

## El arbitraje en la contratación administrativa\*

Las distintas cuestiones que derivan de un contrato, tengan o no el carácter de controversia, pueden ordinariamente decidirse con cualquier clase de arbitraje. Sin embargo, la duda se suscita cuando se trata de contratos sujetos al régimen administrativo cuya connotación marca lo especificativo, determinando con ello unas distintas posibilidades jurídicas.

El problema se ha planteado en Venezuela al requerir la Administración una respuesta concreta a los siguientes puntos:

1°. ¿Puede la Nación someter a árbitros la fijación del precio exacto de una obra contratada, así como el índice correspondiente al rendimiento de ciertos equipos mecánicos para verificar si cubren la producción prevista y llegan por tanto a ser suficientemente idóneos?

2°. Caso afirmativo ¿cabe acudir a cualquier clase de arbitraje o arbitramento?

3°. ¿Cuáles serían entonces los límites y condiciones exigidos en las leyes administrativas?

La contestación está contenida en el dictamen emitido por el Dr. Antonio Moles Caubet, Profesor de nuestra Facultad de Derecho, que seguidamente se inserta.

---

\* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* N°. 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1960, pp. 9 a 34.

I

## VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS TIPOS DE ARBITRAJE

### A.- El arbitramento procesal

El tipo de arbitraje -denominado "arbitramento" en el Código Venezolano de Procedimiento Civil- requiere que las partes se hayan impuesto recíprocamente en un convenio expreso -compromiso- la obligación de hacer decidir por un tercero los conflictos o controversias de intereses como si fuera por su propia voluntad; si bien el cumplimiento del compromiso ha de sujetarse a un procedimiento que permite conferir a la decisión recaída -laudo- calidad procesal y, en consecuencia, fuerza ejecutiva.

El arbitramento, en tanto que proceso, se integra por distintos actos: cláusula compromisoria, compromiso, elección de árbitros, instancia arbitral, laudo, publicación de éste y ejecución.

Tal es el esquema del arbitramento procesal que el Código Venezolano, siguiendo al francés, italiano y español, escinde en dos subespecies: una, cuya modalidad consiste en que los árbitros juzgan "observando el procedimiento legal y las disposiciones del Derecho", otra en la que, los "árbitros arbitradores" proceden "con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad" (art. 510). Es decir, las mismas figuras definidas ya en el Derecho Intermedio: el arbitraje fundado en la norma jurídica, "De jure tantum" y el "arbitrium boni viri" a cargo del "amicabilis compositor" cuyo laudo prevalece "sive aequae sive iniqua sit".

En el arbitramento de Derecho rigen, tanto las formalidades básicas del proceso (arbitrio ritual) como las reglas del Derecho material, mas el arbitramento libre (irritual) se encuentra desvinculada de unas y de otras.

Establecida la diferencia funcional conviene destacar algunos de sus elementos comunes:

**a) La cláusula compromisoria**

Es una estipulación particular del contrato por la cual las partes se obligan a someter a los árbitros o a los árbitros arbitradores determinadas controversias contractuales (CVPC, arts. 502 y 503).

La cláusula compromisoria no basta, según el Código procesal venezolano, para promover el arbitramento, siendo necesario posteriormente convenir en la obligación (art. 504). De aquí que sea aconsejable redactar simultáneamente el compromiso como anexo del contrato principal concertado.

**b) El compromiso**

Constituye una convención sinalagmática en virtud de la cual las partes se obligan a aceptar la decisión que dicten los árbitros al efecto elegidos, en los puntos que se les someta; siendo requisitos esenciales: la capacidad de los contratantes, la licitud del objeto, la determinación del contenido, la designación de los árbitros y la observancia de las formas prescritas si se tratara de un arbitramento de Derecho o si alguna le fue impuesta a los árbitros arbitradores.

El compromiso es un verdadero contrato y a tenor del art. 1.159 del Código Civil tiene fuerza de ley entre las partes, pero surte asimismo efectos procesales; uno negativo, la excepción de declinatoria de jurisdicción y eventualmente la de litispendencia, y otro positivo, la sumisión de las partes al resultado del laudo con renuncia de apelación en el arbitramento libre o irritual.

La capacidad de la Nación para comprometerse no se contradice en ningún precepto legal y antes bien queda afirmada en el artículo 19 del Código Civil. Sin embargo, se hace necesario resolver, si desde el punto de vista procesal la Nación puede adoptar el procedimiento de arbitramento, sin colidir con la competencia atribuida a la Corte Federal, extremo que será estudiado más adelante.

**c) *Licitud del objeto***

El arbitramento ha de tener un objeto lícito quedando expresamente excluidas de aquél las cuestiones a que se refiere el art. 502 del Código Venezolano de Procedimiento Civil

Por el mismo motivo han de excluirse también ciertas especies administrativas, tales como las concernientes al ejercicio de poderes, al dominio público, a compensaciones fiscales..., etc.

La ilicitud del objeto del arbitramento y la incapacidad para convenirlo son dos nociones diferentes. La ilicitud del objeto versa sobre la naturaleza de los derechos y obligaciones sometidas a arbitramento, en tanto que la incapacidad afecta a una condición del sujeto para promoverlo.

**d) *Efectos del laudo arbitral***

El laudo dictado por los árbitros, en Venezuela, adquiere valor procesal mediante el acto de publicación del juez en audiencia pública previa citación de las partes (CVPC, art. 519). Una vez perfeccionado de esta manera, el laudo arbitral produce los siguientes efectos:

1°. Su contenido hace prueba mientras no se declare su falsedad.

2°. Tiene fuerza ejecutiva y lleva aparejada la ejecución forzosa (CVPC, art. 447).

3°. No obstante, carece de los efectos de la cosa juzgada formal<sup>1</sup>.

