

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

JOSÉ GREGORIO TORREALBA R.*

SUMARIO

Introducción. I. Los mecanismos de impugnación del laudo arbitral en el derecho comparado. a. El recurso de nulidad. i. ¿Cómo llegó el recurso de nulidad al arbitraje y por qué? ii. Los límites del recurso de nulidad. 1. ¿Por qué no revisar el fondo de la controversia en el recurso de nulidad? 2. ¿Por qué sólo el recurso de nulidad? iii. Los intentos de abolir el recurso de nulidad. b. El Amparo o Tutela Constitucional. i. Colombia. ii. El Salvador. c. Apelación judicial. i. Argentina. ii. Canadá. iii. Chile. iv. Inglaterra. v. Francia. vi. Países Bajos. vii. Portugal. viii. El Salvador. d. Apelación arbitral. i. Bélgica. ii. Países Bajos. iii. Portugal. e. Revisión o Revocatoria. i. Colombia. ii. Costa Rica. iii. España. iv. Italia. v. Países Bajos. vi. Suiza. f. Oposición de Terceros. II. La impugnación del laudo arbitral en Venezuela. a. La acción de Amparo Constitucional. b. El Recurso de Nulidad. i. El Recurso de Nulidad en la Ley Modelo de la CNUDMI. 1. La suspensión del laudo. 2. Lapso para el ejercicio del recurso. 3. Causales de nulidad del laudo. a. Causales que deben ser probadas por el recurrente. b. Causales que puede invocar el tribunal ex officio. 4. El procedimiento aplicable y el tribunal competente. i. El Recurso de Nulidad en la Ley de Arbitraje Comercial. 1. Exclusividad, tribunal competente, lapso para su interposición y efecto no suspensivo del recurso de nulidad. 2. La suspensión del laudo. a. El “issue” de la caución. 3. Inadmisibilidad e improcedencia del recurso de nulidad. 4. Sustanciación del recurso de nulidad. 5. Causales de nulidad del laudo. iii. El Avocamiento en el arbitraje. • Conclusiones.

* Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje para el período 2019-2021. Profesor de la Especializaciones en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende reflejar la conferencia dictada en el marco del seminario virtual organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 18 de junio de 2020 sobre “*El alcance de la jurisdicción arbitral*”. Obviamente, el tiempo ha permitido profundizar más en la investigación, por lo que me he permitido hacer algunos comentarios adicionales y expandir algunos temas que fueron señalados en dicho evento. El aporte que pretendemos realizar mediante este trabajo es el de entender a fondo el propósito y razón del recurso de nulidad contra el laudo arbitral, así como las razones de fondo y de forma para excluir cualquier otro mecanismo de impugnación contra el laudo arbitral conforme al enfoque asumido en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998¹, cuyo texto se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional² (la Ley Modelo). Para llegar a las conclusiones que se detallan al final, hemos analizado la legislación en materia de arbitraje de 35 jurisdicciones entre las que se encuentran 13 que no han adoptado la Ley Modelo y 22 que lo han hecho³. Tomando en cuenta que la Ley Modelo asume al

¹ Venezuela. *Ley de Arbitraje Comercial*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.430, del 7 de abril de 1998.

² Organización de las Naciones Unidas. *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consultado en fecha 12 de julio de 2020.

³ Las jurisdicciones que **no han adoptado la Ley Modelo** pero que fueron incluidas en el análisis son: Bolivia, Brasil, China, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, Países Bajos, Portugal y Suiza. Las jurisdicciones analizadas y que **han adoptado la Ley Modelo**, son: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Alemania, India, Japón, Kenya, Nigeria, Rusia, España, Turquía, Costa Rica, Perú, República

recurso o “petición” de nulidad como único recurso contra el laudo, hacer un estudio comparativo que contara solo con jurisdicciones que la han adoptado, arrojaría resultados sesgados sobre las preguntas que pretendemos abordar aquí.

