

NOTAS SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

PROF. J. ELOY ANZOLA *

SUMARIO

1. El acuerdo de arbitraje y sus efectos. 2. El recurso de nulidad. 3. Las causales del recurso de nulidad. 4. La oposición al laudo extranjero. 5. La competencia o incompetencia del tribunal arbitral como causal de nulidad. 6. La nulidad y oposición por transgresión del orden público. A. El orden público transnacional. B. El orden público internacional. C. El orden público interno. 7. Nulidad de oficio. 8. La arbitrabilidad y la inarbitrabilidad. 9. El caso de las empresas del Estado. 10. El amparo y el avocamiento.

* Abogado venezolano UCAB, con estudios de posgrado en la antigua Facultad de Derecho de la Universidad de París, Francia (*Admissible au Doctorat de l'Université*) y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale (*LL. M.*), Estados Unidos. Fue profesor en Caracas en distintas materias jurídicas en la Universidad Católica Andrés Bello, en el IESA y en la Universidad Metropolitana. Ha ejercido la profesión de abogado en Caracas y en la actualidad está dedicado, como árbitro, articulista y conferencista, al arbitraje comercial internacional y de inversión.

Quiero darle gracias la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su Presidente y a sus miembros, al igual que a la directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) por haberme invitado a participar en este foro.

Me propongo dar algunos trazos sobre el recurso de nulidad contra los laudos arbitrales y evocar algunas de las causales que lo hacen procedente. Incluiré algunos temas que se presentan en los arbitrajes internacionales y que pueden tener alguna relevancia para partes venezolanas.

Antes de abordar esos temas, creo necesario, así sea muy brevemente, referirme a la ubicación del arbitraje en el sistema de justicia, como nace y concluye, para así entender por qué el laudo arbitral, de acuerdo con nuestra Ley de Arbitraje Comercial (en lo sucesivo, la LAC)¹ y en muchas leyes de otros países, únicamente puede ser atacado por vía de un recurso de nulidad. Este recurso, excepcional y extraordinario, procede en casos muy limitados que en el caso venezolano están taxativamente listados en el artículo 44 de la LAC.

1. EL ACUERDO DE ARBITRAJE Y SUS EFECTOS

El arbitraje en Venezuela goza de reconocimiento constitucional. En efecto, la Constitución venezolana de 1999² en su artículo 253 lo incluye dentro del sistema de justicia -más no dentro del Poder Judicial-

¹ Gaceta Oficial número 36.430 de 7 de abril de 1998.

² No es la primera que lo ha hecho. También lo hizo la Constitución venezolana de 1830, en su artículo 190: “Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros aunque esté iniciados los pleitos.” El mismo texto se repitió en el artículo 100 de la Constitución de 1857 y también en el artículo 150 de la Constitución de 1858. Desapareció en la Constitución Federal de 1864 y reapareció, con el texto actual, en la más reciente de 1999.

y en el artículo 258, ordena su promoción.³ A su vez, la Exposición de Motivos de esa Constitución explica como ella incorpora al sistema de justicia los medios alternativos de resolución de controversias, entre ellos la mediación y el arbitraje, e indica que la justicia no es monopolio exclusivo del Estado.⁴

Es así como nuestra más prominente norma legal reconoce como necesaria y beneficiosa, la participación de los ciudadanos en la consecución de la justicia. Los ciudadanos pueden actuar como mediadores y árbitros y así coadyuvar la adecuada y pacífica resolución de conflictos para garantizar la paz social.

Venezuela cuenta, además, con la LAC, la ley especial sobre la materia promulgada en 1998 que se inspira, principalmente, aunque no únicamente, en la Ley Modelo la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, (en lo sucesivo, la Ley Modelo)⁵.

El arbitraje nace de un acuerdo o contrato suscrito por las partes en ejercicio de la libertad de contratar y la autonomía de su voluntad. El acuerdo compromete a las partes a someter la resolución de una disputa existente, o una que pueda surgir en el futuro, a un tribunal arbitral unipersonal o pluripersonal de número impar. Con el pacto arbitral, las partes deciden apartarse de la jurisdicción ordinaria. Se comprometen a sustanciar y tramitar un proceso arbitral ante un tribunal especialmente constituido, integrado por personas naturales que, no siendo jueces, verterán su decisión en un laudo final.

Como en todo pacto bilateral, del acuerdo arbitral surgen derechos, como es exigir a la contraparte acudir al arbitraje a resolver una o varias controversias y, también, obligaciones, aceptar ir a arbitraje al ser requerido por la contraparte.

³ Véase, Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, “Arbitraje y Constitución en Venezuela”, en *Arbitraje y Constitución*, Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB), 2020, p. 402 y ss. Ver en: https://www.academia.edu/44448130/Arbitraje_y_Constitución_en_Venezuela (revisado en enero 2021).

⁴ Gaceta Oficial venezolana, n.º 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000, en su Título V, Capítulo III, que se refiere al Poder Judicial y al sistema de justicia.

⁵ Ver en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (revisado en enero 2021)

El único aparte del artículo 5° de la LAC expresa estos conceptos de manera elocuente cuando señala que *“en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.”*

El arbitraje, si bien se inicia mediante un acto de derecho privado como lo es el acuerdo que celebran las partes. El arbitraje es una justicia privada que proviene de la voluntad de las partes que confían a uno o varios terceros el poder de juzgar. Ese acuerdo tiene efectos jurisdiccionales. Así es porque la controversia que haya surgido o surja entre ellas, encontrará su solución en un laudo pronunciado por personas que si bien no son funcionarios del Poder Judicial, están investidos de *jurisdictio* en toda plenitud. Por ello, el laudo que pronuncien los árbitros, cuando se haga firme y definitivo, tendrá efecto de cosa juzgada al igual que las sentencias finales producidas por los jueces.

Es cierto, no obstante, que el Poder Judicial está llamado ejercer algún control sobre el arbitraje. Pero el control de la judicatura sobre el arbitraje es limitado. Lo ejerce mediante el conocimiento y decisión del recurso de nulidad y también conoce de la oposición a la ejecución en Venezuela de un laudo pronunciado en el extranjero.

