

La suscripción de acuerdos de arbitraje por medios electrónicos en Venezuela

Jean Louis Natera Duque*

Resumen

El arbitraje ha captado la atención de buena parte de la población jurídica y general. Este trae consigo un sinfín de beneficios, como también alguna desventaja, algo que es común tanto en el ámbito jurídico, como en la vida.

Existe otro aspecto que hace muy poco irrumpió, de forma mucho más abrupta, en el mundo jurídico. En este caso, se hace referencia al entorno digital, sobre el cual, las circunstancias que ha atravesado la humanidad en el último par de años, han llevado a una forzada y borrasca asimilación total de sus virtudes y defectos.

El fin último de este estudio, será desentrañar la interacción entre este fenómeno, poco experimentado en ordenamientos jurídicos como el nuestro, y el génesis básico de la materia arbitral; siendo este, indudablemente, el acuerdo de arbitraje.

Abstract

Arbitration has caught the attention of a large part of the legal and general population. This brings endless benefits, although, also some disadvantage, as is common both in the legal field, and in life.

There is another aspect that very recently broke in, more abruptly in the legal world. In this case, it refers to the digital environment that, on which, the circumstances that humanity has gone through in the last couple of years, have led to a forced and stormy total assimilation of its virtues and defects.

The ultimate goal of this research will be to unravel the interaction between this phenomenon, little experienced in legal systems like ours, and the basic genesis of arbitration matter; this being, undoubtedly, the arbitration agreement.

Palabras clave

Acuerdo de arbitraje. Cláusula de arbitraje. Contratos electrónicos. Medios electrónicos. Protección al consumidor.

Keywords

Arbitration agreement. Arbitration clause: E-contracts. Electronic media. Consumer protection.

Sumario

I. Introducción al acuerdo de arbitraje. II. Presupuestos para la validez del convenio arbitral. III. Los contratos electrónicos y el arbitraje. IV. Breves consideraciones respecto a los contratos electrónicos de adhesión y la protección del consumidor.

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2021). Diplomado en Derecho Procesal Telemático de la Universidad Bicentennial de Aragua (2021). Diplomado en Derecho Procesal de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2016). Asistente Legal en el Departamento de Litigios del Despacho de Abogados Miembros de la Firma Internacional de Abogados Clyde & Co (desde 2019). Contacto: jeanld7@gmail.com

I. Introducción al acuerdo de arbitraje

Para hablar sobre acuerdos arbitrales, es menester tratar, en primer lugar, la naturaleza jurídica o fundamento de donde surge. Actualmente, es uniforme la doctrina, a nivel internacional, en aceptar la fuente contractual de donde nace el arbitraje.

La doctrina patria no es la excepción. Entre ella podemos destacar autores como Araque Benzo; quien señala, hablando sobre el arbitraje comercial, que este: “estará siempre fundamentado en la voluntad unánime de las partes de un litigio pendiente o eventual”¹.

Así, debemos entender que, los acuerdos mediante los cuales se decide someter una controversia a arbitraje, tienen como piedra angular la máxima contractual conocida como autonomía de la voluntad de las partes. Esta prevalecerá, como en cualquier otro contrato —sin ánimos de sobre simplificar estos convenios al punto de considerarlos solo un contrato más—, siempre que la indisponibilidad de derechos y/o garantías, o el orden público no estén de por medio.

Ahondando más en materia de acuerdos de arbitraje, se hace imperante el traer a colación lo que dispone la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)². Este Tratado establece, en su artículo 2, la obligación de los firmantes de reconocer los convenios “...por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje...” determinada controversia. Agrega la comentada norma, en su ordinal segundo, que la frase “acuerdo por escrito” se puede traducir ya sea, en una cláusula incluida en un contrato o compromiso firmado por las partes, o de un intercambio de cartas entre ambas partes.

