que derecho fundamental contenido en los artículos 26 y 258 de la Carta Fundamental.

En ese sentido, marcha nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo (cfr. sentencia No. 192/2008 del 28 de febrero, caso B.W. y otros), cuando expresó:

...ha de tener en cuenta dos premisas fundamentales: el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje.

En el sub lite, de conformidad con el artículo 44.c) de la Ley arbitral, se impugna la composición del tribunal de arbitraje, por estar sustentada sobre la base de una cláusula de arbitraje inválida, puesto que se encuentra en contradicción con la cláusula décima del Contrato de Reserva de Suministro y Pago en Especie suscrito en la Notaría Pública Primera de Porlamar, el 16 de noviembre de 2007, bajo el No. 61, Tomo 181, que estableció que las disputas que pudieren surgir con relación a dicho negocio jurídico, serían del conocimiento del Poder Judicial, a saber, de los tribunales de la ciudad de La

Asunción del Estado Nueva Esparta. Lo cual, hace equívoca o ambigua la manifestación de voluntad expresada en el acuerdo de arbitraje.

La cláusula décima in commento, expresa: “JURISDICCIÓN ESPECIAL. Las interpretaciones que pueda suscitarse sobre este contrato y que no puedan resolverse amistosamente, serán resueltas únicamente y de manera excluyente por los Tribunales competentes de la Ciudad de La Asunción, Municipio Autónomo Arismendi del estado Nueva Esparta.”

Señala la recurrente, que ese contrato que denomina principal, es la base de la relación jurídica que une a las empresas INVERSIONES VINCENZO, C.A. e INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., y en cuyo contenido se establecen los aspectos “macros” de dicha relación jurídica, como lo es la determinación de las obras de suministro a ejecutar, el precio de la obra contratada, y la elección de una jurisdicción (la de los tribunales del Estado Nueva Esparta) a la que se someten las partes, entre otros más.

La recurrente, INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., continúa señalando que siendo ese contrato, la base de los demás contratos, a saber: a) Contrato de Obra suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el No. 16, Tomo 90; b) Contrato de Obra adicional suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el No. 12, Tomo 90; y, c) Contrato de Dación en Pago suscrito en la Notaría Pública de Pampatar, el 23 de septiembre de 2009, bajo el No. 11, Tomo 90, que se denominan accesorios y donde se establecería una cláusula de arbitraje, resulta claro que, por encima de ésta, debe privar la cláusula décima del contrato principal mencionado supra.

La cláusula de arbitraje in commento, en esos contratos accesorios, dice: “Cualquier controversia que se suscite en relación al presente Contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y de Arbitraje (CEDCA) por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

Señala que, no se puede permitir que, por un lado, el Contrato de Reserva de Suministro y Pago en Especie (contrato principal) se discuta en la jurisdicción del Poder Judicial, y por otro, que los Contratos de Obras y Dación en Pago (contratos accesorios) se discutan en sede arbitral, por cuanto, ello podría propiciar un escenario de decisiones que, de manera eventual, puedan ser contradictorias.

Por último, expresa que la manifestación de voluntad de acceder a la opción del arbitraje expresada por las empresas INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., e INVERSIONES VINCENZO, C.A., en este caso no es inequívoca como lo exige la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, por lo cual, debe prevalecer la vía judicial.

Por su parte, el panel arbitral señala que, de las cláusulas primera y segunda del Contrato de Suministro y Pago en Especie, se puede entender que se trata de una relación contractual referente a la reserva de una cantidad específica de obra y a un compromiso de ejecución de esa obra que se regulará mediante otro contrato que, posteriormente, las partes se comprometen a celebrar.

Igualmente, se comprometen a celebrar, posteriormente, un Contrato de Dación en Pago en Especie del precio de ejecución de la obra. En consecuencia, en opinión del panel arbitral se trata de un contrato preparatorio.

Asimismo, señalan que en la cláusula décima de dicho contrato preparatorio, las partes seleccionaron a los tribunales ordinarios de la ciudad de La Asunción, Estado Nueva Esparta, para resolver de manera excluyente cualquier controversia que surgiera.

Continúa señalando que, no existe estipulación alguna en los Contratos de Obra y de Dación en Pago, que hubiese modificado la escogencia hecha por las partes de los tribunales ordinarios de La Asunción para resolver las controversias que surgieren en relación al contrato preparatorio.