2. EL RECURSO DE NULIDAD

El proceso arbitral está llamado a ser de una sola instancia. Contra el laudo pronunciado por un tribunal arbitral no cabe apelar. Es decir, de acuerdo con la LAC que sigue en esta materia la Ley Modelo, el laudo final extingue la controversia. No ocurre como en los procedimientos judiciales ordinarios en los que, anunciada una apelación, se accede a segunda instancia y contra la decisión de la instancia superior, cabe también la posibilidad de un recurso de casación. Al contrario, las decisiones que los árbitros tomen sobre los temas de fondo de la controversia no son revisables en una segunda instancia, porque de hecho no hay tal. La única instancia del arbitraje se agota con el laudo final.

Al tribunal superior que le corresponda conocer el recurso de nulidad no le es permitido revisar los temas de fondo del laudo. Su compe-

tencia se limita a determinar si están llenos los extremos de las causales previstas en el artículo 44 de la LAC y que ha invocado el recurrente. Como hemos de ver las causales de nulidad versan sobre temas de debido proceso, arbitrabilidad y debida reverencia al orden público. La sentencia de nulidad, cuando sea declarada con lugar se limitará a invalidar el laudo sin que le sea permitido al tribunal superior abordar los temas de fondo debatidos en el proceso arbitral o decidir el fondo de la controversia que llevó a las partes al arbitraje.

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana no deja dudas sobre este tema cuando dispone, de manera categórica, que contra “*el laudo procede únicamente el recurso de nulidad.*” Éste deberá interponerse por escrito ante el tribunal superior competente del lugar donde se hubiere dictado.

El recurso de nulidad ha de intentarse dentro del brevísimo y por ello reprochable plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complementa. El recurso presentado fuera de ese plazo no será admitido (artículo 45 de la LAC). La ley Modelo que inspira a la venezolana establece un plazo de treinta días que el legislador venezolano redujo a cinco. El lapso es tan breve y por ello criticable porque puede llegar a cercenar el derecho del recurrente al no poder preparar adecuadamente su recurso. Quizá la norma no sea tan extrema porque dictado el laudo final y antes de intentar el recurso de nulidad, el interesado puede pedir correcciones, aclaratorias o complementos del laudo para que se extienda el período de preparación del escrito que pedirá la nulidad. Aún así, si esas solicitudes de aclaratorias o correcciones no están bien fundadas serán declaradas improcedentes y podrían, entonces, generar costas para el interesado.

La vocación del laudo es ser final y definitivo. Tanto así, que la misma norma agrega que la interposición del recurso no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo a menos que el recurrente lo solicite y el tribunal superior así lo ordene. Pero esta orden no podrá expedirse sin la previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.

3. LAS CAUSALES DEL RECURSO DE NULIDAD

El artículo 44 de la LAC dispone que la nulidad de un laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral en Venezuela se podrá declarar:

- a) 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;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f) 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.

No basta ser vencido en un proceso arbitral para iniciar un recurso de nulidad. Como ya se ha dicho, el procedimiento de nulidad de un laudo no es una segunda instancia a la que se accede mediante una apelación y se revisa el fondo del asunto. Para que prospere una acción de nulidad es preciso alegar una de las causales antes listadas y demostrar su procedencia. El juez de la nulidad circunscribirá su conocimiento y decisión al alegato y demostración de la causal de nulidad invocada por el recurrente y sólo la pronunciará si determina que es procedente.

Es preciso destacar que el recurso de nulidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45, debe fundamentarse en alguna de las causales citadas. De lo contrario, el recurso no será admitido y, en consecuencia, no será tramitado.

4. LA OPOSICIÓN AL LAUDO EXTRANJERO

La LAC venezolana no exige, como en otros países, que el laudo extranjero sea validado mediante un proceso de *exequatur* ante un tribunal venezolano. El laudo extranjero, cuando no es cumplido voluntariamente en Venezuela por la parte vencida, podrá ser presentado ante tribunales de primera instancia para su ejecución en el país. El artículo 48 de la LAC lo expresa así:

*“El laudo arbitral, **cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado**, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste **sin requerir exequátur**, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias”.* (Negrita agregada)

No obstante, la ejecución del laudo extranjero podrá denegarse si el interesado alega y prueba ante el tribunal que conoce de ella, alguna de las causales listadas en el artículo 49, que son:

- a) 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;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;

- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución 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;
- g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido.

Si bien las causales para oponerse a la ejecución de un laudo extranjero son casi idénticas a las que la LAC prevé en su artículo 44 para intentar un recurso de nulidad, véase como las causales para hacer oposición se adecúan para ser ejercidas contra laudos dictados en el extranjero. Así por, ejemplo, la causal c) permite la oposición a la ejecución del laudo cuando *“la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley donde se efectuó el arbitraje”*; también la causal de la letra g) que permite la oposición cuando *“el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido.”*

Si bien es técnicamente posible que tales supuestos se den en procesos arbitrales cumplidos en Venezuela, máxime si son internacionales, lucen más apropiados para casos de arbitrajes seguidos en otros países y cuyos laudos deban cumplirse o ejecutarse en Venezuela. Creemos que las normas sobre oposición a los laudos en la ley venezolana están referidas a los laudos que se dicten en el extranjero y cuya ejecución se intente en Venezuela. Si una ciudad venezolana ha sido la sede de un arbitraje, tanto nacional como internacional, la impugnación del laudo deberá hacerse por la vía de un recurso de nulidad. La sede del arbitraje determina la competencia de los tribunales que han de conocer de la nulidad, cuando ella se intente.

Si bien las normas venezolanas sobre la nulidad del laudo arbitral y oposición al laudo extranjero están inspiradas en la Ley Modelo de 1985, se le hicieron algunos cambios y se omitieron algunos supuestos que, si bien no las trastornan, introducen algunas oscuridades que han podido evitarse. Como hemos de ver más adelante, la causal f) que se refiere al orden público, es una de ellas.

5. LA COMPETENCIA O INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL COMO CAUSAL DE NULIDAD

Es preciso observar que leyes de arbitraje de otros países cuyas ciudades muchas veces se escogen como sede de arbitrajes internacionales, como es el caso de Francia y Suiza, además de las causales antes señaladas u otras semejantes, agregan una que no aparece en la Ley Modelo, ni en la ley venezolana y tampoco en leyes de arbitraje de muchos países decididamente pro-arbitraje como Perú y España.