Por su parte, la norma patria que rige la materia —Ley de Arbitraje Comercial de 1998³— establece en su artículo 5 una definición bastante correcta de los convenios arbitrales; introduciendo, además, en la disposición siguiente, el requisito fundamental que esta debe contener para ser dada por válida, en la misma tónica de la Convención de New York: debe constar el acuerdo por escrito en cualquier documento o conjunto de estos, pudiendo estar incluso contenidas en contratos de adhesión —bajo ciertas condiciones—, o tratarse de cláusulas compromisorias por referencia⁴; en el mismo sentido lo regula la Ley Modelo de la CNUDMI (o UNCITRAL por sus siglas en idioma inglés) sobre el Arbitraje

¹ Araque Benzo, Luis Alfredo, *Manual de Arbitraje Comercial*, Caracas, Editorial Jurídica, 2011, p. 37.

² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958, Nueva York. Disponible en: <https://bit.ly/3vhRBxM>

³ Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial No. 36.430, 7 de abril de 1998.

⁴ Se entiende por estas, las cláusulas contenidas en un contrato (A), que refiere en su contenido a un contrato o documento (B) que contiene una cláusula arbitral, siempre que la referencia dispuesta en el contrato (A) se traduzca en que ese convenio de arbitraje en específico o todo el contrato (B) formen parte del contrato (A).

Comercial Internacional, Ley Modelo que, felizmente, fue de gran influencia en la redacción de nuestra regulación patria⁵.

Finalmente, en una Nación tan judicializada como es Venezuela, se vuelve necesario hacer referencia a la opinión que le merece la cúspide del Poder Judicial en nuestro ordenamiento jurídico a los convenios arbitrales.

Al respecto, se puede acotar que, en cuanto al arbitraje, el Tribunal Supremo de Justicia y, especialmente, su Sala Constitucional, no han llegado al nivel de intrusividad o intervencionismo que se ha evidenciado en otros ámbitos del Derecho dentro de Venezuela.

En alguna de las decisiones más célebres de la Sala en la materia, caso *ASTIVENCA Astilleros de Venezuela*⁶, se evidencia de manera bastante clara esta voluntad de no intervención a la que hacemos referencia, adoptando el acertado criterio según el cual, el Poder Judicial debe remitir inmediatamente toda disputa suscitada entre las partes que hayan adoptado un acuerdo de arbitraje, al tribunal arbitral al que este hace referencia, salvo que, de un examen que se realice *prima facie* sobre dicho convenio, se desprenda su nulidad, ineficacia o inaplicabilidad.

En esta decisión, la Sala incluso delimitó, de forma más estrecha, el análisis que los jueces de la jurisdicción ordinaria pueden ejecutar sobre el compromiso arbitral, esto al exponer que:

En definitiva, 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, los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación “*prima facie*”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, **que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje** y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito, en los términos expuestos *ut supra*, y así expresamente se declara⁷ [Resaltado nuestro].

II. Presupuestos para la validez del convenio arbitral

Ahondando más en la materia, resulta pertinente en este punto precisar los requisitos que se han de tener en consideración para dar un convenio de arbitraje

⁵ Capítulo II de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, de 1985 y enmendada el 07 de julio de 2006, New York. Disponible en: <https://bit.ly/3s5Aptz>

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 827, 3 de noviembre de 2010, (*ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A.*), en: <https://bit.ly/3xV0mzI>

⁷ *Ídem*.

por válido; comprendidos estos por la “validez formal”, “validez material” y “validez subjetiva”.

Respecto al aspecto formal, es oportuno traer a colación el análisis que De Jesús, realizó en su momento sobre el artículo 6 de la LAC, desarrollando que no tiene relevancia —respecto al requisito formal de que el acuerdo conste por escrito—, que aparezca en el documento la firma estampada de las partes; siendo este deber formal, más que nada, un tema probatorio (formalidad *ad probationem*) cuyo fundamento es la constatación de la manifestación de voluntad de las partes de someterse a dicho medio alternativo de resolución de conflictos⁸.

En otras palabras, la validez formal se reduce, en última instancia, a la verificación de que, en concordancia con los principios generales que rigen los contratos, las partes hayan manifestado su consentimiento pleno, completamente libre de vicios⁹.

En segundo lugar, en cuanto a la validez material, se hace referencia a si el objeto de las eventuales controversias sobre las cuales se pacta el acudir a arbitraje, son realmente susceptibles a este —arbitrables—; siendo la regla general que todos los derechos y obligaciones que recaigan sobre las personas pueden someterse a este método de resolución de controversia, excepto aquellos sobre los cuales no pueden disponer o transar libremente o que la Ley excluya expresamente¹⁰.