**B.- El pacto de compromisarios o arbitraje pericial**

En el Derecho Romano clásico y del último período imperial, según numerosos textos, se permite deferir a un tercero la determinación de alguno de los elementos del contrato. Los casos más conocidos son: el del precio de la venta, que figura en las Institutas de Gayo (III, 140) y el de la

---

<sup>1</sup> Satta Salvatore. "Contributo alla dottrina dell'arbitrato". Milano. 1931. Bernard, Alfred. "L'arbitrage volontaire en Droit Privé". Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1937. - David René. "Rapport sur l'arbitrage conventionnel en Droit Privé. Etude de Droit Comparé". Rome, 1932.

cuota del socio, que se encuentra en el Digesto (fr. 76 y 78 D. 17.2), ambos reproducidos en los artículos 1.479 y 1.663 del Código Civil Venezolano<sup>2</sup>.

Modernamente, los esclarecimientos aportados en los enjundiosos trabajos de Schirmer, Ricca Barberis y Scaduto<sup>3</sup> han permitido extraer del propio Derecho Positivo la institución del "arbitrium merum" que ha rehabilitado la jurisprudencia alemana, italiana, española, francesa, argentina y de la mayoría de los países de tradición romanista.

La institución se conoce ahora en el lenguaje forense con el nombre de "pacto de compromisarios" y también "arbitraje pericial", diferente en un todo a la cláusula compromisoria y al compromiso que origina el procedimiento de arbitramento.

La jurisprudencia española<sup>4</sup> ha declarado que: "la cláusula de un contrato puede establecer el pacto de compromisarios para asegurar o facilitar el cumplimiento de lo convenido, mediante la intervención de terceras personas, con lo que difiere tanto de la transacción como del arbitraje" (Sentencia del Tribunal Supremo 10, octubre 1912).

Aún se recalca, más tarde, la nota definidora de esta manera: "a diferencia del compromiso, el pacto de compromisarios está sujeto exclusivamente a las reglas de los contratos y no exige forma especial" (Sentencia 11, diciembre 1929).

La Suprema Corte de Torino, en Sentencia de 27 diciembre 1904, había deducido de la naturaleza misma del contrato, la posibilidad de crear relaciones vinculantes que dieran lugar a laudos no ejecutivos y sin forma de juicio.

---

<sup>2</sup> En el Digesto se encuentran otros casos, como el de la verificación del correcto estado de una obra recibida; la constitución de la dote por parte del padre en favor de la hija; el monto del legado al pupilo... etc.

<sup>3</sup> Schirmer. "Arbitrium merum und arbitrio boni viri". In "Archiv für die Civile Praxis". 1900. Ricca Barberis. "L'apprezzamento del terzo como indice di prestazione nel negozio giuridico". En "Archivio Giuridico". 1903. Scaduto. "Gli arbitratori nel Diritto Privato". In "Annali dell' Università di Palermo". 1921. Weismann. "Schiedsguntachten". In "Archiv für Ziv. Praxis". 1889.

<sup>4</sup> Prieto Castro L. "El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas". Instituto Reus. Madrid. 1943. Guasp Jaime. "El arbitraje en el Derecho español". Ed. Bosch. Barcelona. 1956. Silva Melero Valentín. "El compromiso". En la "Revista General de Legislación y jurisprudencia" Madrid. 1932. Págs. 427-438. Rodríguez Antonio Gabriel. "Los amigables compondores", en "Revista de Derecho Privado". 1916. Págs. 38-42.

En efecto, el arbitraje o arbitramento, en cuanto lo regula un procedimiento es una institución de Derecho Procesal; en cambio, el pacto de compromisarios pertenece únicamente a los dominios del Derecho material. En este último “el arbitrio del tercero determina en un negocio jurídico un elemento que no fue determinado, pero cuya determinación pertenece a la voluntad privada de las partes”<sup>5</sup>.

No cabe tampoco confundir el pacto de compromisarios con el peritaje o experticia extrajudicial que no tiene poder vinculatorio<sup>6</sup>. De aquí que la jurisprudencia italiana exija, para colegir la naturaleza de la institución arbitral, se haga constar la obligatoriedad absoluta del arbitraje y la imposibilidad de recurrirlo. (Sentencia de Casación, 19 de junio 1928).

Por tanto, el pacto de compromisarios -el viejo “*arbitrium merum*” que los italianos denominan “arbitramento”- es un convenio en virtud del cual, la determinación por un tercero de un elemento o de una consecuencia del contrato, como si fuera la propia voluntad de las partes, tiene lugar a manera de ejecución de la obligación contraída, en el propio ámbito contractual y sin forma de proceso, con o sin “*stipulatio poenae*”.

El fundamento lo ha encontrado la jurisprudencia en la libertad contractual que permite establecer variadas convenciones, una de las cuales puede ser la de precisar, complementar y dar solución a los diferentes puntos del contrato que lo requieran. El tercero no se limita entonces a decidir acerca, de una cuestión concreta de hecho si no a realizar inclusive la subsunción de ésta bajo los conceptos jurídicos. Así, según la jurisprudencia alemana, un perito-árbitro tiene la facultad de determinar, si existe, y en qué cuantía, saldo acreedor perteneciente a una u otra parte<sup>7</sup>.

Los tratadistas han llevado a cabo la construcción jurídica del “pacto de compromisarios” con un admirable refinamiento.

Weismann sostiene que, por igual constituye un acto de voluntad el contrato como su cumplimiento, si bien dicha voluntad, en el segundo momento, no es libre al estar condicionada por las obligaciones

---

<sup>5</sup> Rocco Alfredo. “La Sentenza Civile”. Torino. 1906. Chiovenda “*Instituzioni*”, I, pág. 71, coincidiendo con Weismann, Scaduto y Lipari.

<sup>6</sup> Weismann. Obra citada. 1888. Vol. LXXII, pág. 269.

<sup>7</sup> Schonke A. “Derecho Procesal Civil”. Trad. española. Pág. 374. Goldschmidt James. “Derecho Procesal Civil”. Trad. española. Pág. 499.

contraídas. Las partes quieren las prestaciones tal como han sido prometidas (“wollen sie als vertrag-smassige”). Si la pretensión está especificada en el contrato la voluntad contractual cubre la voluntad del cumplimiento. Pero puede suceder que la voluntad contractual se encuentre tan sólo abstractamente determinada; entonces la voluntad de las partes, que siempre domina la relación, ha de completar el desenvolvimiento (“eine Entwicklung”) del punto determinable.