El artículo 1520.1 de la vigente ley francesa de arbitraje⁶ al igual que el artículo 190.1.b) de la ley suiza de Derecho Internacional Privado⁷, incluyen como causal de nulidad que “*el tribunal arbitral se haya declarado erróneamente competente o incompetente*.”⁸ Por tanto, de escogerse París u otra ciudad francesa, o Zúrich u otra ciudad suiza, como sede de un arbitraje, dado que tal escogencia determina cuál es la jurisdicción que ha de conocer del recurso de nulidad, la causal referida a la competencia del tribunal arbitral es una de las que podrá invocarse para pedir la nulidad de un laudo allí dictado.

De hecho, en un caso de arbitraje de inversiones en que Venezuela fue demandada por inversionistas con la doble nacionalidad española y venezolana que reclamaban pagos por expropiaciones sin indemnización, la ciudad de París fue escogida como sede del arbitraje. Se trataba de un arbitraje *ad hoc* regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y administrado por la Corte Permanente de Arbitraje. Los demandantes fueron Serafín García Armas y su hija Karina García Grüber y, dado que el tribunal arbitral en su laudo de jurisdicción del 15 de diciembre de 2014 se declaró competente para conocer del caso, Venezuela pudo interponer un recurso de nulidad arguyendo la incompetencia del tribunal arbitral. Venezuela, además de otros alegatos, sostuvo que los García no podían considerarse inversionistas españoles

⁶ Decreto n.º 2011-48 del 13 de enero de 2011 que reforma el arbitraje. Ver en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000023417517/> (revisado en enero 2021).

⁷ Ley federal sobre Derecho Intrnacional Privado. Ver en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/202101010000/291.pdf> (revisado en enero 2021).

⁸ El texto en francés de ambas leyes, dice: “*Le tribunal arbitral s’est déclaré à tort compétent ou incompétent.*”

dado que, además de esa nacionalidad, también eran venezolanos. La complejidad de los temas tratados en esa acción de nulidad excede del tema de esta ponencia, pero vale decir que la Corte de Apelación de París anuló parcialmente el laudo el 25 de abril de 2017. Esta sentencia fue recurrida y casada por la Corte de Casación en sentencia del 13 de febrero de 2019. Para este alto tribunal la nulidad no podía ser parcial. Una nueva sentencia de la Corte de Apelación se produjo el 3 de junio 2020 que anuló la totalidad del laudo.⁹

Como puede verse, la escogencia de la ciudad de París como sede proporcionó a ese arbitraje una causal de anulación que no habría estado presente si en lugar de ella se hubiesen escogido ciudades como Madrid o Lima. En estas capitales y en muchas otras ciudades de países que siguen la Ley Modelo, las leyes de arbitraje no contemplan el recurso de nulidad contra un laudo dictado sobre la competencia o incompetencia del tribunal arbitral. Por ello, la decisión tomada por el tribunal arbitral en ella, en la materia de su propia competencia, se hace final y definitiva. La importancia de la sede reviste una enorme importancia cara a esta perspectiva de anulación.

6. LA NULIDAD Y OPOSICIÓN POR TRANSGRESIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

La ley venezolana, al igual que muchas otras leyes de arbitraje, incluye como causal de anulación del laudo y de oposición al laudo extranjero, la transgresión del orden público. La ley Modelo propone como causal de nulidad “*que el laudo [sea] contrario al orden público de este Estado*”.

La causal f) del artículo 44 de la LAC que se refiere a la nulidad, al igual que la f) del artículo 49 que se refiere a la oposición al laudo extranjero, no siguieron con exactitud ese texto. Las normas venezolanas contienen un primer supuesto de nulidad que es de fácil comprensión: “*el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje*”. El artículo

⁹ Sobre este tema he publicado un artículo en la revista peruana Themis, n.º 77, año 2020, p. 409 y ss., con el título “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”.

3º de la LAC establece los casos de arbitrabilidad subjetiva y objetiva que se evocará mas adelante en este texto.

La citada causal f) de los artículos 44 y 49 contienen un segundo supuesto de nulidad, pero con una redacción oscura apartada del texto de la Ley Modelo, cuando dicen que “*la materia sobre la cual versa es contraria al orden público*”. No es fácil entender los términos usados por legislador venezolano porque lo reprehensible es que los árbitros hayan decidido sobre una materia que no es arbitrable, el primer supuesto de la norma, o bien que en la decisión de la controversia no hayan aplicado, o aplicado indebidamente, normas obligatorias porque son de orden público.¹⁰

Vale la pena anotar que la sentencia vinculante n.º 1541/08 (publicada en la Gaceta Oficial venezolana n.º 39.055 del 10 de noviembre de 2008), sobre la interpretación del artículo 258 de la Constitución vigente, pronunciada por la Sala Constitucional puso fin al debate doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad que materias regidas por normas de orden público sean decididas mediante arbitraje u otros medios alternativos de justicia. La sentencia dejó asentado que:

“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 y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia 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 -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre

¹⁰ Coincide Pedro Rengel Núñez, en trabajo aún no publicado, con el título *Laudo arbitral y orden publico*, p. 5, quien cita opiniones en el mismo sentido de Frank Gabaldón, en *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca, Caracas, 1999, p. 147; James Rodner, “La Anulación del Laudo Arbitral”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Libro Homenaje a Humberto Cuenca, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, n.º 6, Caracas, 2002, p. 881. De igual manera opina Andrés Mezgravis, “Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial”, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 249-250.

otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.”

La sentencia estableció claramente que los árbitros podrán conocer materias regidas por normas de orden público salvo que se trate de materias que no son arbitrables. Nuestra LAC en su artículo 3º, que se comentará más adelante, señala las materias que no son arbitrables. La causal de nulidad por orden público del artículo 44 de la LAC, o la oposición al laudo que prevé el artículo 49, no obstante su redacción, debe entenderse como que el laudo será anulable o susceptible de no ser ejecutado, cuando aquello que disponga sea contrario al orden público.

Si esa es, como creemos, la inteligencia de la norma surge en seguida la incógnita que representa el término orden público y como ha de entenderse en el contexto arbitral. El problema no se circunscribe a Venezuela, porque las dificultades de comprensión y extensión del concepto de orden público se presenta en todas las jurisdicciones, tanto en los países civilistas como los anglosajones. La transgresión del orden público como causa de nulidad del laudo y oposición al mismo es, como ya vimos, una causal incluida en la Ley Modelo, pero sin que allí se hagan precisiones sobre su contenido.

Como bien apunta el autor español Rafael Hinojosa Segovia¹¹ el orden público es un “*concepto jurídico indeterminado, flexible, dinámico, de difícil definición.*” Además, es variable en el tiempo¹².