Que, el Contrato de Obras primigenio, no puede considerarse un contrato marco, que modifique lo establecido en el contrato preparatorio.

En ese orden, señalan que, ciertamente, los cuatro (4) contratos celebrados entre las partes, tienen relación entre ellos (se refieren a obras a ser ejecutadas en el Conjunto Residencial Vincenzo I y a la manera como se efectuará el pago del precio de esas obras), pero no se observa que alguno de ellos tenga primacía frente a los demás, ni que los modifique en sus estipulaciones.

En ese sentido, estiman que, se deben examinar, de manera separada e individual, la voluntad expresada por las partes en cada uno de dichos contratos en cuanto a la escogencia de los órganos de justicia (judiciales o arbitrales).

Siendo, por tanto, que dada la cláusula décima del Contrato de Suministro y Pago en Especie, en donde otorgan jurisdicción a los tribunales de justicia de la ciudad de La Asunción, Estado Nueva Esparta, para conocer de manera excluyente de los conflictos surgidos con relación a ese contrato preparatorio, el panel arbitral carece de competencia para conocer de la pretensión resolutoria de éste, contenida en el capítulo VI del petitorio de la demanda de arbitraje.

Pero, distinto es el caso de los demás contratos, referidos a la forma de ejecución y manera de pago de las obras y a un compromiso de dación de pago, pues, cada uno de ellos contienen una cláusula arbitral del mismo tenor.

De manera que, esos contratos contienen, de forma individual y separada, una cláusula compromisoria que recoge la voluntad inequívoca de las partes de someter cualquier conflicto que se suscite a arbitraje. Razón por la cual, el panel arbitral afirma tener

competencia para conocer de las pretensiones de resolución y de inexistencia referidas a dichos contratos.

Ahora bien, en el caso sub lite, el carácter equívoco o ambiguo del acuerdo de arbitraje se debe examinar teniéndose en cuenta el grupo de contratos para indagar la voluntad e intención de las partes (ex artículo 12 del Código de Procedimiento Civil), en el entendido de que, no se debe excluir, a priori, el acceso al arbitraje.

En este sentido, la cláusula primera del contrato preparatorio (o también denominado principal por la parte recurrente), expresa: “OBJETO DEL CONTRATO. LA CONTRATANTE reserva a LA CONTRATADA y esta se obliga a ejecutar próximamente, por su cuenta exclusiva y con sus propios elementos, las Obras de suministro de instalación que se describen en el Contrato Nro.- 00840 que forma parte integrante del presente instrumento.”

Y, la cláusula segunda, señala: “Ambas partes se obligan a celebrar por instrumento separado y con posterioridad un contrato de obra y un compromiso de dación en pago para reglar la ejecución del trabajo encomendado y el pago en especie que se efectuara con metros cuadrados efectivos de construcción a recibir por parte de LA CONTRATADA.”

En efecto, prima facie, no parece estar reñida la cláusula décima del Contrato de Reserva de Suministro y Pago en Especie, contrato preparatorio o principal, donde se da jurisdicción al Poder Judicial, con la cláusula de arbitraje de los Contratos de Obras y de Dación en Pago, que son accesorios, los cuales apenas son mencionados en la cláusula segunda del mencionado contrato preparatorio o principal.

En ese sentido, haciéndose una interpretación pro-arbitraje, la cláusula arbitral por ser convenida a posteriori, permite derogar cualquier eficacia que pudiese tener la cláusula décima del contrato preparatorio o principal sobre los demás contratos del grupo, en este caso, en los Contratos de Obras y de Dación en Pago.

No se duda, que si en la decisión de un caso singular participan más de un operador de justicia (judiciales y arbitrales), se corre el riesgo de sentencias judiciales y laudos arbitrales que sean contradictorios, como puede suceder en una relación mercantil conformada por un grupo de contratos.

Por ello, ese que se denomina en doctrina como carácter expansivo o extensivo de la cláusula de arbitraje, en el caso de los grupos de contratos que están estrechamente unidos (el caso de algunos contratos preparatorios con los principales; o de los contratos principales con los accesorios; o en general de los contratos conexos), permitiría en aras de una buena administración de justicia, que el arbitraje comprenda contratos del grupo, que, aparentemente desde un punto de vista formal (no tienen insertas cláusulas arbitrales), corresponderían al conocimiento del Poder Judicial.