Tendrá lugar, por tanto, una verdadera interpretación del contrato en el transcurso de su cumplimiento, sobre la cual pueden las partes encontrarse de acuerdo. Pero si temen no lograrlo, cabe al menos la coincidencia al elegir una persona capaz de suplir la voluntad respectiva<sup>8</sup>.

Los autores italianos -Messineo, E. Betti, Barassi, Redenti, Mosco- coinciden en asignar a esta especie de arbitraje una actividad integradora<sup>9</sup>.

La verdadera y propia integración del contrato se produce, no tanto sobre su contenido cuanto sobre los efectos del mismo. Se trata, en este último caso, de colmar lagunas del contrato, no para estatuir si no para alcanzar la común intención de las partes. Semejante integración hace manar del contrato efectos que no se conseguirían mediante la interpretación.

En virtud de lo preceptuado en el artículo 1.374 del Código Civil Italiano -correlativo al 1.160 del Código Civil Venezolano- a todo cuanto las partes han introducido, por medio de cláusulas en el contenido del contrato deben considerarse añadidos aquellos otros efectos -consecuencias- que deriven de los mismos contratos según la equidad, el uso y la ley, poniendo así en juego cuatro medios de integración.

También constituye una integración, la añadidura o determinación de elementos del contrato, en ciertos aspectos incompleto, encomendada a un tercero que no es propiamente un árbitro si no un verdadero ejecutor.

A tal efecto, cabe insertar en el contrato diversas cláusulas para constituir y reglar un vínculo jurídico (CCV, art. 1.133). Se trata entonces de una integración que no proviene de la ley, de un uso o de la equidad, pero sí derivada, como convenio, de la voluntad de las partes.

---

<sup>8</sup> Weismann. Obra citada.

<sup>9</sup> Barassi Ludovico. “La teoría generale delle obbligazioni”. Ed. Giuffrè. Milano, 1946. Vol. III, pág. 477. Redenti Enrico. “Del contratti in generali”. Ed. Cedam. Padova. 1934, págs. 231 y s.

Insistiendo en el mismo tema -tanto ha tentado a los juristas!- hace observar Carnelutti que por medio del contrato se constituyen y asimismo se regulan vínculos jurídicos, dos conceptos de distinto valor y trascendencia. La existencia, "de por sí" del contrato, o sea su constitución, depende de la voluntad de las partes; en cambio, el "cómo", o sea su regulación, puede ser ajena a la exclusiva voluntad de los contratantes y estar atribuida a la ley, a los usos, a la voluntad del juez, a la voluntad unilateral de una de las partes y también a la voluntad de un tercero: el árbitro del pacto de compromisarios.

La decisión arbitral recaída en este tipo de arbitraje no lleva por sí sólo aparejada ejecución -como sucede en el procedimiento de arbitramento- teniendo el valor de una obligación cuyo cumplimiento puede exigirse o prevenir su incumplimiento por una cláusula penal. A su vez comporta siempre una excepción contra cualquier demanda que la contradiga.

De otra parte, desprovisto el pacto de compromisarios de toda calidad procesal, no le afecta el problema de la competencia de la Corte Federal.

## II

### EL ARBITRAJE VOLUNTARIO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La necesidad de resolver acuciosamente, con acierto técnico y sin cortapisas inoportunas, los numerosos problemas suscitados en la ejecución de los contratos administrativos, ha hecho que la mayoría de los países adoptaran el instituto del arbitraje forzoso, impuesto por la ley y atribuido a órganos administrativos -Comisiones arbitrales, Colegios de Arbitros-, todo lo cual le confiere notas definidoras de una figura jurídica "sui generis"<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Capaccioli Enzo. "L'arbitrato nel Diritto Amministrativo. I. Le Fonti". Ed. Cedam. Padova. 1957. Págs. 4 a 121. En la Ley Venezolana de Hidrocarburos figura instituido un arbitraje de tipo administrativo en el artículo 50, frag. 30. La Torre. "L'arbitrato nell Diritto Amministrativo". En "Rivista di Diritto Pubblico". 1935.



Mas, aparte de semejante novedad, tan difundida en el transcurso de la última treintena, es también frecuente que el arbitraje clásico, regulado en los Códigos de Procedimiento Civil, se utilice para dirimir diferencias o controversias, del orden técnico o jurídico, producidas en la contratación administrativa.

Esta adaptación del procedimiento de arbitraje a los dominios del Derecho Administrativo ha tenido lugar, unas veces, mediante su condicionamiento por una ley, que le añade requisitos y otras habilitándolo en virtud de las posibilidades que ofrece el conjunto normativo del Ordenamiento jurídico. Precisa, pues, distinguir ambas soluciones conforme a sus respectivos mecanismos.

#### **A.- El procedimiento de arbitraje condicionado por una ley especial**

En Francia, la ley de Finanzas de 17 de abril de 1906, preceptúa que, “para la liquidación de los costos provenientes de trabajos públicos y de suministros, el Estado podrá recurrir al arbitraje tal como se encuentra regulado en el libro III del Código de Procedimiento Civil, si bien con la autorización previa del Consejo de Ministros” (art. 60).

Sin embargo, la existencia de una ley que permitiera el procedimiento de arbitraje en la contratación administrativa, se hacía necesaria en Francia por cuanto, tanto los tratadistas como la jurisprudencia, se habían pronunciado por la nulidad de la cláusula compromisoria aun en los contratos de Derecho común (Garsonnet, Planiol, Rousseau et Laisney) a pesar de que no falten quienes sostengan la opinión contraria (Glasson et Tissier, Gombeau, Mongalvy, Rodére). Circunstancias estas que, unidas a singularidades del régimen administrativo francés, rigurosamente reglado, desprovéen el ejemplo de cualquier otro interés que no sea el que ofrece su originalidad.

El contraste se apreciará mejor con el examen de la otra solución.

#### **B.- El procedimiento de arbitraje aplicado sin previsión legal expresa**

Tal es la situación generalizada, imperante en casi todos los países y entre ellos Venezuela.