La doctrina y la práctica arbitral han intentado dominar y enjaezar este indómito animal que es el orden público. Pero, aún así, la lectura

¹¹ Véase: El recurso de nulidad contra los laudos arbitrales, Madrid 1991, pp. 483 y ss.

¹² Piénsese en la institución del matrimonio: tradicionalmente existía sólo entre personas de distinto sexo; en diversas legislaciones modernas, es válido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Igual ocurre con el concepto hijos legítimos, condenado a desaparecer.

de textos doctrinales y la jurisprudencia no nos lleva a conclusiones precisas.

Intentemos algunas precisiones. De manera general puede decirse que el orden público se refiere al orden esencial de la comunidad que afecta a todos y cada uno de sus miembros. Esta definición, si bien es correcta, nos ayuda poco a precisar a que orden público se refiere la LAC para conceder, cuando ocurra su transgresión, que un laudo pueda ser anulado.

Han surgido distinciones y precisiones que han dividido el orden público en varias categorías que, si bien no son del todo exactas, pueden servir para entender los complejos temas que la materia evoca. Estas clasificaciones se han hecho en el campo del arbitraje internacional y por ello distinguen entre el orden público internacional y el orden público interno. El autor francés Jean-Baptiste Racine,¹³ al igual que el argentino Roque J. Caivano¹⁴, proponen una clasificación del orden público en tres categorías: orden público transnacional, orden público internacional y orden público interno.

A. El orden público transnacional

El orden público transnacional, que algunos llaman también orden público verdaderamente internacional, está contenido la mayor parte de las veces en convenciones internacionales, pero no solo en ellas, porque atiende a temas fundamentales para los cuales hay amplio consenso universal. Quedaría incluidas, por ejemplo, la prohibición del tráfico de drogas, la persecución de la corrupción de funcionarios, la persecución del crimen organizado, la prohibición de la esclavitud, el repudio al trabajo de menores, el respeto a los derechos humanos.

El desconocimiento o violación de estas normas y principios por los árbitros que están obligados a seguirlos, debería traer consigo la invalidación del laudo arbitral por vía de un recurso de nulidad o la imposibilidad de su ejecución.

¹³ Ver en la obra colectiva: *L'ordre public et l'arbitrage*, en el capítulo *Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international*, Lexis Nexis, París, 2014, pp. 7 y ss.

¹⁴ En *Control Judicial del Arbitraje*, Buenos Aires, 2011, pp. 383 y ss.

B. El orden público internacional

El orden público internacional, que si bien lleva el título de internacional está constituido, mayormente, por reglas internas de un país. Puede definirse como el conjunto de principios y normas que inspiran e integran un sistema jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en el momento de ser apreciado.

La ley venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998 (en lo sucesivo, la LDIP), en su artículo 8º,¹⁵ ordena la exclusión de normas de un Derecho extranjero *“cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.”* Obsérvese que no se descarta la aplicación de Derecho extranjero porque contraviene una norma venezolana de orden público. No se excluye la aplicación de un Derecho extranjero por una simple transgresión del orden público venezolano, se exige mucho más, se excluirán sólo aquellas normas extranjeras que contradigan principios esenciales del orden público venezolano.

La norma no está escrita para la materia arbitral, sino para regular la aplicación de Derecho extranjero que haga un juez venezolano cuando así lo determine la norma de conflicto. Pero creemos que el razonamiento que la inspira es trasladable al tema de la nulidad del laudo arbitral.

Aún con esas precisiones, continúa la dificultad de saber el alcance de este concepto jurídico. El Código de Derecho Internacional Privado, el conocido Código Bustamante de 1928, suscrito por Venezuela y otros países americanos, señala en su artículo 4 que *“los preceptos constitucionales son de orden público internacional”* y su artículo 5 agrega que todas *“las reglas de protección individual y colectiva establecidas por el Derecho político y el administrativo, son también de orden público internacional salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario.”* Creemos que los derechos constitucionales conferidos a las personas, naturales o jurídicas, deben considerarse de orden público, tanto así que su violación puede dar lugar acciones de amparo.¹⁶

¹⁵ Gaceta Oficial número 36.511 de 6 de agosto de 1998.

¹⁶ Allan R. Brewer-Carías sostiene: “La acción de amparo procede en Venezuela para la protección de todos los derechos constitucionales enumerados en el texto de la Constitución

Muchos autores venezolanos y extranjeros¹⁷ han escrito extensamente sobre el concepto de orden público y de allí pueden extraerse algunos ejemplos que sirven para ilustrar el concepto. Pueden citarse, la prohibición de pactos sobre sucesión futura; la normativa sobre familia y menores; los derechos patrimoniales de los cónyuges; prohibición de transigir sobre algunas materias; las normas sobre registro de propiedad y sociedades mercantiles; los modos de adquirir propiedad y enajenarla; la prohibición impuesta al acreedor de apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca.

C. El orden público interno

El orden público interno está compuesto las normas del sistema jurídico de carácter imperativo que el árbitro venezolano debía haber aplicado. Si la transgresión de estas normas es alegada y comprobada, el juez deberá pronunciarla.

En Venezuela, en especial los últimos tiempos, muchas leyes por su estilo radicalmente imperativo pueden estimarse como de orden público. Muchas de ellas afectaron la libertad contractual y fueron o son de obligatorio cumplimiento. Entre ellas surgen las que se dictaron en materia cambiaria y comercio de divisas. Un tribunal arbitral constituido en Venezuela, para un asunto regido por leyes venezolanos y que juzgue sobre operaciones de cambio en el tiempo de vigencia de esas normas, deberá tenerlas en cuenta. De igual manera, las normas sobre control de precios, la normas sobre arrendamiento de inmuebles, son de orden público interno. De obviarlas, el laudo dictado por un tribunal

(artículos 19 a 129: derechos civiles, políticos, sociales y de las familias, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas, y ambientales), y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que conforme al artículo 23 de la Constitución tienen jerarquía constitucional, y además respecto de todos aquellos otros derechos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente, ni en la Constitución o en dichos tratados internacionales (artículo 22 de la Constitución), los cuales, además, prevalecen incluso sobre el orden interno si contienen regulaciones más favorables para el goce y ejercicio de los derechos.” Ver en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a13.pdf> (Revisado en enero 2021).