El control judicial del arbitraje es un tema de vieja data. Las partes tienen una inquietud interna, psicológica, sobre la oportunidad de apelar o impugnar, de alguna forma, la decisión de los árbitros. Los recursos contra el laudo, aunque hoy en día cuentan con una uniformidad en torno a la posibilidad de demandar su anulación por parte de los tribunales ordinarios, no necesariamente se agotan ahí, pues hay países que aun cuando han adoptado la Ley Modelo para regular el arbitraje en sus países, mantienen alguna forma adicional de control judicial como lo es el caso de la revisión o revocatoria judicial (un recurso similar a la invalidación de sentencias previsto en nuestro Código de Procedimiento Civil) previsto por las legislaciones de España, Costa Rica y Guatemala o incluso un mecanismo de apelación, como es el caso de Argentina y Chile. Por el contrario, e irónicamente nos atreveríamos a decir, países que no han adoptado la Ley Modelo sí consagran al recurso de nulidad como única vía para la impugnación del laudo arbitral, tales como Brasil, China y Cuba.

En Venezuela, luego de muchos vaivenes, podemos afirmar (para el momento en que se escribe este trabajo) que la Ley de Arbitraje Comercial prevé que el recurso de nulidad es el único recurso disponible contra el laudo y que la jurisprudencia ha reconocido este hecho y ha evitado que el laudo arbitral sea atacado por vías que no tienen cabida en el sistema arbitral. Pero esta paz jurisprudencial, en una materia que en Venezuela nunca ha dejado de ser polémica, está sostenida por delgados hilos en un momento muy delicado de nuestra historia.

Dos amenazas se ciernen en contra del sistema arbitral en nuestro país debido a dos sentencias que contradicen toda la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En primer lugar, la posibilidad del retorno del Amparo

Dominicana, Guatemala, México, Paraguay, Honduras y Venezuela. Disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, consultada el 12 de julio de 2020.

Constitucional contra laudos arbitrales, que como mencionamos, ya era materia superada, se asoma por la sentencia del 28 de noviembre de 2019 dictada por la Sala Constitucional en el caso *Desarrollos Mercayag, C.A.* que comentaremos *infra*. Y, en segundo lugar, pero mucho peor por el efecto destructivo que puede tener sobre el principio de la autonomía de la voluntad y la razón de ser del arbitraje, es la posibilidad de que la Sala Constitucional pueda avocarse sobre un arbitraje comercial. Amenaza esta última que se asoma con claridad en la sentencia No. 42 del 20 de febrero de 2020, dictada por la mencionada Sala.

Trataremos de demostrar no solo la ilegalidad de admitir un Amparo Constitucional en contra de un laudo arbitral conforme a la doctrina vinculante de la misma Sala Constitucional, sino adicionalmente, la ilegalidad y la incoherencia, que significaría el avocamiento de la Sala Constitucional *vis-á-vis* la naturaleza propia del arbitraje y del propio avocamiento.

La impugnación del laudo arbitral es un tema amplio, con muchas ramificaciones que ameritan mucha reflexión y que exceden con creces el alcance de este trabajo. No trataremos aquí temas como los mecanismos de impugnación internos (ampliación, corrección, interpretación) que puede resolver el propio tribunal arbitral. Tampoco entraremos a analizar la anulación del laudo como mecanismo de impugnación previsto en el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), ni el recurso de nulidad previsto en el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil para el Arbitramento.

I. LOS MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL DERECHO COMPARADO

a. El recurso de nulidad

i. ¿Cómo llegó el recurso de nulidad al arbitraje y por qué?

El control judicial del arbitraje está íntimamente atado a la institución desde que se convirtió en un método alternativo de justicia. Ese control judicial, en una primera etapa, estaba limitado a la etapa de ejecución del laudo arbitral, en cuyo caso, una decisión judicial que

rechazara la ejecución daba por terminado el caso, por lo menos en el país en el que se intentaba ejecutar. van den Berg⁴ apunta a dos desarrollos que resultaron en la creación del recurso de nulidad como una acción judicial independiente: (i) la parte insatisfecha no deseaba esperar a que la parte ganadora presentara una solicitud de ejecución del laudo para poder atacarlo; y (ii) Con el surgimiento del arbitraje internacional en Siglo XIX, la ejecución ya no estaba confinada al país de origen del laudo y por lo tanto, había un riesgo cierto de decisiones contradictorias en diferentes jurisdicciones. La parte perdedora – agrega el mencionado autor – tenía un interés en obtener una declaración que el laudo era nulo en el país en el que fue dictado y añadimos nosotros, que además esa decisión fuera vinculante en cualquier otra jurisdicción (para lo que se necesitaba un entramado de instrumentos legales internacionales y nacionales).