La validez del procedimiento de arbitraje para solventar controversias contractuales con la Administración ha sido justificada principalmente por los tratadistas italianos que, a través de distintas variantes, aducen dos argumentos fundamentales:

- a) Cuando las partes defieren voluntariamente sus diferencias contractuales al arbitraje no existe por ello una derogación de la competencia del juez -o del orden judicial-, puesto que se hacen entrar en su esfera con la eventual impugnación del laudo mediante el recurso de nulidad<sup>11</sup>.
- b) El arbitraje -o, mejor dicho, el compromiso- puede recaer sobre cualquier cuestión susceptible de ser transigida -identidad de objeto- con lo que, tanto el compromiso como la transacción se hacen legalmente posibles en tanto sea admisible una renuncia de derechos sobre cosas de las cuales se disponga, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.966 del Código Civil italiano -reproducido en el artículo 1.714 del Código Civil Venezolano-, comprendiendo así todas las relaciones jurídicas patrimoniales<sup>12</sup>.

### **C.- El arbitraje determinado por poderes de la Administración**

Cuando los contratos son de índole administrativa -entrando en juego el funcionamiento de los servicios públicos o al menos el interés público- se concertan por la Administración mediante procedimientos de Derecho Público.

Los contratos así concertados contienen condiciones que, excediendo los límites propios del Derecho común, se formulan en las denominadas cláusulas exorbitantes. Ello porque la Administración procede a formar tales contratos ejercitando poderes que se manifiestan, sea en actos generales -reglamentarios y medidas de orden interno- o en la variada serie de actos individuales.

Una de las piezas maestras de la contratación administrativa consiste en un elemento característico, conocido en Italia con el nombre de

---

<sup>11</sup> Sandulli Aldo M. "Manuale di Diritto Amministrativo". Ed. E. Jovene. Napoli. 1955, Pág. 496.

<sup>12</sup> Miele Giovanni. "Limiti all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative". En "Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza". Roma. 1950.

“Capitolati d'onere”, que se denomina en Francia “Cahiers des charges” y en lengua española “Pliego de condiciones”.

Este documento formal predetermina, por un acto vinculante de la Administración, las bases del contrato en un triple aspecto:

- a) Las condiciones generales (“Capitolati Generali”), “Cahiers des clauses et condition générales” y “Pliego de condiciones generales”, verdaderos “standarts” y “fórmulas típicas” aplicables a todos los contratos.
- b) Las condiciones comunes (“Cahiers des prescriptions communes”, “Pliego de condiciones comunes”) que afectan a contratos del mismo género.
- c) Las condiciones especiales (“Cahiers des prescriptions spéciales”, “Capitolati speciali”, “Pliego de condiciones especiales”) referidas a las particularidades del contrato individualizado.

Una de las condiciones generales puede consistir en la previsión del procedimiento de arbitraje, incluyendo una auténtica cláusula compromisoria, con un reenvío al Código de Procedimiento Civil.

La naturaleza jurídica del “Pliego de condiciones” ha sido largamente debatida. Inclusive su mismo origen legal resulta muy variable. Con frecuencia, mediante un Decreto -es decir, un acto reglamentario- se faculta a la Administración para que fije el conjunto de condiciones que permitan el modelaje del contrato. En Francia, los “Cahiers des charges” son aprobados por una Orden ministerial, y no es tampoco extraño que, en otros países, las Administraciones competentes para concertar contratos redacten, por propia autoridad, sus propios “Pliegos de condiciones” o modifiquen los preexistentes.

En Italia, los “Capitolati generali” han sido calificados inicialmente por una jurisprudencia que abarca el período de 1928 a 1943, como una ley delegada, conclusión que, exceptuando a Guicciardi y Cunneo, han rechazado siempre los tratadistas<sup>13</sup>. En este supuesto el arbitraje tendría o podría tener carácter “obligatorio o necesario”, comportando el ejercicio de una verdadera jurisdicción especial. En cambio, ha adquirido mayor auge la tesis que atribuye valor reglamentario a los “Capitolati generali”,

---

<sup>13</sup> Guicciardi Enrico. “Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale”. En “Rivista di Diritto Pubblico” 1943. I, pág. 265. - Cunneo. “Appalti pubbliche privati”. Ed. Cedam. Padova. 1948. El resumen del criterio general en Capaccioli Obra citada, págs. 132 y s.

compartida por los tratadistas y la reciente jurisprudencia. La Corte de Casación los denomina "normas de Derecho objetivo con carácter dispositivo" en lo que coincide F. Ferri, para quien "las cláusulas -y entre ellas la compromisoria- tienen el valor de normas directivas de carácter dispositivo"<sup>14</sup>. No obstante, tampoco esta conclusión satisface a los tratadistas franceses y algunos de los italianos la rechazan asimismo destacando el aspecto contractual<sup>15</sup>.

El criterio imperante en la actualidad, tanto en Italia como en Francia, es que el "Pliego de condiciones generales" constituye un acto mixto, a la vez medida administrativa de orden interior y condición del contrato. Así, según De Laubadère, "les Cahiers des clauses et condition générales" tienen valor reglamentario con respecto a los funcionarios y valor contractual respecto a las partes contratantes" ("Los Contrats administratifs" I, pág. 345, números 384, 386, 387, 388, 390). Pero quizás se haga preciso aclarar que se trata, no tanto de especies reglamentarias como de una "medida de orden interior de la Administración", cuya calidad jurídica han estudiado de una manera tan completa, el Profesor francés Jean Rivero y el Profesor italiano Enzo Silvestri<sup>16</sup>.

La cláusula compromisoria aparece instituida por un acto administrativo que dispone un reenvío al Código de Procedimiento Civil. De aquí que sea preceptiva para la Administración. Mas, al mismo tiempo, como cláusula contractual -materia de la estipulación- presupone el consentimiento de las partes contratantes.

Resumiendo, la Administración, en virtud a lo que dispone un acto reglamentario, tiene poderes para incluir, sea en un Pliego de Condiciones, sea en el contrato mismo, la cláusula compromisoria, que abre entonces el procedimiento de arbitraje.