¹⁷ Véase en Venezuela: Claudia Madrid, en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, UCV 2005, Tomo I, pp. 289 y ss.; en España: Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín, Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Segunda Edición, 2007, pp. 779 y ss; José Carlos Fernández Rosas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición 2001, p. 227 y p. 312;

arbitral constituido en Venezuela sobre temas regidos por el Derecho venezolano que se apartara de esas normas de orden público, podría ser objeto de anulación.

Pedro Rengel¹⁸ afirma que en Venezuela han sido muy pocos los casos en que se ha recurrido la nulidad del laudo arbitral por contravención al orden público y que sólo en un caso se anuló el laudo al no respetarse la prejudicialidad administrativa, se contravino el orden público (caso de Albert Blanco, sentencia del Tribunal Superior Quinto Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario del Área Metropolitana de Caracas, 30 de octubre de 2015).

7. NULIDAD DE OFICIO

La causal f) del 44 de la LAC, por su redacción, da entender que el juez de anulación puede declarar la nulidad de un laudo actuando de oficio.¹⁹ Esa causal dispone que se pronunciará la nulidad del laudo *“cuando el tribunal compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que [el laudo es contrario]²⁰ al orden público.”* La redacción de esta causal así lo propone. La norma dice *“cuando el tribunal compruebe”*, por tanto, se invita al tribunal judicial de anulación para que actúe por si mismo si se dan esos supuestos.

Ahora bien, para que el juez de anulación pueda declarar la nulidad de oficio es preciso que el asunto llegue a sus manos. Para que ello ocurra es necesario que el recurso anulatorio haya sido intentado por esa causal f) u otra de las previstas el artículo 44 de la LAC.

Es preciso destacar que la causal f) del artículo 49 de la LAC que se refiere a la oposición que se haga al laudo extranjero tiene una redacción idéntica a la que comentamos. Por tanto, luce probable que el juez venezolano a quien se le presente un laudo extranjero para su ejecución

¹⁸ Ob. cit.

¹⁹ Véase José Gregorio Torrealba, “La impugnación del laudo arbitral”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, enero-junio 2020, n.º 160, en sección II, b,i,3,b. (Causales que pueden invocar el tribunal *ex officio*).

²⁰ De acuerdo con el significado apropiado de la norma que hemos propuesto en la sección 6.

que contenga una violación del orden público internacional venezolano, se pronuncie de oficio y deniegue la ejecución solicitada.

La Ley Modelo en su artículo 34 que se refiere a la nulidad del laudo y en su artículo 36 que se refiere a la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo claramente escoge esas opciones. Tanto para el recurso de nulidad como para la oposición al reconocimiento y ejecución de un laudo, esas normas establecen causales que deben ser invocadas por el recurrente para ser procedentes. En cambio, las causales que se refieren a la inarbitrabilidad o a la transgresión del orden público pueden ser suplidas de oficio por el juez “cuando compruebe” su existencia.

Igual solución proponen la Convención Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana de Arbitraje de 1975 para los laudos que pretenden hacerse cumplir en países distintos a aquel donde tuvo lugar el arbitraje. Ambas convenciones fueron suscritas y ratificadas por Venezuela, en sus respectivos artículos 5.

8. LA ARBITRABILIDAD Y LA INARBITRABILIDAD

El tema de la arbitrabilidad está íntimamente ligado a la eventual nulidad del laudo y a la posible oposición a la ejecución de un laudo extranjero por transgresión del orden público. En efecto, si un proceso arbitral se desarrolla y el consiguiente laudo es dictado sobre una materia inarbitrable -inarbitrabilidad objetiva- o el procedimiento arbitral fue instaurado contra una persona incapaz -inarbitrabilidad subjetiva- es muy probable que surja una transgresión del orden público.

El encabezamiento del artículo 3° de la LAC señala como premisa principal que “*podrán someterse a arbitraje todas las controversias susceptibles de transacción entre personas capaces de transigir.*” En contraposición, las materias que no llenen estos requisitos no serían arbitrables. Aún así es preciso tener en cuenta, como ya se explicó antes, que en el sistema venezolano y mediante la sentencia n.º 1548/08 de interpretación vinculante del artículo 258 de la Constitución vigente, la Sala Constitucional ha señalado que materias regidas por normas de orden público pueden ser decididas mediante arbitraje u otros medios alternativos de justicia. Por el sólo hecho de que en alguna materia haya

normas de orden público, ello no significa que al asunto no sea arbitrable. Pero los árbitros habrán de tomar en cuenta y aplicar adecuadamente esas normas obligatorias. De lo contrario queda abierta la posibilidad de anulación.

El artículo 3° de la LAC en su encabezamiento dispone que son arbitrables “*las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.*” A continuación, el mismo artículo lista aquellas materias que no son arbitrables (inarbitrabilidad objetiva); luego dispone que ciertas categorías personas no pueden participar en arbitrajes (inarbitrabilidad subjetiva) sin el cumplimiento de ciertas formalidades. Así, el artículo 3° de la LAC dispone:

Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

En nuestro criterio hay inarbitrabilidad absoluta, es decir, asuntos que no pueden arbitrarse de manera alguna, como es el caso de la tres primera causales y la última. En cambio, hay inarbitrabilidad relativa cuando cumplidos algunos requisitos o formalidades, el pacto arbitral es válido. Es el caso de la causal d), que es el único de inarbitrabilidad subjetiva que trae esta norma y se refiere a los incapaces sin autorización judicial. No se trata de una prohibición absoluta porque obtenida una autorización judicial, la persona incapaz puede ser parte en un arbitraje.

Obsérvese que la causal a) de este artículo, con igual redacción que la causal f) de los artículos 44 y 49, califica de inarbitrables las controversias “*que sean contrarias al orden público*”. Creemos, de nuevo, que este texto es errado y que debería entenderse como inarbitrables aquellas controversias que normas de orden público impiden que sean resueltas mediante arbitraje.

Creemos que los arbitrajes y los laudos que en ellos se dicten y que versen sobre los asuntos mencionados en las causales a), b), c) y e) del artículo 3° de la LAC, o en los que en violación de su causal d) participen incapaces sin autorización judicial, pueden ser objeto anulación por constituir violación de normas de orden público. A nuestro modo de ver, todas estas causales son de orden público.

De la misma manera, creemos que al menos la causales a), b) y c) son también de orden público internacional y, por tanto, susceptibles de ser alegadas para oponerse a la ejecución en Venezuela de laudos extranjeros.

9. EL CASO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

El artículo 4° de la LAC, dispone:

“Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una 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, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).”