La adopción de la acción de nulidad ocurrió en un efecto espejo frente a la ya existente y generalizada defensa contra la ejecución de los laudos arbitrales. Surgió entonces –según explica van den Berg– la posibilidad del doble control del laudo en el país de origen: uno en la ejecución y otro en el procedimiento de nulidad. Esta posibilidad fue limitada por los legisladores y los tribunales reduciendo las causales para negar la ejecución del laudo a la violación del orden público y obligando a la parte perdedora a recurrir en nulidad mediante una acción autónoma.

La nota explicativa de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Ley Modelo reconoce la disparidad que existía en ese momento (fue aprobada en 1985) en las legislaciones nacionales en materia de arbitraje⁵. Particularmente sobre los recursos contra el laudo, la Secretaría señaló que “Las leyes nacionales en arbitraje, a menudo equiparando

⁴ Albert Jan van den Berg, *Should the Setting Aside of the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?* en *ICSID Review*, Vol. 29, No. 2, Spring 2014, Oxford University Press, Oxford, 2014. pp. 263-268.

⁵ Aspecto también mencionado por Andrés Mezgravis, *Los recursos contra el laudo arbitral comercial*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Serie Eventos, No. 13, Caracas, 1999, p. 207. Disponible en <https://www.mezgravis.com/recursos%20contra%20el%20laudo%20arbitral.pdf>, consultado el 19 de julio de 2020.

laudos con decisiones de los tribunales, proveen una variedad de medios de impugnación contra los tribunales arbitrales, con variantes y a menudo largos períodos de tiempo y largas listas de causales que difieren ampliamente en los diversos sistemas legales”⁶.

Según señala la nota explicativa, la primera medida para mejorar la situación sobre los medios de impugnación del laudo fue permitir solo un tipo de recurso y **excluir cualquier otro recurso previsto en la legislación procesal** del Estado, sin que esto sea obstáculo para permitir que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si así lo acordaren. En ese último caso, la decisión emitida por ese tribunal arbitral de segunda instancia sería el laudo arbitral que estaría sujeto al recurso de nulidad.

ii. Los límites del recurso de nulidad:

1. ¿Por qué no revisar el fondo de la controversia en el recurso de nulidad?

Existen muchas razones por las que podría defenderse la posibilidad de revisar el fondo de un laudo arbitral, comenzando con la más obvia que es el posible error humano por parte del o los árbitros. Pero siempre hay que tener en cuenta que el arbitraje no es la jurisdicción ordinaria y que asimilar el procedimiento arbitral al procedimiento ordinario puede tener serias consecuencias que serían incoherentes con las intenciones que tienen las partes que acuerdan someter sus disputas al arbitraje.

Craig es enfático al señalar que “...si las partes hubieran querido tener el derecho de apelación, no debieron haber acordado arbitrar – sus disputas-”. Este autor trae como referencia temprana de este entendimiento una antigua decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América dictada en 1855 en el caso *Burchell vs. Marsh*, en la que

⁶ Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, 1994. pp. 23. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consultado en fecha 13 de julio de 2020. Traducción libre para este trabajo.

declaró: “*Si el laudo está dentro de lo alegado y contiene una decisión honesta de los árbitros luego de una audiencia completa y justa para las partes, una corte de equidad no anularía por error, sea de derecho o de derecho. Lo contrario sería sustituir la sentencia del magistrado en el lugar de los jueces escogidos por las partes y haría del laudo el comienzo, no el final, del litigio*”⁷ (traducción para el presente artículo).

Pero aparte de lo que pudiera alegarse con respecto a errores de hecho o de derecho, la predictibilidad de las decisiones de los tribunales arbitrales y la unidad de interpretación del derecho también es un argumento de peso. Sin embargo, ya en 1988 (tres años después de haberse aprobado la Ley Modelo), Craig comentaba que “*En los Estados Unidos y en otros países cuyas provisiones legislativas restringen la revisión judicial de los laudos arbitrales, es aceptado que la elección de la flexibilidad del procedimiento arbitral requiere un necesario sacrificio de la predictibilidad del resultado por aplicación de la ley*”⁸.

Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides⁹ señalan tres puntos cruciales para concluir que no es recomendable ampliar las opciones para impugnar un laudo arbitral: (i) la decisión de un juez puede terminar sustituyendo la decisión del tribunal arbitral que ha sido seleccionado –cuidadosamente– por las partes o por un tercero en quienes han delegado ese nombramiento, (ii) la parte que no recurrió se verá obligada a participar en un procedimiento ante un tribunal nacional aún después de haber acordado someterse a método privado para solucionar sus controversias, y (iii) el procedimiento de apelación podría ser utilizado como una táctica dilatoria.

Es posible entonces señalar que tendiendo en cuenta la intención primigenia de las partes al acordar someterse al arbitraje, entendiendo y aceptando el sistema tal y como está legalmente diseñado –y más aun en países como Venezuela que han basado su legislación en la Ley

⁷ William Laurence Craig, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, en *Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, julio 1988, London Court of International Arbitration, Londres. pp. 183-184. Traducción libre para este trabajo.

⁸ Ibid. Traducción libre para este artículo.

⁹ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2006. p. 581.

Modelo—, resulta no solo ilegal buscar interpretaciones que permitan revisar el fondo del laudo arbitral, sino que además es contrario al interés de las partes manifestado en el acuerdo de arbitraje.

2. ¿Por qué sólo el recurso de nulidad?

Para responder esta pregunta hay que comenzar por la premisa de que es natural que la parte que pierde un litigio —frente a los tribunales ordinarios o los arbitrales— desee alzarse contra el resultado. Pero esta pregunta no es nueva y ya ha sido respondida por la doctrina más autorizada en la materia. La respuesta gira en torno a la autonomía de la voluntad de las partes al haber escogido el arbitraje como medio para resolver sus controversias, pues las partes escogen un medio de solución de controversias que ofrece, entre sus ventajas, que la decisión de los árbitros es definitiva y vinculante. Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides reflexionan sobre ese punto y señalan con mucha claridad que:

“Para la parte perdedora esta supuesta “ventaja” del arbitraje puede, en perspectiva, parecer todo lo contrario. El derecho interno de muchos países contempla lo que en otro contexto se ha denominado como una “tendencia pro-ejecución”, tal y como se recoge tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley Modelo. Esto significa que, si bien en algunos casos es posible recurrir un laudo arbitral, es probable que las opciones disponibles sean limitadas”¹⁰.

Pero esta limitación y el marco en el que se establece ha sido adoptada también por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia dictada el 21 de noviembre de 2014, caso *Distribuidora El Rodeo, C.A.*, bajo la ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez Velásquez, en el que expresó:

*“Al convenir las partes someter su controversia ante los tribunales de arbitraje, **lo hacen con sujeción a las disposiciones legales que rigen la materia de arbitraje, como lo es la Ley de Arbitraje Comercial**, en la cual se excluye la posibilidad de que contra las*

¹⁰ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit., p. 562.

decisiones emanadas de los Centros de Arbitraje, se ejerzan los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley adjetiva, en tales juicios solo se prevé la posibilidad de ejercer únicamente el recurso de nulidad... ”¹¹ (Destacado nuestro).

Asumió así la Sala de Casación Civil la posición correcta y que deriva del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que conocen de antemano la característica esencial de la finalidad del laudo arbitral. Además, agregó la Sala:

*“... de ser permisible la posibilidad de ejercer recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones de los Centros de Arbitraje, evidentemente se desvirtuaría la intención del legislador de impedir que la sentencia o laudo que haya de recaer en el procedimiento de arbitraje sea revisado en casación, por cuanto ello **contraría los principios de celeridad y simplicidad que caracterizan a este tipo de procedimientos, así como la eficacia** del medio alternativo para la resolución del conflicto.” (Destacado nuestro).*

La posición de la jurisprudencia venezolana se alinea totalmente en este punto con la doctrina más autorizada del arbitraje internacional. Permitir el ejercicio de otros recursos contra el laudo arbitral – aparte del recurso de nulidad – desvirtuaría la institución del arbitraje y dejaría de lado todo el desarrollo que ha tenido en materia de impugnación del laudo luego de la aprobación en 1985 de la primera versión de la Ley Modelo de la CNUDMI que ya hemos mencionado *supra*. La intención de las partes al acordar someter sus disputas al arbitraje es la de contar con una decisión definitiva sin tener las dilaciones que ocasiona el ejercicio de diferentes recursos disponibles en el procedimiento ordinario, esto debe siempre tenerse en cuenta cuando una de las partes pierde un arbitraje¹².