Valdría hacer referencia en este punto, muy brevemente —pues, es un tópico que fácilmente podría ocuparnos otro artículo científico en su totalidad— a que, cuando dentro de las materias non-arbitrables se incluye las que sean contrarias al orden público, no quiere decir que no se puedan someter a arbitraje determinadas controversias donde el legislador ha considerado que este está presentes —por ejemplo, en materia laboral—, pues ello sería totalmente contrario a la regulación que nuestra Constitución dispone respecto a la institución arbitral, donde se promueve enérgicamente el arbitraje como parte del sistema de administración de justicia, y atentaría también contra los principios generales del arbitraje; la manera en que esto debe interpretarse —o al menos es la opinión de este

⁸ Alfredo De Jesús O., Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano, en: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, Serie Evento 18, pp. 55-131.

⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1541, 17 de octubre de 2008 (*Recurso de Interpretación interpuesto por la República*): “Al respecto, la Sala ha señalado categóricamente que “...el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje...”. Disponible en: <https://bit.ly/3vHX6F3>

¹⁰ Araque Benzo, Luis Alfredo, El ABC del Arbitraje Comercial, en: *Revista de la Cámara de Caracas*, 2020, No. 13. Disponible en: <https://bit.ly/3OHIxds>

artículo— es que no debe atentar el convenio arbitral —ni el arbitraje que con base en él se constituye— directamente contra el orden público, sin excluirse por ello, estas materias a ser susceptibles de someterse a un tribunal arbitral¹¹.

En cuanto a la validez subjetiva, finalmente, encontramos el requerimiento que está presente en cualquier tipo de contrato, que no es otro que la capacidad de obrar; de ejercer, ya sea en nombre propio, mediante asistencia o representación, actos jurídicos con distintos efectos; referencia de ello encontramos en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuando indica que quienes someterán legítimamente a arbitraje las distintas controversias que pudieran surgir de una materia transable, son las “...personas capaces de transigir...”.¹²

III. Los contratos electrónicos y el arbitraje.

El principal instrumento que rige los contratos electrónicos en Venezuela, es el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹³, vigente desde principios de 2001. Este cuerpo normativo, en su artículo 15, establece:

Oferta y aceptación en los contratos

Artículo 15. En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.

La doctrina ha alertado que, una interpretación literal de esta disposición, arrojaría como conclusión el que las partes contratantes, antes de suscribir un contrato por medios electrónicos, tengan como requisito previo el haber pactado antes, por los medios tradicionales, que el convenio podrá perfeccionarse por esa vía¹⁴.

Del análisis de lo planteado se evidencia el absurdo que significaría el que, para perfeccionar un contrato por medios electrónicos, sea necesario primero pactar por escrito o verbalmente, de acuerdo a las normas comunes de contratación dispuestas en el Código Civil, la posibilidad de llegar a un convenio por estos medios. Esto, claramente, atenta de forma directa contra los fines del Decreto-

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1541, 17 de octubre de 2008, ob. cit.: “Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos ... ya que la declaratoria de orden público... lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo... en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva”.

¹² Ley de Arbitraje Comercial.

¹³ Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, Gaceta Oficial No. 37.148 de 28 de febrero de 2001.

¹⁴ Guidón Guerrero, Víctor, Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, No. 11, pp. 293-315. En: <https://bit.ly/397Oxvu>

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹⁵ y contra la naturaleza de la contratación electrónica en general.

Como bien lo ha indicado Guidón “La anterior interpretación excluye el contrato perfeccionado a través de la emisión de una oferta por la vía electrónica que, desde el punto de vista jurídico, esté expresada de la manera y por los medios establecidos en la ley...”¹⁶ por el simple hecho de no pactarse previamente la validez de esta y de la aceptación; “...y mucho menos la tendrá el mensaje electrónico, en el que de la misma manera, el destinatario haya manifestado su aceptación...”¹⁷.