---

<sup>14</sup> Ferri F. "Osservazioni sulla natura della clausula compromissoria prevista dai capitoli generali d'appalto". En "Giurisprudenza italiana" 1956. I, 1, 1131. De acuerdo con esta calificación: Abello, Borsi, Resta, Ingrosso, Gianquinto, Cammeo, Elena, etc.

<sup>15</sup> Jeze Gaston. Les principes généraux du Droit Administratif. Paris, 1934. Vol. IV, p. 161. De Laubadère: "Les Contrats Administratifs". Vol. I. págs. 346, 356, 370. Los tratadistas italianos contractualistas: Treves, La Torre, Gallo, Giorgi, A. D. Giannini, Miele, Cianfione, Zanobini, Vitta.

<sup>16</sup> Rivero Jean. "Les mesures d'ordre intérieur administratives". Lib. Recueil Sirey. Paris. 1934. Silvestri Enzo. L'attività interna della pubblica amministrazione". Ed. Giuffré. Milano, 1950..

### III

## APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL RÉGIMEN LEGAL VENEZOLANO

Como premisa del razonamiento ha de quedar sentado, desde un principio, que no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de administración sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de Derecho privado. Esta comprobación negativa induce a considerar la pluralidad de normas que constituyen el Ordenamiento jurídico venezolano para que, cada una de ellas adquiera su propio sentido en relación con todas las demás, según exige el método interpretativo. Es así que se pretende establecer el significado y alcance de los textos legales pertinentes, con vista a lograr su necesaria congruencia. En efecto, todo Ordenamiento jurídico, en tanto que sistemático, ha de tener coherencia interna y vinculación lógica con respecto a su totalidad. De donde se deduce que cualquier caso concreto ha de tratarse subsumiéndolo no en un único precepto legal, sino en la totalidad del Ordenamiento jurídico.

### A.- La regla de competencia

“Son atribuciones de la Corte Federal: Conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares, a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional o de concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como de las controversias que resultaren por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes alegaren tener derecho; salvo los casos que la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, del otorgamiento, de la concesión o de la negativa a concederla, según el caso, dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional, sin recurso judicial”. (Art. 7, N° 28 de la ley Orgánica de la Corte Federal de 2 agosto 1953, recogiendo el art. 133, N° 9 de la Constitución).

Conviene, ante todo, destacar que la fórmula adoptada define una atribución y en manera alguna una competencia privativa, exclusiva y excluyente, incompatible con otras posibles competencias establecidas en la ley, sea con carácter extraordinario o especial. De la misma manera el art. 66 del Código de Procedimiento Civil dispone, también de una manera general, que “la competencia se determina por la materia”, “por el territorio y por la conexión o continencia de la causa”. Ambas reglas de competencia son igualmente generales, ni exclusivas ni excluyentes **“para conocer en juicio contencioso”**.

Ahora bien. El arbitraje o arbitramento se define como “un procedimiento especial” (Código de Procedimiento Civil, Título I del Libro III) que tiene origen en un contrato característico, el compromiso arbitral. ¿Podría entonces la Nación acogerse al procedimiento de arbitraje eludiendo la regla general de competencia? ¿No rige ésta sin excepción?

La respuesta se encuentra en el artículo 5 del propio Código de Procedimiento Civil: “Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán, con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituye la especialidad, sin que por eso dejen de observarse en los demás las disposiciones generales aplicables al caso”.

Cabrá objetar, sin embargo, que la regla de competencia referida a las cuestiones contractuales en que sea parte la Nación no se encuentra en el propio Código, sino en la Ley Orgánica de la Corte Federal. Efectivamente, pero no es menos cierto que la competencia en razón de la materia “se determina precisamente por las leyes relativas a la materia misma que se discute en defecto por las Leyes Orgánicas de los Tribunales” (art. 67), con lo que este complejo legal queda integrado, por una verdadera norma de conexión, al cuerpo de dicho Código.

Resulta, por tanto, indubitable que la competencia especial del procedimiento de arbitraje ha de primar sobre el procedimiento contencioso ordinario que, con valor jurídico idéntico, establecen el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil y el art. 7 N° 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal.

## **B.- La articulación del arbitraje en el orden judicial**

Sin abordar un tema tan debatido como lo es el de la naturaleza, contractual o jurisdiccional, del arbitraje, sí precisa, en cambio, extraer las soluciones implícitas o presupuestas en los textos legales.

El procedimiento de arbitraje no supone que las partes se sustraigan, al menos de una manera absoluta, a la competencia que está ordinariamente prevista para el caso. Ni siquiera, juicio ordinario y arbitraje constituyen dos procedimientos de igual entidad, dotados de los mismos efectos y así intercambiables. Nada más inexacto.

Aun dejando sin analizar la estructura del arbitraje -cláusula compromisoria, convención del compromiso, poderes de los árbitros y efectos del laudo arbitral- se hace necesaria la elucidación del último de sus elementos, el laudo arbitral.

No se trata ahora de descubrir el sistema seguido por el Código Venezolano de Procedimiento Civil para configurar el arbitraje, empresa un tanto pretenciosa e inadecuada sobre todo en esta oportunidad. Bastará recordar, respecto al laudo arbitral, las cuatro posibilidades que ofrece la doctrina, de consumo con el Derecho Comparado:

- a) El laudo arbitral, derivando de la voluntad coincidente de las partes, constituye el cumplimiento del compromiso contraído y no tiene, por tanto, la naturaleza de un acto jurisdiccional (Merlín, Planiol, Ripert, la jurisprudencia belga y la francesa, uniformemente hasta 1899, Windscheid-Kip, Endermann, Wach, Weismenn, Schmidt, Baumbach-Lauterbach y Alfredo Rocco).
- b) El laudo arbitral, recayendo en un auténtico proceso, aun cuando tenga como antecedente el convenio, es en puridad un pronunciamiento jurisdiccional (Lainé, Bartin, Colin y Capitant, Tissier, Pillet, Nyboyet, Valery, Bonfante, Galgano, Codovilla, Cogliolo, Zanobini, Ascarelli).
- c) El compromiso es un contrato de contenido procesal, cuyos efectos se producen precisamente en el proceso, determinando las situaciones del mismo y el resultado del laudo arbitral (Kohler, James Goldschmidt, F. Carnelutti).
- d) El laudo arbitral, que representa el cumplimiento de un compromiso y tiene así valor de contrato, se convierte, no

obstante, en acto jurisdiccional con el exequator o la homologación subsiguiente del juez (Bellot des Minières, Boucher, Garssonnet, Lacoste, Mortara, Chiovenda, Calamandrei, E. Betti, Sandulli).