¹¹ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia dictada el 21 de noviembre de 2014, caso *Distribuidora El Rodeo, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre Medios Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje Comercial, Arbitramento y Arbitraje de Inversiones 2000-2014*, Editorial Jurídica Venezolana, 2016. pp. 270-271.

¹² Ver también Hernando Díaz-Candía, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, tercera edición ampliada, Caracas, 2016. pp. 264 y 265.

iii. Los intentos de abolir el recurso de nulidad

La *bête noire* – *la bestia negra* – del arbitraje internacional. Así ha denominado van den Berg al recurso de nulidad contra el laudo al apuntar los varios intentos que se han llevado a cabo para “eliminar o al menos reducir” el papel del recurso de nulidad en el país sede del arbitraje¹³.

La preocupación de quienes defienden una tesis de absoluta abstención de control judicial sobre el arbitraje está más centrada en las consecuencias que tiene el recurso de nulidad sobre un laudo arbitral internacional que en el arbitraje doméstico. En la década de 1950 se venían desarrollando varios instrumentos internacionales bajo la iniciativa de diferentes grupos. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) elaboraba un proyecto que evolucionó luego en la Convención de Estrasburgo con la finalidad de proveer una especie de Ley Modelo de Arbitraje, aplicada sólo por Bélgica en 1970¹⁴.

Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional proponía en 1953 la revisión del Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención de Ginebra de 1927, lo que más tarde se convertiría en la Convención de Nueva York de 1958 bajo la iniciativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Paralelamente, el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje del Comité para el Desarrollo del Comercio trabajaba en una Convención Europea desde 1957 para tratar, entre otros temas, el problema del doble control judicial del laudo, reduciendo el recurso de nulidad en el país de origen a dos causales: (i) incompetencia del tribunal arbitral y (ii) irregularidades en el procedimiento, mientras que la ejecución sería procedente en cualquier país parte del tratado a menos que sea contrario al orden público.

Pero con la aprobación de la Convención de Nueva York, los aspectos relacionados con la ejecución del laudo fueron dejados de lado por el Grupo de Trabajo y la propuesta ya no podía fundamentarse en el doble control judicial del laudo, por lo que se enfocaron en resolver el tema del efecto universal de la nulidad del laudo por razones

¹³ Albert Jan van den Berg, ob. cit. pp. 10.

¹⁴ Ídem.

meramente locales de cada jurisdicción, lo que resolvieron a establecer que las causales de nulidad son las mismas establecidas por la Convención de Nueva York de 1958 para negar la ejecución. Sin embargo, bajo la Convención Europea de 1961 que fue el resultado de este esfuerzo, un laudo que sea anulado por razones de orden público no pierde su ejecutividad en los demás países miembros de esa Convención. Se reducía así, para los países miembros de la Convención Europea de 1961, las causales por las cuales un laudo declarado nulo en uno de ellos perdía su ejecutividad y ejecutoriedad en otro.

A nivel de legislaciones locales también ha habido intentos para reducir el rol del recurso de nulidad en el arbitraje internacional. Famoso es el ejemplo de la reforma al Código Judicial belga mediante la Ley de Arbitraje de 1985 que excluyó la posibilidad de recurrir en nulidad un laudo cuando al menos una de las partes no tuviera la nacionalidad belga, su residencia o domicilio en ese país. El efecto, según van den Berg¹⁵, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides¹⁶, fue todo lo contrario a lo que se pretendía, pues los usuarios del arbitraje dejaron de incluir Bélgica como sede de sus arbitrajes y años después, en 1998, ocurrió una nueva reforma que restituyó el derecho a recurrir a la justicia nacional para solicitar la nulidad del laudo arbitral, aunque puede ser desistido anticipadamente, tal y como también es el caso en Suiza, Francia y Suecia.