Esta norma de la LAC impone un caso inarbitrabilidad subjetiva relativa para las empresas del Estado donde la República y otros entes públicos tengan una participación, directa o indirecta, igual o superior al 50% del capital social. Para la validez del pacto arbitral válido, se requiere la aprobación del órgano estatutario competente y la autoriza-

ción por escrito del ministro de tutela²¹. El pacto arbitral especificará el tipo de arbitraje, es decir, si será un arbitraje de derecho o un arbitraje de equidad. Finalmente indica que el número de árbitros no será menor de tres.

Estimamos que un tribunal arbitral constituido en Venezuela que conociera de un proceso arbitral en el que una de las partes sea una empresa del Estado venezolano, cuya cláusula arbitral se rige por el Derecho venezolano y observa que los requisitos de la norma no están cumplidos -falta la aprobación del directorio de la empresa estatal o falta la autorización por escrito del ministro de tutela de la empresa- es muy probable que declare la nulidad de la cláusula arbitral. A su vez, en caso de que el tribunal arbitral no lo haga, el juez que conozca del eventual recurso nulidad del laudo por violación del orden público venezolano, seguramente se inclinará por pronunciar esa nulidad.

Pero puede ocurrir que un tribunal arbitral en un caso de arbitraje internacional, con sede fuera de Venezuela, adopte la solución contraria y valide el acuerdo arbitral aun cuando no se hayan cumplido esos requisitos. En efecto, cuando una empresa del Estado venezolano celebra un contrato comercial internacional y escoge, de acuerdo con su contraparte, una ciudad extranjera como sede del arbitraje y la cláusula arbitral se rige, por escogencia expresa o implícita, por el Derecho de esa misma sede u otro Derecho extranjero, el asunto se inserta en el Derecho comercial internacional cuyas reglas y principios, lejos de propender a la invalidación de acuerdos arbitrales, tienden a validarlos.

De escogerse como sede arbitral a ciudades suizas, españolas, peruanas o francesas y hacerse aplicables las leyes arbitrales de los tres primeros países y los criterios jurisprudenciales y doctrinales de los galos, la cláusula arbitral no se hará necesariamente nula si la empresa Estado venezolana no ha dado cumplimiento a lo exigido por el artículo 4º de la LAC venezolana. Así, por ejemplo, el texto el artículo 2.2 de la ley de arbitraje española, dispone:

“Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un

²¹ Las empresas poseídas por los estados y los municipios no tienen ministros de tutela, por tanto, a ellas no se les puede aplicar esa exigencia.

Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.”

El artículo 2.2 de la ley de arbitraje peruana un texto casi idéntico²² y el artículo 17.II.2 de la ley de Derecho internacional privado suiza tiene un texto semejante²³. La ley francesa no contempla el asunto, pero hay jurisprudencia reiterada y opiniones doctrinales en el mismo sentido.

La más notable de las sentencias francesas fue la dictada por la Corte de Casación francesa en el caso Galakis. En este caso, un ente dependiente del ministerio de transporte francés suscribió en 1940 un contrato de fletamento que incluyó una cláusula arbitral que escogió a Londres como sede del arbitraje. Nacida una disputa el armador inició un arbitraje en Londres cuyo laudo condenó al gobierno francés a pagar los montos adeudados. El gobierno francés rehusó comparecer al proceso arbitral arguyendo que sus leyes prohibían al Estado francés pactar arbitrajes. Galakis compareció ante los tribunales franceses para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo londinense. El proceso llegó hasta la Corte de Casación francesa que aprobó la sentencia de la Corte de Apelación de París que había validado y ordenado la ejecución del laudo. El alto tribunal francés dictó sentencia el 2 de mayo de 1966 de la cual copiamos estas citas:

*“Que para el recurrente la prohibición al [Estado francés de acudir a un arbitraje] constituiría una incapacidad para la persona jurídica pública, cualquiera que sea el carácter de su actividad;
Que para el recurrente esa incapacidad se rige necesariamente por la ley francesa, sin que en esta materia pueda intervenir la ley que rige el contrato y que, en consecuencia, la renuncia a esa incapacidad colide con reglas de orden público internacional;*

²² Dice así la norma contenida en el DL. N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje: “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.”

²³ El texto en francés dice así: “*Si une partie à la convention d’arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l’arbitrabilité d’un litige ou sa capacité d’être partie à un arbitrage.*”

Pero considerando que las prohibiciones contenidas en los artículos 83 y 1004 del Código de Procedimiento Civil [francés] no plantean un tema de capacidad en el sentido que le da el artículo 3 del Código Civil [francés];

Que la Corte de Apelación debía sólo pronunciarse sobre el punto de saber si la regla dictada para los contratos internos debía aplicarse también a un contrato internacional suscrito para las exigencias y dentro de las condiciones normales y conformes con los usos del comercio marítimo;

Que la sentencia recurrida decide precisamente que la prohibición señalada no es aplicable a un contrato de esa naturaleza y que, por tanto, declaró válida la cláusula compromisoria suscrita por una persona jurídica de derecho público, la Corte de apelación (...) justificó legalmente su decisión;

Por esos motivos rechaza el recurso contra la sentencia (...) de la Corte de Apelación de París.”²⁴

De la sentencia Galakis y de las leyes nacionales a que nos hemos referido, se puede deducir que en el comercio internacional existen ciertas reglas fundamentales que son exigibles a todos los participantes sin distinguir entre su condición de persona de derecho público o de derecho privado. Entre esas reglas figuran la de *pacta sunt servanda*, es decir el respeto a la palabra dada y a los compromisos asumidos; el principio de buena fe²⁵ por el cual sería una deslealtad con la contraparte desdecirse de un compromiso que ha sido aceptado libremente al tiempo de la celebración del contrato; aquella que presume la validez de las convenciones de arbitraje o cláusulas arbitrales porque se estima que los acuerdos entre comerciantes son válidos y obligatorios, sin formalidades especiales. Todo ello se resume en el aforismo latino *in favor negotii*.²⁶

²⁴ Traducción libre del autor, ver la sentencia en su texto original en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006972368/>.

²⁵ La buena fe contractual prevista en el artículo 1.160 del Código Civil venezolano, al igual que en el artículo 1.7 de los principios UNIDROIT 2010, es la *buena fe objetiva* que se traduce en una adecuada conducta contractual que incluye el deber de lealtad y cooperación con la contraparte. Se diferencia de la *buena fe subjetiva*, que es la creencia de que se actúa con derecho (por ejemplo, como poseedor legítimo) y que, en general, se presume.