A propósito de ello, se ha señalado:

En este sentido obsérvese –exempli gratia- el caso de los contratos enlazados, interdependientes o grupo de contratos, es decir aquéllos que están tan estrechamente vinculados entre sí que ‘la vigencia, el cumplimiento y la interpretación’ de alguno de ellos afecta al otro. La doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado, en el caso de que uno de los contratos enlazados contenga una cláusula arbitral y los otros no, han aceptado la extensión de efectos de la misma, en base a un criterio objetivo donde la realidad económica supera la forma, lo que –en palabras de R.R.- lleva a una ‘buena administración de justicia’-. Es decir, como apunta B. se trata de una extensión objetiva ya que existe una unión indisoluble entre los contratos. Lo anterior, se hace patente de forma aún más clara en contratos comerciales de cierta complejidad en los que intervienen subcontratistas en diversos grados y fases ejecutando parcialmente aspectos determinados de una operación. Esta colaboración da lugar a múltiples contratos y situaciones jurídicas a las ‘que es necesario otorgar homogeneidad’ sobre todo en aspecto tan relevante como la cláusula arbitral pactada en el contrato principal, y que para ser operativo ha de abarcar también los contratos principales y los subcontratos. En estos casos, para preservar la unidad y eficacia del arbitraje es necesario reconducir las controversias surgidas entre las partes implicadas, incluyendo a los no signatarios de la cláusula, a la sede arbitral. Además, sólo así podrá garantizarse la no fragmentación del resultado de la justicia impartida, pues de lo contrario se inutilizaría el efecto del laudo dictado.

(cfr. MATA PALACIOS, L.E. y TOVAR PIGNA, A.E., Algunas Reflexiones sobre la Extensión de Efectos de la Cláusula Arbitral a Terceros No Signatarios. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Legal Report, B.J. 2011, Pág. 49 y 50; http://www.cedca.org.ve/sites/default/files/Business_323.pdf).

En consecuencia, contrario sensu a lo sostenido por el panel arbitral, el examen no se debe agotar en una revisión sobre si se convino o no una cláusula de arbitraje sino que se debe atender a la realidad económica del grupo de contratos, pudiendo expandir o extender su jurisdicción a otros contratos, donde no se estableció formal y expresamente una cláusula de arbitraje, para procurar una buena administración de justicia que cumpla con las exigencias constitucionales de los artículos 2, 26 y 257 de la Carta Fundamental.

Con todo, no es que se pretenda colocar al arbitraje por encima del Poder Judicial, pues, como se expresó, la actividad judicial y la arbitral son dos elementos de un mismo sistema, que llamamos sistema constitucional de justicia. Empero, si se manifestó una voluntad de acceder a la opción del arbitraje, entonces se debe procurar en lo posible, que con el laudo arbitral se dé una buena administración de justicia, sin que aspectos formales en el acuerdo de arbitraje, sean un obstáculo, parafraseando lo dispuesto en el artículo 257 de la Carta Fundamental.

Ello así, y partiendo de esas precisiones, lo cierto es que en caso de choque entre las cláusulas arbitrales de los Contratos de Obras y de Dación en Pago y la cláusula décima del Contrato de Reserva de Suministro y Pago en Especie -como lo postula la parte recurrente-, son las cláusulas de arbitraje las que prevalecen por encima de la cláusula del contrato preparatorio o principal, sin importar cuál se estipuló primero.

Además de ello, huelga recordar que, dejando de un lado la posible elección del fuero territorial, la cláusula décima del Contrato de Reserva de Suministro y Pago en Especie, sólo da jurisdicción al Poder Judicial, la cual, de todas maneras se tendría si no se hubiere estipulado, puesto que la jurisdicción de los tribunales del Estado se tiene por mandato de la ley –no del convenio de las partes–, ex artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, siendo pues, difícil hablar de equivocidad o ambigüedad en los términos del acuerdo arbitral.

Luego, se estima improcedente la nulidad conforme el literales b) y c) del artículo 44 de la Ley arbitral, dado que, la cláusula décima del mencionado contrato preparatorio o principal, no puede, en ningún caso, torpedear las cláusulas de arbitraje insertas en los otros contratos conexos o del grupo, a saber, los Contratos de Obras y de Dación en Pago, y así se decide.