Si se sostuviera la primera de las conclusiones indicadas el problema quedaría soslayado pues, tratándose de un acto estrictamente contractual, producido conforme al mecanismo del contrato, no estaría en juego competencia alguna. Por ello, sin comprometer el propio criterio, se acepta “ex hipótesis” que el laudo corresponde, de una u otra manera, a una decisión jurisdiccional.

Mas, establecidas en el Código Venezolano de Procedimiento Civil dos formas de arbitraje, el ritual y el irritual (art. 510), ¿qué representa cada una de ellas?

Históricamente, desde el período clásico del Derecho Romano, la institución típica fue el arbitraje libre que, en la edad media dio lugar, por metamorfosis, a la especie de arbitraje de Derecho, según consta en el enunciado de Bartolo, “quando dictum est debeat sententiare de iure”.

Es en el siglo XIV que el civilista francés Petrus Jacobi introdujo la distinción, desde entonces perdurable en Francia, Italia, España y también en Venezuela, entre el “arbitrator” que sentencia basándose en la regla jurídica -en un arbitraje denominado entonces “de iure tantum”- y el “amicabilis compositor”, cuyo “arbitrium boni viri” es la manifestación de su libre convencimiento desligado de cualquier norma preconstituida, “sive aequa, sive iniqua sit”, como se lee en los textos de Peoculo y Ulpiano, reproducidos por Bartolo y los postglosadores.

El “arbitrium boni viri” tampoco puede confundirse, confusión en la que incurre Carnelutti, con un arbitraje de equidad, punto de vista refutado convincentemente por Calamandrei, Alfredo Rocco y Salvatore Satta. No se trata, en efecto, parecidamente al “Common Law”, de un proceso “at law” frente a un proceso “in equity”, pues la equidad aludida en el articulado de los Códigos de Procedimiento Civil -art. 510 del venezolano- no es la equidad normativa, sino la valorativa, es decir, un juicio subjetivo de valor a la manera de la “epikeia” aristotélica, tal cual la define Calamandrei: “equidad individual que no aspira a establecer nuevas normas abstractas que se contrapongan a las enunciadas por el legislador, sino que interviene por voluntad del Estado legislador cuando la solución



de un caso dado puede ser prácticamente desentrañada tan sólo en virtud de la consideración individualizada del caso mismo”.

Ello explica que no se admita apelación contra el laudo pronunciado (art. 518), de acuerdo con la regla tradicional, “*apellatio est permissa regulariter ab omnia sententia: in sententia lata a iudice habente liberum arbitrium ab ea non datur appellatio*”<sup>17</sup>.

De otra parte, para salvaguardar la integridad del compromiso -y también en el arbitraje ritual las formalidades del procedimiento-, el laudo cabe que tenga acceso a la vía judicial mediante el recurso de nulidad (artículos 520 y 521).

Por último, el laudo arbitral mismo no puede adquirir, respecto a las partes, autoridad de cosa juzgada formal que se reserva a las sentencias definitivas del orden judicial (art. 423, N° 5).

“No puede así existir -y la conclusión es lógica- identidad entre el contenido de la sentencia judicial y el del laudo arbitral” (Satta).

De todo ello queda evidenciado que el arbitraje constituye un procedimiento “*sui generis*”, sin asimilación posible al procedimiento ordinario, por lo cual uno y otro no pueden ser ambivalentes ni intercambiables.

He aquí ahora una aplicación de cuanto quedó anteriormente sentado para interpretar el artículo 7, N° 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal: “La Corte Federal conocerá en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se suscitaren entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo nacional”.

El término “conocerá” es insinuativo, ya que en la oración completa se encuentran subyacentes dos modalidades presupuestas, **el cuándo y el cómo** de tal conocer. El texto legal tiene, una vez terminado, este sentido: cuando en reclamación de algún derecho haya de instarse un juicio que permita hacer todos los pronunciamientos propios del caso -únicamente posible en el juicio ordinario- entonces habrá de acudir a la Corte Federal, que es para ello la competente.

Por el contrario, si no se pretende semejante objetivo, antes bien otro distinto -no ya reclamar un derecho ni obtener tampoco los efectos

---

<sup>17</sup> Citas en la obra de Salvatore Satta antes indicada.

de una sentencia judicial- cabe emprender el procedimiento que al caso corresponda, pues la Corte Federal no extiende su competencia a todos los procedimientos, sino a los taxativamente indicados, sin que se produzca con los demás incompatibilidad alguna. Resultando asimismo incuestionable que, a no quedar expresamente prohibido, la Nación puede entablar cualquier procedimiento por los trámites y en el orden que la ley disponga.

Dicho en otros términos. La competencia atribuida a la Corte Federal en el artículo 7, N° 28 de su Ley Orgánica no es absoluta, por lo que no afecta a todas las controversias contractuales entre la Nación y los particulares; antes bien se circunscribe a determinadas cuestiones. Estas cuestiones son aquellas que hayan de decidirse mediante juicio contencioso, conforme exige el texto legal. Pero, ¿a qué contención hace éste referencia? Sin duda, a la única posible, o sea al juicio ordinario, según lo proclama el artículo 234 del Código de Procedimiento civil “Las cuestiones que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán en juicio ordinario, si tales cuestiones no tienen pautado un procedimiento especial”.