²⁶ Véase Eric Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 146 y ss.

Agréguese también que las empresas del Estado venezolano, en todo caso, muchas de ellas y más las que celebran contratos comerciales internacionales, están constituidas como sociedades mercantiles, casi siempre como sociedades anónimas, con objetos sociales muy amplios que les permiten celebrar toda clase de contratos o acuerdos. En el mundo comercial internacional de hoy, suscribir una cláusula arbitral es un acto de simple administración, no de disposición que, en consecuencia, no requiere de poderes o autorizaciones especiales.²⁷ El funcionario de una sociedad mercantil que sea el órgano representante de la misma (el Presidente o el consejero delegado como de le llama en España) o alguien con autoridad aparente²⁸ por el cargo que ocupa, podrá suscribir válidamente un acuerdo arbitral.

El criterio que se sostuvo en la sentencia Galakis y que han adoptado algunas leyes nacionales se ha extendido al punto de llegar a convertirse en un principio arbitral generalmente aceptado. Se afirma que permitir a una empresa estatal que ha suscrito un acuerdo arbitral para luego desdecirse de él, alegando limitaciones o prohibiciones contenidas en su Derecho interno, es contrario al orden público internacional.²⁹

La sentencia 1.541/08 de la Sala Constitucional sobre el artículo 258 de la Constitución venezolana, ya citada, tomó en cuenta la doctrina adoptada en la sentencia Galakis. Así dijo:

*“En este punto, la Sala considera oportuno aclarar que la interpretación efectuada consolida el **principio de soberanía**, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados ‘negocios’ a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronun-*

²⁷ *Ídem.*

²⁸ *Ídem.* La autoridad aparente se refiere a una situación en la que un tercero pueda razonablemente entender que una persona o agente tiene autoridad para actuar a nombre de otro.

²⁹ Véase WL. Craig, W.W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Commercial Arbitration*, 2000, p. 45.

ciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.

De forma análoga a las consideraciones antes expuestas, en el derecho comparado se ha determinado, como en el caso de Francia, que en relaciones comerciales internacionales las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral y que a pesar de lo dispuesto en el derecho interno (francés), la Administración si puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional.”³⁰

Autores venezolanos como Andrés Mezgravis³¹ han destacado, igualmente, que cuando una empresa del Estado venezolano ha suscrito una cláusula arbitral en algún contrato internacional, no puede desconocerla al tiempo de surgir una disputa. De hacerlo, actuaría en contra del principio de buena fe contractual y de los principios que han surgido para el arbitraje con la promulgación de la Constitución venezolana de 1999. Así dice:

“Es nuestra opinión que semejante conducta está reñida con la buena fe, y con los nuevos principios constitucionales que imponen que el artículo 4 de la LAC, sea interpretado de modo distinto a cuando fue promulgada dicha ley en 1998. En efecto, una interpretación evolutiva que tome en cuenta los principios de buena fe, confianza legítima y sobre todo el principio pro arbitraje, todos previstos en la Constitución venezolana vigente, imponen una interpretación de dicha norma que va más allá de su lectura literal (...). Afortunadamente, la propia jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido expresamente el principio de derecho internacional según el cual ‘las partes en

³⁰ Vid. Decisión de la Corte de Casación de Francia, caso: “Tesoro Público francés v. Galakis” del 2 de mayo de 1966 y Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, París, 1996.

³¹ *Los acuerdos arbitrales con entes públicos: especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano*, Arbitraje internacional, pasado, presente y futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II, Lima, 2013, pp. 1505 y ss.

conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral’.” (Cursivas en el original).

La misma tendencia la expone Shirley Sánquis Palencia, quien comentó:

*“En materia de arbitraje comercial internacional, se ha considerado en contra del principio de buena fe que una de las partes que ha firmado libremente un acuerdo arbitral invoque su ley personal para alegar la nulidad de dicho acuerdo. Esto ha sido regulado especialmente cuando la parte que pretende invocar dicha incapacidad es un Estado o un órgano de dicho Estado. Este principio, conocido como la excepción *lex in favore negotii* ha sido aplicado en la práctica arbitral como un principio de orden público internacional sin hacer referencia a ordenamiento jurídico alguno.”*³²

En igual sentido se pronuncia Alfredo De Jesús O. quien, por su parte, también apunta a la violación del orden público internacional, cuando dice:

*“[L]a pregunta que debe plantearse es la siguiente: ¿una de esas personas de derecho público que para celebrar el acuerdo de arbitraje requiere las mencionadas formalidades puede luego alegar su falta de capacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje por no haber llenado dichos requisitos? En materia de arbitraje internacional la cuestión es muy clara por una prolongación del principio “de la buena fe”. Es un principio de general del arbitraje comercial internacional la prohibición de una persona de derecho público de prevalerse de las disposiciones de su derecho interno para [cuestionar] la validez del acuerdo de arbitraje que ha aceptado libremente. Tal actitud podría incluso considerarse como una violación al orden público internacional. Aceptar lo contrario permitiría a las personas de derecho público burlar sistemáticamente sus obligaciones contractuales e internacionales de acudir al arbitraje.”*³³

³² *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano*, UCAB, Caracas, 2005, p. 180.

³³ *Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el Derecho venezolano*, Arbitraje comercial e internacional, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 77 y ss.

De Jesús se pregunta si las exigencias del artículo 4º deben entenderse como condiciones de validez o más bien como una norma dirigida a personas de Derecho público, como un principio de organización interna “*al estilo de los decretos sobre condiciones generales de contratación para la ejecución de obras.*”³⁴

Como puede verse, las empresas del Estado venezolano, cuando actúan en el comercio internacional encontrarán muchas dificultades para ampararse en el incumplimiento de las formalidades exigidas en el artículo 4º de la LAC y desconocer las cláusulas arbitrales que hayan suscrito.

Así ocurrió a la empresa Diques y Astilleros Nacionales, C.A., DIANCA, cuando pretendió la anulación de un laudo dictado en Madrid en un arbitraje seguido en esa ciudad y cuya contraparte fue la empresa alemana Raytheon Anschutz GMBH, RAYTHEON. Creemos preferible, aunque la cita sea larga, dejar a la sentencia hablar por sí misma:³⁵

“Argumenta la actora [DIANCA] que el convenio arbitral que contiene la citada clausula vulnera varias normas jurídicas de derecho imperativo venezolano que exigen para la validez del acuerdo arbitral que su aprobación se haya acordado, además de por los contratantes, por otros determinados órganos o que se cuente con ciertas autorizaciones ministeriales. Tal es el mandato que imponen la Ley Venezolana de Arbitraje y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica.