Al respecto, el autor considera que la redacción de dicha norma tomó en cuenta solamente los típicos contratos electrónicos que se llevan a cabo a través de páginas web donde, como acuerdo preparatorio figuran los términos y condiciones que, a manera de contrato de adhesión, son aceptadas por el usuario al registrarse en dichas plataformas¹⁸. Pero, se debe hacer énfasis en que esto no puede extenderse a la contratación electrónica que se dé entre particulares, pues esto llevaría a un absurdo de tal magnitud que no debe aceptarse en las ciencias jurídicas, donde es la lógica la que debe privar en toda Ley e interpretación de esta.

Superado lo anterior, observamos que este Decreto-Ley regula los mensajes electrónicos, aceptando que mediante ellos se pueden emitir manifestaciones de voluntad y, por ende, perfeccionar contratos, siempre que se observen las normas dispuestas al respecto en la formación del mismo, con las consideraciones que ya se han realizado sobre el acuerdo previo.

Dejando de lado, a efectos del presente trabajo, las particularidades sobre la oferta y la aceptación a través de mensajes electrónicos, se hace imperante analizar ahora la compatibilidad entre la contratación electrónica, en los términos que nuestra legislación le atribuye y el acuerdo de arbitraje, igualmente acorde a los requisitos que en nuestro ordenamiento se establecen para él.

Evidentemente, nos referiremos en este apartado a los presupuestos de validez formal del convenio arbitral, ya que poco o nada varía lo ya expuesto sobre la validez material y subjetiva cuando se trata de contratación electrónica, puesto que, como ya hicimos referencia, los mensajes de datos son un medio válido de

¹⁵ Art. 1. El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos. Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

¹⁶ Guidón Guerrero, Breve análisis sobre la formación del contrato por la vía electrónica en Venezuela... , ob. cit.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ *Ídem*.

manifestación de voluntad, y tanto las personas que pueden comprometerse a resolver sus controversias mediante arbitraje como las materias susceptibles de ello, serán las mismas indiferentemente de que se trate de un convenio pactado de forma tradicional o por medios electrónicos.

Como ya se indicó anteriormente, el único requisito formal que establece la Ley de Arbitraje Comercial respecto a los convenios arbitrales, es lo dispuesto en su artículo 6: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos...”¹⁹; requisito que, según la postura presentada por De Jesús y acogida por el presente trabajo, se reduce a un tema probatorio, pues lo relevante de este requisito formal es el poder evidenciar de manera irrefutable la manifestación inequívoca de ambas partes de someter determinadas controversias a arbitraje²⁰.

Siendo ello así, al momento de hacer valer un convenio arbitral —especialmente en el caso de que una de las partes se muestre reticente a cumplirlo— se hace necesario que el mismo conste por escrito, a fines probatorios. Esto en la misma tónica de los contratos en general, donde el Código Civil venezolano establece que “El instrumento redactado por las partes y contenido de sus convenciones es sólo un medio probatorio...”²¹, esto sin perjuicio de los contratos que se pueden alcanzar de forma verbal, salvo las complicaciones que a veces pueda conllevar la prueba de estos.

Cabría preguntarse en este punto entonces, si el acuerdo arbitral al que se llegue por medio de mensajes de datos, cumpliendo con los presupuestos para el perfeccionamiento de contratos establecidos en el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos al que ya hemos hecho referencia, podría alegarse que consta por escrito; esto teniendo en cuenta que los medios electrónicos se alejan de los conceptos rudimentarios que se tenían hasta hace relativamente poco tiempo en la historia de la humanidad, de los contratos verbales o escritos.

En primer lugar, es necesario invocar la interpretación que ha realizado la Sala Constitucional en el caso *ASTIVENCA Astilleros de Venezuela* —al que ya se ha hecho referencia—, donde sentenció:

Así, el carácter escrito no se limita a la verificación de un documento —cláusula compromisoria— firmado por las partes a tal efecto —en el mismo documento del negocio jurídico u en otro instrumento—, sino además de circunstancias tales como la manifestación de voluntad que se colige del intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de

¹⁹ Ley de Arbitraje Comercial.

²⁰ De Jesús O. Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano..., ob. cit.

²¹ Código Civil, Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.

telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o del cual se derive la manifestación de voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje...²².