Por tanto, cuando no se reclame algún derecho y se pretende, contrariamente, en concordia, sin referirse a normas, lograr una avenencia, lo cual constituye el objeto del arbitraje, no puede regir la competencia atribuida a la Corte Federal.

### **C.- Corroboración constitucional del criterio aducido**

La Constitución con su supremacía normativa, aporta un dato que sirve de clave a la intentada interpretación del conjunto de textos legales venezolanos.

El artículo 49 prescribe que, “las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato -los de interés público- y que no puedan ser amistosamente resueltas por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes”.

El precepto constitucional requiere la competencia de los Tribunales de Venezuela, mas anteponiendo a ella cualquier manera de resolver amistosamente las dudas y controversias.

Ahora bien. El arbitraje voluntario es el modelo adoptado para lograr avenimientos y concordias, “vía pacífica” que se encuentra prevenida en el artículo 51 de la propia Constitución.

En el Derecho interno también se ha venido considerando el arbitraje voluntario una mediación amistosa en las diferencias, al mismo título que la conciliación, la cláusula de compromisarios y la transacción. Es más, el arbitraje aparece históricamente bajo el signo de la amistad, pues, la justicia del Estado, como sucedánea de la violencia privada, conserva un trasunto belicoso que permite enunciar el juicio, siquiera sea metafóricamente, como un duelo judicial. Inversamente, en las fuentes del Derecho Intermedio se califica literalmente de amistoso el arbitraje libre por el nombre mismo de los árbitros arbitradores llamados “amicabilis compositor” que han conservado en los idiomas románicos -“amichevole compositore”, “amiable compositeur”, “amigable componedor”- y el procedimiento correspondiente -el viejo “arbitrium bonum viri”- es el procedimiento amistoso por excelencia, hasta el punto que en el lenguaje usual se le denomine “resolución amigable”.

La interpretación histórica y semántica permiten afirmar que el arbitraje voluntario es una manera de resolver amistosamente dudas y controversias contractuales, incluyéndose entre los intentos que pueden preceder, por indicación constitucional, a la decisión de los Tribunales competentes.

#### **D.- El procedimiento de arbitraje originado por el ejercicio de poderes administrativos**

Cierto que en Venezuela no existe una especie formal equivalente al Pliego de Condiciones -“Cahier des Charges” o “Capitolati d'onere”-, si bien es ello debido más bien a una omisión de término que a la carencia de poderes necesarios para formularlos, ya que se encuentran previstos en los textos legales.

El Decreto reglamentario de Obras Públicas de 14 abril 1909 exige en su artículo 69 que, “los contratos que se celebren para la construcción de obras nacionales o de interés nacional, debe estar ajustados en su letra y forma a lo prevenido por las leyes de la materia y tener en su cuerpo todas

las cláusulas establecidas para los documentos de esa naturaleza;” es decir, lo prevenido en un auténtico Pliego de Condiciones.

Aún de una manera más concreta se encuentra idéntica exigencia en el artículo 108: “Cuando por circunstancias especiales fuera necesario celebrar algún contrato o convenio para la construcción de alguna de las partes de una obra... se indicarán las bases que se crean más convenientes fijar al contrato para ser consideradas por el Ministerio, y en caso de aprobación, éste les indique el modo como debe ser celebrado”.

En suma, el Pliego de Condiciones especiales aludida, además, en el artículo 25.

El Pliego de Condiciones generales se perfila en los artículos 69, 73, 74, 75, 86 y 110.

El Pliego de Condiciones comunes o genéricas se requiere en los artículos 83 y 84.

En consecuencia, puede la Administración incluir la cláusula compromisoria en un Pliego de Condiciones generales que sirva de modelo legal -como sucede en Italia, Francia y Uruguay-, o bien convenirla en el propio contrato. Los poderes en ambos casos ejercitados tienen el mismo origen y el mismo alcance. Respecto a la legitimidad de tales poderes se hace referencia a cuanto expone la doctrina y la jurisprudencia anteriormente citadas.

Por último, ha de hacerse observar que la competencia atribuida a la Corte Federal tiene un límite en cuanto se excluye de ella “los puntos que la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato... dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional, sin recurso judicial”.

Ahora bien; la ley vigente a que se hace referencia ha de ser cualquier ley material, no la formal, por la inconsecuencia que en otro caso derivaría de condicionar los efectos de leyes futuras igualmente formales. La reserva comprende así todo acto reglamentario con lo que se salvaguardan los poderes administrativos de ellos dimanantes.

## **E.- Formalidades del arbitramento concertado por la Administración**

El arbitramento es una figura jurídica compleja, integrada por actos contractuales y actos procesales que tienen, cuando se trata de particulares, un mismo sujeto. Empero, al realizarlos la Administración

resulta imprescindible individualizar los órganos respectivos a los cuales corresponda la competencia.

Si el compromiso es un contrato accesorio, parece evidente que haya de convenirlo el mismo órgano administrativo que intervino en el contrato principal. Mas no es menos cierto que, constituyendo el compromiso la pieza inicial del procedimiento de arbitramento quien lo suscriba ha de tener atribuida la facultad de comparecer en juicio representando a la Administración.

Ahora bien; en el orden administrativo incumbe al Procurador General de la Nación “representar judicialmente a la Nación conforme a las instrucciones que le comunique el Poder Ejecutivo Nacional” (Ley de la Procuraduría de la Nación, art. 9, N° 7). A su vez, conforme al Estatuto Orgánico de los Ministerios, corresponde a cada Ministro “comunicar al Procurador General de la Nación las instrucciones concernientes a los asuntos en que deba intervenir dicho funcionario en las materias de la dependencia del Despacho” (art. 10, N° 14).

De acuerdo con estos antecedentes legales, el compromiso habría de otorgarlo el Ministro de Fomento, asistido por el Procurador General de la Nación, a quien conferiría aquél, en el mismo acto, el encargo de representar a la Nación en el procedimiento de arbitramento, conforme a las instrucciones impartidas, y prosiguiéndolo así en todos sus trámites.

La instancia arbitral, llegada la eventualidad, estaría entonces íntegramente a cargo del Procurador General de la Nación.