Por otro lado, asimismo, se alega de conformidad con el literal c), que se violó el derecho de defensa de la parte demandada, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., por cuanto no se cito correctamente y no se dejó transcurrir el lapso procesal de contestación.

La parte recurrente, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., afirma que en la boleta de citación se estableció que el lapso de contestación vencería el 16 de diciembre de 2010 (cfr. folio 367, R. No. 1), cuando lo cierto es que dicho lapso venció el 17 de enero de 2011 (cfr. folio 370, R. No. 1).

De acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, el artículo 19.1., expresa:

Dentro de los veinte días hábiles siguientes a la recepción de la demanda, la parte demandada deberá presentar por escrito su contestación (la 'contestación') a la demanda. En caso de varios demandados, estos podrán actuar en forma conjunta o separada.

Así, en la boleta de citación, se estableció que: "...deberá dar contestación por escrito en la sede de este Centro (...) dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la demanda que se acompaña a la presente, lapso que vence el día jueves (16) de diciembre de 2010, a las 5:30 p.m., todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 19 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)...".

En ese sentido, del escenario procesal se desprende que:

El 3 de diciembre de 2010 (cfr. folio 369, R. No. 1), el panel arbitral hace saber que la parte demandada, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., recibió la notificación de la demanda y los documentos anexos a ésta el 30 de noviembre de 2010, siendo que, de un simple cómputo se evidencia que el lapso de contestación vencería el 17 de enero de 2011.

Señala, pues, que ello indujo a error a la parte demandada, no pudiendo ejercer sus derechos, violándose su derecho de defensa.

Así, si bien se puede observar que el panel arbitral al momento de emitir la boleta de citación incurrió en un error en el momento de precisar cuándo concluiría el lapso de contestación, no puede estimarse como un error que hiciera nugatoria la defensa de la parte demandada, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A.

En efecto, no se evidencia en el expediente de arbitraje, que la parte recurrente se presentara el 17 de diciembre de 2010 (cuando según la boleta de citación correspondía dar contestación), o posteriormente, en las fechas de los días de enero de 2011 (que ella señala), a consignar su contestación o reclamar que se le cercenaron sus lapsos.

Igualmente, no asistiría a la audiencia de conciliación que sería pautada el 21 de noviembre de 2011 (cfr. folio 373, Recaudos No. 1), mediante la publicación de sendos carteles de notificación en los diarios El Universal y El Sol de Margarita del 3 de febrero de 2011 (cfr. folio 377 y 378, Recaudos No. 1), celebrada el 7 de febrero de 2011 (cfr. folio 384, R. No. 1).

Ello se debe, pues, a que la parte recurrente, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., se mostró en rebeldía durante todo el proceso de arbitraje, por estimar que el acuerdo de arbitraje era nulo y los árbitros no tenían jurisdicción.

Y pese, a habersele citado –hecho de la citación que no se discute, sino el lapso para contestar-, es el 3 de mayo de 2011 (cfr. folio 524 al 534, R. No. 1), cuando comparece a plantear (única y exclusivamente) la excepción de invalidez del acuerdo de arbitraje, la cual, aun y cuando se planteó de manera extemporánea, se tomó en cuenta en el laudo arbitral, conforme el artículo 25 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Si, en todo caso, se llegó a menoscabar o cercenar el lapso de contestación de la demanda, el panel arbitral no estimó que la empresa SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., incurriera en la figura de la confesión ficta, y por el contrario, se consideró y decidió en el laudo arbitral la única excepción o defensa opuesta por la empresa SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., en el proceso de arbitraje, de donde resulta que sería inocuo sancionar con la nulidad el proceso de arbitraje, contrariando ese principio clásico que expresa que “no hay nulidad sin perjuicio”, contenido en los postulados de justicia efectiva y célere sin nulidades ni reposiciones inútiles, del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De ahí, pues, que la causal de nulidad contenida en el literal b) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuando expresa “...o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos”, presupone que la parte haya querido ejercer dichos derechos que se dicen menoscabados.

Así pues, mutatis mutandi, debe señalarse que no cabe la posibilidad de redargüir el hecho de que se incurrió en una omisión al no fijar un término de la distancia en el lapso de contestación de la demanda.