De lo expuesto en este criterio, se comprende que la acepción “escrito” no se agota con el documento en el que se plasma un negocio jurídico; en este caso el contrato o acuerdo de arbitraje. Se hace necesario estudiar ahora, si los mensajes de datos tendrán cabida dentro de dicho concepto, para lo cual se ha de traer a colación el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que dispone:

Eficacia Probatoria

Artículo 4. Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas²³.

En interpretación de dicha norma, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en una variedad de decisiones. Entre ellas, se puede exponer lo dispuesto en su sentencia número 274, de fecha 30 de mayo de 2013, ratificado posteriormente por la misma Sala el 15 de junio de 2016, donde analiza esta figura en los siguientes términos:

De acuerdo a los dispositivos transcritos se colige que tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos escritos.

Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico²⁴.

De lo establecido en el artículo 4 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y lo interpretado por la Sala de Casación Civil partiendo de dicha disposición,

²² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 827, 3 de noviembre de 2010, ob. cit.

²³ Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. RC.000369, 15 de junio de 2016 (*Orión Realty C.A. vs. Franklin del Valle Rodríguez Roca*), en: <https://bit.ly/3rS8m0k>

se evidencia que el ordenamiento jurídico venezolano otorga la misma eficacia probatoria a los mensajes de datos que a los documentos escritos²⁵.

Aunado a ello, aún en el caso de que se entendiera por algunos que el requisito de que el acuerdo arbitral cuente por escrito es una solemnidad presupuesto de su validez, este Decreto-Ley al que se ha venido haciendo referencia, establece:

Cumplimiento de solemnidades y formalidades

Artículo 6. Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica²⁶.

Siendo así, se debe entender por cumplido el requisito de escritura, esto de la interpretación de esta disposición en conjunción con el artículo 4 *eiusdem*, con el simple hecho de que la manifestación de voluntad inequívoca de ambas partes de someter determinadas controversias a arbitraje, conste en mensajes de datos intercambiados entre ellos acorde a este Decreto-Ley.

Llegada esta instancia, es necesario hacer referencia además a lo que se entiende en Venezuela por mensajes de datos. En primer lugar, el propio Decreto-Ley establece, en su artículo 2, una serie de definiciones entre las cuales está el concepto que nos ocupa, respecto al cual dispone que es “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”.²⁷

En desarrollo de esta disposición, la Sala de Casación Civil ha interpretado que, por documento electrónico, debe entenderse “...cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros”²⁸.

Así, se puede concluir que el mensaje de datos es cualquiera que se emita por medios electrónicos, indiferentemente del software mediante el cual se emita, siempre que esté soportado en un dispositivo electrónico, o sea, que tenga formato electrónico.

²⁵ Arts. 429 ss. Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial No. 4.196 Extraordinario, 2 de agosto de 1990. Reimpreso en Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

²⁶ Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. RC.000769, 24 de octubre de 2007 (*Distribuidora Industrial De Materiales C.A. (DIMCA) contra Rockwell Automation De Venezuela C.A.*), en: <https://bit.ly/3Kc7ZnK>

En vista de todo lo anterior, se presenta totalmente factible la posibilidad de convenir el someter una controversia a un arbitraje a través de medios digitales, ello siempre que se tenga en consideración lo dispuesto en el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos al que tanta referencia se ha venido haciendo, teniendo en cuenta la alerta que ya se ha realizado sobre su artículo 15. Y es que, de todo lo expuesto hasta ahora, no se desprende incompatibilidad alguna entre la Ley de Arbitraje Comercial y este Decreto-Ley, por lo que mal podría negarse la posibilidad de hacer valer un acuerdo de arbitraje suscrito por estos medios.

La postura adoptada en este trabajo, recibe además un espaldarazo en nuestra Constitución y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia. En primer lugar, como ya se hizo referencia en términos generales, el artículo 258 de nuestra Carta Magna establece que la Ley “(...) promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”²⁹. En concordancia, la Sala Constitucional ha dispuesto, y la Sala de Casación Civil ha ratificado, el criterio según el cual:

Los medios alternativos de solución de conflictos son una expresión de la tutela judicial efectiva, de manera que si en un caso concreto surge el arbitraje como el mecanismo más eficaz para tutelar una situación jurídica, y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia para su aplicación, **el criterio debe ser la tendencia a una interpretación de la norma legal más favorable conforme al principio pro actione**, que “...si se traduce en el ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta el principio pro arbitraje...”³⁰. [Resaltado nuestro].