Las consecuencias anulatorias del acuerdo arbitral que dicha parte demandante trata de inferir de la circunstancia de no haberse dado estricto cumplimiento a lo que, en orden a la aprobación de los convenios arbitrales, disponen las normas de derecho interno venezolano que quedan antes citadas, chocan con el mandato terminante que contiene el artículo 2.2 de la antes aludida Ley 60/2.003 donde se ordena que “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada par un Estado, esa parte no podrá invocar las pre-

³⁴ *Ídem.*

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal del 13 de marzo de 2012.

rrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral “. Además, el propio laudo que se pretende anular ahora, nos recuerda que la Sala Constitucional del máximo órgano jurisdiccional de Venezuela, es decir, su Tribunal Supremo de Justicia, ha reconocido en su sentencia número 1.541, de 17 de octubre de 2.008, el principio de que un Estado no puede invocar su propio derecho interno para evadir un convenio arbitral.

Por su parte, el laudo que se ahora quiere anular invoca la evidente procedencia de aplicar a los arbitrajes internacionales y, en general, a toda la contratación internacional, aquellos principios generales del derecho que la práctica han consagrado como integrantes del orden público internacional. Entre ellos no cabe desconocer los que proclaman el respeto debido a los actos propios y la buena fe. Viene ello a cuento de los hechos que se produjeron en la relación contractual entre las dos partes, en que, habiéndose suscrito el convenio en el mes de febrero del año 2.004, y comenzada su ejecución con toda normalidad, prosiguió esta a lo largo de varios años y es ahora, en el momento de presentarse la demanda, cuando DIANCA cuestiona la validez de la cláusula arbitral suscrita tiempo atrás, que, sin embargo, ni consta que se hubiera comunicado a la otra parte, ni tampoco que impidiera en absoluto el pacífico cumplimiento de lo convenido.

Las consideraciones que quedan expuestas demuestran con toda contundencia que, sin perjuicio de la resolución que recaiga sobre el fondo de la cuestión controvertida entre las partes, no hay razón jurídica alguna con virtualidad suficiente para disponer la nulidad del convenio arbitral cuestionado con base en las infundadas razones que se esgrimen en este primer motivo de anulación.”

Cabe preguntarse que ocurriría si se presenta ante un tribunal venezolano para su ejecución un laudo como el producido en Madrid en el caso DIANCA, es decir, un laudo dictado en el extranjero que haya desestimado la defensa de una empresa del Estado venezolano para invalidar una cláusula arbitral por no haberse cumplido los requisitos del artículo 4º de la LAC.

Creemos que no se han presentado casos como el de DIANCA para su ejecución en Venezuela por las protecciones que la legislación

venezolana, en particular la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República confiere. También puede deberse a la situación actual de insolvencia que presenta el sector público venezolano aunado a las trabas que han existido con el régimen de control de cambios.

En todo caso, es de suponer que la empresa del Estado venezolano se opondrá a la ejecución alegando violación del orden público al no cumplirse con las exigencias del citado artículo 4°.

10. EL AMPARO Y EL AVOCAMIENTO

No puedo concluir sin mencionar brevemente que luego de promulgada la LAC en 1998 algunos procuraron separarse de compromisos arbitrales y oponerse a la ejecución de decisiones y laudos arbitrales, mediante acciones de amparo en tribunales judiciales con fundamento el artículo 27 de la Constitución de 1999 (o el artículo 49 de la Constitución de 1961) y la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dejó aclarado en la sentencia 192/ 08 y lo confirmó en la sentencia 1541/08 que el recurso de nulidad es el medio apropiado para cuestionar un laudo arbitral. Afirmó que el imperativo impuesto por el artículo 258 de promover el arbitraje y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje, está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que se traduce en el principio pro-arbitraje. Agregó que el arbitraje tiene sus medios naturales de control, el recurso de nulidad, que no puede ser sustituido por el amparo constitucional. La acción de amparo es inadmisibles porque es subsidiaria o residual frente al recurso de nulidad: Para restituir el derecho constitucional afectado, el recurso de nulidad prima sobre el de amparo.³⁶ De esa manera, el amparo dejó de ser una amenaza para el arbitraje.

En 2020 surgió un nuevo flanco de ataque. Los más sorprendente es que surgió de la Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia que hasta entonces había procurado reconocer y resaltar a las

³⁶ Cfr., Andrés Mezgravis, “Los recursos contra el laudo arbitral”, *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 205 y ss.

disposiciones constitucionales que colocan al arbitraje en el sistema de justicia y ordenan su promoción. Pero el 20 de febrero de 2020, la Sala, a instancia de una de las partes en un proceso arbitral, ordenó al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) remitirle el expediente de un caso arbitral en el plazo de cinco días y acordó, además, la suspensión de los actos procedimentales del mismo.

Para tomar estas medidas la Sala se apoyó en las facultades extraordinarias que le confieren a las Salas del alto tribunal los artículos 106 a 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Estas normas, quizá únicas de Venezuela, permiten a esas Salas recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa afín con las competencias de la Sala, para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal. La citada ley señala que el avocamiento, una medida siempre extraordinaria, será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.

Cabe observar que la medida está prevista solamente para casos judiciales y la Sala Constitucional ha afirmado en diversas ocasiones que el arbitraje, si bien integra el sistema de justicia, no forma parte del Poder Judicial. Por tanto, la Sala no ha debido inmiscuirse en un caso arbitral y ordenar la suspensión del procedimiento en curso. El arbitraje ha debido seguir su curso y luego de emitido el laudo, la parte perjudicada podría ejercer el recurso de nulidad que prevé la LAC.

Esta medida de suspensión la justificó la Sala Constitucional diciendo que requería revisar todo el expediente para tomar una decisión final. Al escribir estas notas ha transcurrido casi un año desde la suspensión sin que la Sala haya pronunciado una decisión. Es de esperar que la Sala regrese sobre sus pasos, deseche el avocamiento y ordene la continuación del proceso arbitral.³⁷

Enero 2021.

³⁷ La Sala Constitucional desechó el avocamiento mediante sentencia de fecha 30 de abril de 2021, que todavía no ha sido publicada.