Y es que, aun cuando, la parte recurrente estaba en su derecho de mostrarse en rebeldía ante quienes pensaba no eran sus jueces naturales, sin embargo, lo que resulta inaceptable y contrario a la buena fe procesal, es que se pretenda plantear u oponer, por primera vez, en este iter procedimental del recurso de nulidad, la violación de unos derechos y garantías que, en ningún momento, pretendió ejercer en el procedimiento de arbitraje (como por ejemplo, el de contestar el fondo de la demanda).

Por ende, se estima que con la citación (hecho no discutido) y posteriormente, con la convocatoria para una audiencia de conciliación, se le dio suficiente oportunidad a la parte demandada, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., para ejercer su derecho de defensa. Luego, se estima improcedente la nulidad por este motivo, y así se decide.

Asimismo, se ataca la evacuación de la prueba de experticia por no haberse ajustado al procedimiento establecido por el panel arbitral. Se señala, en ese orden, que el panel arbitral establecería que la prueba de experticia estaría regida por las normas del Código de Procedimiento Civil, a saber, los artículos 451 al 471 del Código de Procedimiento Civil.

Siendo ello así, afirman que los expertos no cumplieron con la formalidad esencial del artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, mediante la cual tenían que dejar constancia con veinticuatro (24) horas de anticipación sobre el inicio de sus tareas.

Asimismo, se señala que el panel arbitral cuando fijó el período de tiempo para la práctica de la experticia, omitió fijar el término de la distancia, de conformidad con el artículo 460 eiusdem.

Pues bien, como se dijo, la exclusión o sustracción del Poder Judicial, trae consigo que el enjuiciamiento en sede de arbitraje, tienda a una mayor flexibilidad y sea mediante un proceso impregnado de diálogo e informalidad en las formas procesales.

Si bien, los árbitros en algunos casos, como sucede en la aducción y evacuación de pruebas, pueden hacer referencia a las normas del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, esa referencia debe ser entendida como una pauta para evitar la arbitrariedad en sede arbitral.

En efecto, aun y cuando los árbitros hagan referencia a la norma procesal civil, no se debe entender como que se está renunciando a la flexibilidad que es fundamental en el arbitraje. Lo contrario, sería hacer muy semejante el arbitraje a la administración de justicia del Poder Judicial, lo cual, estaría reñido con el desiderátum constitucional de promover los medios alternativos de justicia, conforme lo establece el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como expresara el Dr. H. Díaz-Candia:

la flexibilidad jamás debe implicar una violación al derecho a la defensa, ni la producción de sorpresas en la introducción de pruebas sin que la otra parte tenga el derecho de contradecirlas. No debe atraparse desprevenida a ninguna de las partes

mediante descubrimientos o decisiones procedimentales o sustantivas imprevistas, desbalanceadas o incomprensibles. El tribunal arbitral jamás debe permitir que una parte sea engañada aprovechando su buena fe.

(cfr. DÍAZ-CANDIA, H., El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría general del arbitraje), Editorial Legis, Caracas/Venezuela 2011, Pág. 101).

En ese sentido, para impedir arbitrariedades en el proceso de arbitraje, con las cuales se viole el acceso a la prueba (dentro del sistema probatorio de rango constitucional), en tanto que derecho fundamental del debido proceso (artículo 49,1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), que comprende el control y contradicción de las pruebas de la contraparte, que se haría nugatorio si no se conocen las reglas procedimentales de esa fase de aducción y evacuación de pruebas, produciéndose sorpresas e imprevisiones, es que se hace admisible que los árbitros hagan referencia a las normas procesales civiles, pero sin que se entienda que su aplicación deba ser rígida como en sede judicial, pues, de ese modo se desconocería la flexibilidad que es fundamental en el arbitraje, haciéndolo muy semejante al Poder Judicial, y soslayándose el desiderátum constitucional de promoción de los medios alternativos de justicia, ex artículo 257 de la Carta Fundamental.

En el sub iudice, si bien el panel arbitral no fijó el término de la distancia, conforme el artículo 460 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, como se expresó, la flexibilidad de las formas procesales del arbitraje, justifica que no sea necesario establecer un término de la distancia. Por lo demás, esa omisión no afectó el acceso a la prueba de la recurrente (parte demandada en el arbitraje), que comprende el control y contradicción, pues, ello quedó garantizado con lo establecido en el artículo 33.3 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje, que permite el interrogatorio de los peritos o expertos, el cual no se solicitó, y con la audiencia oral para debatir sobre el lo fijado en el período probatorio, a la cual no asistió (cfr. folio 481, R. No. 2).