## **F.- Las transacciones de la Administración**

Aun cuando algunos tratadistas, entre ellos A. Rocco, asimilen el compromiso a la transacción no cabe, en puridad, confundirlos dado que, aparte de otras notas diferenciales, con el compromiso se inicia una verdadera “litis” -al menos por las formalidades- en tanto que la transacción se propone evitarla o darle fin (Planiol-Ripert).

Siendo la transacción una especie jurídica distinta interesa considerarla en este caso desde el ángulo administrativo para establecer en qué términos sea realizable.

En principio, la transacción exige únicamente “tener capacidad para disponer de las cosas en ella comprendidas” (CCV, art. 1.714).

Por tanto, en materia administrativa será posible siempre que recaiga sobre bienes patrimoniales disponibles, o sea, aquellos que tienen un carácter instrumental por estar destinados a producir un lucro<sup>18</sup>. Además, los bienes pertenecientes a los Institutos Autónomos son por definición disponibles e inclusive excluidos del régimen fiscal (L.O.H.N., art. 71).

En su consecuencia, el único criterio para calificar la licitud de una transacción, en el orden administrativo, está solamente dado por la disponibilidad del objeto de la misma a no obstar ninguna prohibición expresa<sup>19</sup>.

Respecto al poder atribuido al órgano administrativo para decidir la transacción se encuentra determinado en varios textos legales. Así, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional lo establece, en materias fiscales, distinguiendo si la transacción se produce en juicio (art. 7) o extrajudicialmente (art. 49, p. 20 y 0). En el primer caso ha de mediar una autorización previa del Ejecutivo Federal con intervención del Procurador General de la Nación y en el otro caso es suficiente el simple informe del propio funcionario y del Contralor General de la Nación.

La Ley de Hidrocarburos prevé la transacción para cualquiera de las controversias relativas a la ejecución de las concesiones, lo cual compete al Ministro del ramo (Ley, art. 91. Reglamento, art. 131).

La Ley de expropiación dispone que, el expropiante concertará por transacción el avenimiento sobre el precio de la cosa que haya de expropiarse (art. 32).

Por lo demás, es perfectamente razonable, deduciéndose de los textos legales citados, que quien tenga competencia para convenir el negocio jurídico la tiene también para transigir sobre las materias del mismo, si la ley no añade alguna modalidad, al menos cuando no sea en juicio.

---

<sup>18</sup> Zanobini Guido. "Corso di Diritto Amministrativo", Ed. Giuffré. Milano. 1948. Vol. IV. pág. 101.

<sup>19</sup> Guicciardi E. "Le transazioni degli enti pubblici", en "Archivio di Diritto Pubblico" 1936. Sandulli. "Manuale di Diritto Amministrativo". Pág. 242.

## ADICIÓN AL DICTAMEN

Una vez redactado el precedente dictamen se promulgó y fue publicada en la Gaceta Oficial del día 22 de julio último la reforma del artículo 172, N° 11 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional que altera considerablemente el régimen de la contratación administrativa.

En la parte pertinente el texto legal es como sigue: “Son atribuciones y deberes de la Sala de Control: Velar porque los suministros de toda clase de bienes, en los servicios personales prestados a las Administraciones Públicas, Entidades Administrativas e Institutos Autónomos, y en los contratos en general, se estipulen precios justos y razonables y se presten, según el caso, las garantías que se consideren necesarias; y verificar si tales suministros, servicios y contratos han sido efectivamente realizados y cumplidos, de acuerdo con las disposiciones de la Contraloría de la Nación. A los fines de esta atribución, la Sala llevará el control de los precios corrientes y actualizados de los efectos, materiales y demás bienes y servicios regularmente suministrados a las Administraciones y entidades antes dichas. Los diversos Departamentos del Ejecutivo Nacional y demás oficinas nacionales deberán, antes de proceder a la celebración de contratos y a la adquisición de bienes, someter los proyectos respectivos a la aprobación de la Sala de Control, sin la cual aquéllos no tendrán ningún efecto, salvo lo dispuesto en el párrafo primero de este ordinal (los inferiores a 5.000 bolívares)”.

La Contraloría General de la Nación, con respecto a “los contratos en general” de las Administraciones Públicas, Entidades Administrativas e Institutos Autónomos, tendrá dos facultades que ya no son propiamente de simple control si no de directa participación en el acto mismo de convenir el contrato. Así, primeramente “vela” para asegurar la estipulación de precios justos y la prestación de las garantías necesarias; en segundo lugar, “verifica” el cumplimiento del contrato.

A tal efecto, antes de celebrarse formalmente el contrato ha de someterse su proyecto a la “aprobación” de la Sala de Control. He aquí un acto administrativo típico con el que quedan compartidas las facultades de contratar, pertenecientes a la Administración activa, con otro órgano de “control” el cual, en adelante, se encontrará dotado de una competencia administrativa y por tanto ejecutiva cuya constitucionalidad desde luego dudosa.

En cuanto al cumplimiento del contrato, la misma Sala de Control ha de verificar si lo ha sido "de acuerdo con las disposiciones de la Contraloría de la Nación". Planteando ello un delicado problema: ¿Se arrebató a los órganos de la Administración activa todas las facultades que le corresponden para adaptar a las exigencias del servicio público las distintas modalidades de ejecución del contrato, inclusive para modificarlas por vía reglamentaria?

Lo cierto es que, en lo sucesivo, la Contraloría General de la Nación, mediante la Sala de Control, participará asimismo en la fase de ejecución del contrato para comprobar si sus disposiciones han sido cumplidas.

Por tanto, habiéndose de someter a la aprobación de la Sala de Control el proyecto de contrato, sin cuyo requisito no tendría aquél eficacia, los arbitrajes de toda especie y las transacciones previsibles pueden ser objetados y aun excluidos. No cabiendo tampoco establecerlos, sin la conformidad de la Contraloría, como una nueva fórmula en la fase de ejecución del contrato.

En este sentido adiciono y corrijo en lo que sea menester las afirmaciones contenidas en el dictamen precedente.

Caracas, 15 agosto 1960