En este sentido, se evidencia cómo la jurisprudencia ha aceptado ampliamente este principio, igualmente adoptado por Hernández-Bretón al señalar que, de acuerdo con la regulación constitucional que se ha dado al arbitraje, se “...debe producir forzosamente una actitud proarbitraje y crear el deber en la cabeza de todos los tribunales de la República de fomentar el arbitraje”³¹.

Teniendo en cuenta este principio —de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico— mal podría negarse, hemos de insistir, la suscripción de

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.860, 30 de diciembre de 1999. Enmienda Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. RC.000459, 30 de julio de 2013 (*Procter & Gamble De Venezuela, S.C.A. contra Representaciones Soliempack, C.A.*), en: <https://bit.ly/36OqAbZ>

³¹ Hernández-Bretón, Eugenio, Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental, en: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, Serie Evento 18, p. 24. En igual sentido, Ramón Escovar Alvarado narra que estas regulaciones “...por vía de consecuencia, consagran la interpretación proarbitraje como método interpretativo aplicable a los supuestos de hecho de arbitraje. De acuerdo con la interpretación proarbitraje, cualquier duda debe ser resuelta de manera de expandir la eficacia práctica del derecho fundamental de los justiciables a acudir a arbitraje”. Ver: El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2020, No. 13, pp. 533-550, en: <https://bit.ly/38rzZX9>

convenios arbitrales por medios electrónicos, al menos en Venezuela; más aún cuando este mismo principio ha sido aceptado y desarrollado reiteradamente por la máxima instancia judicial de la Nación.

Finalmente, debemos recalcar que ya la Sala Político-Administrativa ha aceptado —con fundamento en la decisión de la Sala Constitucional en el caso *ASTIVENCA Astilleros de Venezuela*, al cual ya se ha hecho referencia— la posibilidad de que el convenio arbitral sea perfeccionado por medios virtuales (en el caso concreto, por el intercambio de diversos correos electrónicos) sentenciando que:

...de los correos electrónicos intercambiados entre las partes, se aprecia el acuerdo alcanzado por los contratantes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, para someter las controversias que pudiesen surgir a la decisión de un tribunal arbitral, sin que pueda inferirse en forma alguna renuncia expresa ni tácita al acuerdo arbitral³².

IV. Breves consideraciones respecto a los contratos electrónicos de adhesión y la protección del consumidor

Hay algo que ha causado gran alarma dentro de la comunidad jurídica patria —sobre todo en el último lustro, desde la promulgación del Decreto-Ley Orgánica de Precios Justos, el 08 de noviembre de 2015, reimpressa cuatro días después³³— y es el hecho de que en Venezuela, con la constante reforma de las leyes que regulan la protección al consumidor, actualmente se ha llegado a un punto en que el cuerpo normativo, aunque enuncia una serie de derechos individuales en la materia, no desarrolla realmente un contenido relevante de estos, sino que, por el contrario, este Decreto-Ley se dedica exhaustivamente a la fijación de precios de bienes y servicios, así como montos máximos de ganancias. Así lo denuncia Chacón en un trabajo de investigación publicado sobre el tema, donde narra que este:

...deja de atender otros aspectos fundamentales de las relaciones de consumo, como los provenientes de la estandarización de las condiciones de contratación, tanto por medios tradicionales como a través del uso de las tecnologías de la información y comunicación, específicamente, Internet; las

³² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1300, 7 de octubre de 2014 (*Aseguradora Nacional Unida Uniseguros, S.A. contra Americana De Reaseguros, S.A.*), en: <https://bit.ly/36Nay1S>

³³ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial No. 6.202 Extraordinario, 8 de noviembre de 2015. Reimpreso en Gaceta Oficial No. 40.787, 12 de noviembre de 2015.

transacciones a crédito; entre otros, que podrán estar enunciados pero que carecen de contenido y se desconoce su alcance³⁴.