Por otro lado, no es verdad que los expertos no dieron cumplimiento a lo establecido en el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, dado que de una revisión del escenario procesal, se evidencia que, el 20 de junio de 2011 (cfr. folio 403, Recaudo No. 2), dichos expertos se dirigieron al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, y expresaron:

Por medio de la presente y cumpliendo con lo establecido en el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil vigente, 'Artículo 466: Los expertos juntos o por intermedio de uno cualquiera de ellos deberán hacer constar en los autos, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos, el día, hora y lugar en que se dará comienzo a las diligencias, sin perjuicio de que la asistencia de las partes a las mismas convalide lo actuado sin tal constancia', informamos a este tribunal arbitral que en esta fecha estamos dando inicio a las labores correspondientes a las experticias causadas para la elaboración del informa solicitado por ustedes y las cuales estimamos se realizaran de acuerdo a la siguiente programación:

1. Revision expediente 052-10

2. *Programación de la labores a realizar durante la experticia*
3. *Elección de los mecanismos y/o métodos de valoración a ser aplicados*
4. *Reconocimiento e inspección del bien objeto de la experticia*
5. *Análisis para verificación de las cantidades faltantes en base a Inspección Judicial*
6. *Solicitud de Presupuestos con cantidades faltantes a precio actual*
7. *Análisis y Verificación de resultados*
8. *Elaboración del Informe Final*
9. *Consignación del Informe ante el Tribunal Arbitral*

Sin más a que referirnos, quedamos de ustedes.

Luego, se estima improcedente la nulidad alegada conforme a los literales b) y c) del artículo 44 de la Ley Arbitraje Comercial, y así se decide.

Y, por último, se señala como causal de nulidad, la cual, por cierto no encaja en ninguna de las causales del artículo 44 eiusdem, se denuncia que el laudo arbitral incurrió en minus o citrapetita, pues, no se fijaron las costas procesales en el laudo arbitral.

Sin tomar posición, sobre los motivos de impugnación aquí redargüidos, se debe recordar que, la nulidad solo es admisible, si se le sustenta en algunas de las causales del artículo 44 citado. Se dice ello, a propósito de que, lo que se sanciona es el vicio de extra y ultrapetita en el literal d) del artículo 44 de la Ley arbitral, no ocurre ello con el vicio de delatado.

Por un lado, A.B. estima que la citrapetita se debe corregir solicitando un laudo arbitral complementario como lo permite el artículo 32 de la Ley de Arbitraje Comercial (cfr. A.B., L.A., Manual de Arbitraje Comercial, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/Venezuela, 2011, Pág. 131). Por otro lado, H.L.R., estima que se debe incoar un nuevo procedimiento de arbitraje sobre la pretensión omitida, a los fines de dar cumplimiento al acuerdo de arbitraje (cfr. LA R.H., R., El Arbitraje Comercial en Venezuela, Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje, Caracas/Venezuela, año 2000, Pág. 297). En uno y otro caso, el vicio de citrapetita nunca puede ser considerado como causal de anulación del laudo arbitral, y así se decide.

Literal f) del artículo 44 ibídem.

En otro sentido, se alega el literal f) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, que expresa que será anulable el laudo: “Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad

del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público”.

Se señala que en el caso enjuiciado en sede de arbitral, estaban afectados los intereses del Estado, por lo cual el conflicto no era susceptible de arbitraje, y que además, correspondía hacer el llamamiento del Procurador General de la República.

Aduce que, el 22 de julio de 2009, la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., suscribió un contrato de préstamo, constituyéndose garantía hipotecaria de primer grado sobre un bien inmueble de su propiedad, a favor de la sociedad mercantil C.A. CENTRAL, BANCO UNIVERSAL, por el monto de CUARENTA Y CINCO MILLONES CIEN MIL BOLÍVARES (Bs. 45.100.000,00).

También señala que, cuatro (4) meses después de haber suscrito el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, la acreedora hipotecaria de dicho inmueble, esto es, la sociedad mercantil C.A. CENTRAL, BANCO UNIVERSAL, fue intervenida con cese de intermediación por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) mediante Resolución No. 640.09, del 4 de diciembre de 2009.