Esto cobra relevancia, en la materia desarrollada en el presente trabajo, en cuanto se pueden encontrar en los términos y condiciones que diversas páginas web, aplicaciones y otras plataformas digitales suelen imponer como requisito previo para acceder a ellas, cláusulas en las que se establece que todas las controversias que surjan de esa relación jurídica que nace con dicho contrato de adhesión serán sometidas a arbitraje, seguramente en el Estado donde esté domiciliada la compañía prestadora del servicio; generando esto, borrascosas trabas para el consumidor, que derivará, como común derivador, en la imposibilidad de hacer valer jurisdiccionalmente sus derechos respecto a dicho vínculo contractual.

Esta falta generalizada de protección tangible al consumidor ha sido de gran preocupación dentro de la comunidad jurídica, pues —hemos de recalcar— deja gravemente desvalido al que comúnmente será el débil jurídico de la relación.

Lo que sí se ha de rescatar en este apartado es que, a pesar de la poca o nula salvaguarda que el legislador ha previsto para el consumidor, se puede encontrar algo de alivio en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual establece que en los contratos de adhesión —categoría donde claramente encuadran los acuerdos electrónicos de términos y condiciones a los que hemos hecho referencia— “...la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”³⁵. Acedo ha interpretado esta disposición de forma muy acertada al establecer que:

Dicho en otras palabras, debe existir un documento adicional al contrato de adhesión que permita al adherente aceptar o no someterse a arbitraje, o algún otro mecanismo para que quien se adhiere al contrato pueda decidir si suscribe o no la correspondiente cláusula arbitral. Si el acuerdo de arbitraje estuviera atado al contrato de adhesión, el mismo sería ilegal, por violación del artículo que acabo de transcribir³⁶.

De esta manera, y en concordancia con lo establecido por Mélich Orsini, cuando dispone que hay un gran número de cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas, entre las cuales se puede incluir a aquellas que “...modifican la

³⁴ Chacón Gómez, Nayibe, Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que “precios justos”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2017, No. 9, pp. 141-165. Disponible en: <https://bit.ly/3Lkkejw>

³⁵ Ley de Arbitraje Comercial.

³⁶ Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *Contratos de Adhesión y Cláusulas sobre Arbitraje*, Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, s/f, p. 02. Disponible en: <https://bit.ly/3rNZIQD>

jurisdicción de los tribunales ante los cuales puede actuar el consumidor. . .”³⁷; se debe considerar como cláusulas leoninas, y por ende inválidas, a todas aquellas que dispongan el sometimiento de las controversias suscitadas por un negocio jurídico al arbitraje, siempre que estas se hallen contenidas en un contrato de adhesión y no se dé la oportunidad al adherente de suscribir o no dicha cláusula arbitral, sin que el perfeccionamiento del contrato de adhesión dependa de ello.

Incluso, señala Acedo que, el acuerdo de arbitraje para las disputas que surjan respecto al contenido de los contratos de adhesión debe constar en un texto separado al mismo, de manera que pueda ser consentido o no, en cada caso en particular, por los adherentes, independientemente del contrato principal. Este ha sido, además, el criterio acogido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 192, de fecha 28 de febrero de 2008³⁸.

De esta manera, se ha de concluir que, aún con la falta de protección al consumidor en la normativa vigente en Venezuela para la fecha de este trabajo, en materia de arbitraje este sigue siendo salvaguardado por el contenido de la Ley de Arbitraje Comercial, como acertadamente lo han interpretado la doctrina y jurisprudencia patria. Sin embargo, se hace imperante invitar —o incluso intimar— al legislador, a retomar las normativas para el consumidor que, con los defectos que se pudieran alegar, es innegable que rebosaban de contenido relevante y acertado para la protección de estos; o al menos, a dictar nuevas leyes que tiendan a llenar los abismales vacíos que la promulgación de las normas dictadas en la última década y la consecuente derogatoria de los preceptos anteriores han generado.

³⁷ Mélich Orsini, José, Las particularidades del contrato con consumidores, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1999, No. 111, pp. 84-106. Disponible en: <https://bit.ly/3KhOJ8k>

³⁸ Acedo Sucre, *Contratos de Adhesión y Cláusulas sobre Arbitraje* . . . , ob. cit., pp. 02-04.