Y que, mediante Resolución N° 682.09, del 16 de diciembre de 2009, la mencionada entidad bancaria fue fusionada, siendo el ente resultante de dicha fusión el BANCO BOCENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A., propiedad del Estado Venezolano.

Por manera que, cuando se inició el proceso arbitral, es decir, el 16 de noviembre de 2010, la empresa INVERSIONES VINCENZO, C.A., sabía que estaban afectados los intereses patrimoniales del Estado Venezolano, por ser el BANCO BICENTENARIO, BANCO UNIVERSAL, C.A. acreedor hipotecario de VINCENZO, motivo por el cual, se estima que el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje, ya que se encontraban afectados intereses de la República, lo cual además hacía necesaria la notificación del Procurador General de la República, conforme a las previsiones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Conviene aclarar, sin entrar a examinar la argumentación de la recurrente, que en el supuesto de que una de las partes sea una empresa nacional o del Estado, no excluye la opción del arbitraje como se desprende del artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, ni aunque se traten de contratos administrativos o de contratos de interés público, como se desprende de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (cfr. sentencias No. 1541/2008 del 17 de octubre, caso H.R. de S. y otros; y No. 97/2009 del 11 de febrero, caso F.T.J. y otros).

Ello así, hace concluir que el hecho que una empresa nacional o empresa del Estado tenga un interés directo o indirecto en determinado contrato, con cláusula que lo someta a la jurisdicción de un panel arbitral, no significa que se pueda hablar en esos casos de contratos inarbitrables en los términos del artículo 44.f) eiusdem.

Pero, además de ello, en la especie, ni siquiera pudiera hablarse de un interés indirecto del Estado, no siendo necesaria la notificación de la Procuraduría General de la República, ya que no se encuentran afectados los intereses patrimoniales de este, por cuanto el conflicto se da entre dos empresas (INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., e INVERSIONES VINCENZO, C.A.) en las que el Estado no tiene ninguna participación accionaria o en su capital social. Y, el hecho de que una de ellas posea un crédito con una institución financiera del Estado, no significa en lo absoluto, que se categorice a este asunto como de interés del Estado.

Distinto es, que se hubiere reclamado el cumplimiento de la obligación con la mencionada institución bancaria del Estado. En ese caso, si pudiera argüirse la ausencia de notificación a la Procuraduría General de la República, en los términos de una violación del debido proceso arbitral –artículo 44.b) de la Ley de Arbitraje Comercial-, pero no como una materia inarbitrable –artículo 44.f) eiusdem-.

Luego, se estima improcedente la nulidad conforme el literal f) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, **Y ASI EXPRESAMENTE SE DECIDE.**

III

DISPOSITIVO DEL FALLO

Por todos los razonamientos anteriormente expuestos, este Juzgado Superior Segundo en lo Civil, M., T. y Bancario de la Circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO

SIN LUGAR el recurso de nulidad ejercido por la empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., en contra del Laudo Arbitral Definitivo depositado en la Secretaría Ejecutiva del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) en fecha 11 de octubre de 2011.

SEGUNDO

SE CONDENA en costas a la parte recurrente, empresa INVERSIONES SALAZAR Y MARIN, SALYMAR, C.A., de conformidad con el artículo 46 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Por cuanto este fallo judicial es dictado fuera del lapso legal, se ordena notificar a las partes a tenor de lo dispuesto en los artículos 233 y 251 del Código de Procedimiento Civil.

D. copia certificada de la presente decisión en el copiator de sentencias definitivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 248 eiusdem.

PUBLÍQUESE Y REGÍSTRESE

Dada, firmada y sellada en la sede del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Años 202 de la Independencia y 154° de la Federación, a los trece (13) días del mes de marzo de dos mil trece (2013).

EL JUEZ,

A.M.J.

LA SECRETARIA ACC,

Abg. M.C.P.

En esta misma fecha, siendo las tres y veinte minutos de la tarde (3:20 p.m.), se publicó, registró y agregó al expediente la anterior sentencia, constante de veintiocho (28) folios útiles.

LA SECRETARIA ACC,

Abg. MARICEL CARRERO PÉREZ

Exp. No. AC71-R-2011-000146 (11-10665)

AMJ/MCP/Rodolfo