Resulta claro según lo que hemos podido observar, una jurisdicción adecuada para el arbitraje debe mantener un balance con respecto a la revisión judicial del fondo y el recurso de nulidad. Tal y como se encuentra planteado en la Ley Modelo, parece ser lo que se ajusta mejor a esta realidad al mantener al margen del fondo de la controversia al poder judicial, pero permitir que exista una debida garantía de protección al debido proceso que debe regir en el arbitraje.

b. El Amparo o Tutela Constitucional

Los países que consagran una acción especial para la protección de los derechos constitucionales, como el Amparo o la Tutela, han tenido

¹⁵ *Ibid.* p. 14

¹⁶ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit., p. 582.

una relación pendular en la relación entre este tipo de acciones y el arbitraje, siempre bajo la tentación del ámbito de control universal de la acción de amparo. En España no han faltado casos en los que se ejerza la acción de amparo constitucional contra un laudo arbitral, lo que ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional español al excluir a los tribunales arbitrales de la definición de Poder Público –contrario a lo que ha sucedido en otras jurisdicciones en las que se aplica el concepto material de autoridad– y dejar claro que el control de la constitucionalidad de las actuaciones arbitrales se realiza mediante el recurso de nulidad¹⁷.

En México, la barrera para impedir la acción de Amparo Constitucional contra laudos arbitrales se encuentra en la definición de “*Autoridad Responsable*” como elemento determinante para la legitimación pasiva de la acción, que tiene características y finalidades distintas a las de los árbitros¹⁸. En Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pasó de permitir el ejercicio de la acción de Amparo contra laudos arbitrales, para luego reducir su aplicación a solo algunos pocos supuestos relacionados con la vulneración directa de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad sobre una norma previamente declarada constitucional por ese mismo Tribunal y cuando sea interpuesto por un tercero que no forme parte del acuerdo arbitral¹⁹, todo esto en virtud de la nueva ley de arbitraje peruana, que consagra el principio de mínima intervención judicial.

En Costa Rica la posibilidad de ejercer la acción de amparo contra el laudo arbitral también ha sido negada, entre otras razones, por la existencia de recursos ordinarios – como el recurso de nulidad – y el carácter subsidiario del Amparo Constitucional. En Panamá, con la

¹⁷ Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *El derecho fundamental a arbitrar y el Principio de Mínima Intervención Judicial como garantía de su eficacia. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño*, Universidad Doctor José Matías Delgado, San Salvador 2020. pp. 165-166. Disponible en https://www.academia.edu/43619235/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_A_ARBITRAR_Y_EL_PRINCIPIO_DE_MINIMA_INTERVENCION_JUDICIAL_COMO_GARANTIA_PARA_SU_EFICACIA, consultado el 15 de julio de 2020.

¹⁸ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México 2011. pp. 862-868

¹⁹ Mardoqueo Josefat Tóchez Molina, ob. cit., pp. 176-184.

adopción de la Ley Modelo se terminó con la posibilidad de ejercer acciones de Amparo en contra de laudos arbitrales en 2013. El caso Venezuela lo comentaremos *infra*, pero podemos adelantar que el péndulo parece no haber parado de moverse. Quedan en América Latina dos casos en los que claramente se prevé la procedencia del Amparo Constitucional contra laudos arbitrales:

i. Colombia

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia²⁰ como una acción residual o subsidiaria para la protección de los derechos y garantías fundamentales previstos. Sales Hamburger²¹ explica que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales son los mismos que la Corte Constitucional ha establecido para las sentencias de los tribunales ordinarios. Dichas causales de procedencia de la Acción de Tutela contra laudos arbitrales, parafraseando a Sales Hamburger, pueden resumirse en:

1. Que el *thema decidendum* tenga una evidente relevancia constitucional en cuanto a la efectiva violación de derechos fundamentales,
2. Que el accionante haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles,

²⁰ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

²¹ Linda de Sales Hamburger, *Procedencia y alcance de la Acción de Tutela contra laudos arbitrales*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2018, pp. 48. Disponible en <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/42328/Alcance%20de%20la%20acci%C3%B3n%20de%20tutela%20contra%20laudos%20arbitrales.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, consultada el 14 de julio de 2020.

3. Que el accionante haya presentado la tutela dentro de un término razonable y proporcionado,
4. En caso que se trate de una irregularidad procesal, que esta haya tenido un efecto decisivo en la decisión y que se hayan afectado los derechos fundamentales del accionante,
5. Identificar de forma razonable, precisa y suficiente los hechos y los derechos fundamentales vulnerados,
6. Que la decisión impugnada mediante la Tutela no sea una sentencia que haya resuelto otra Acción de Tutela.

Pero además, según explica la autora que venimos comentando²², existen causales especiales para la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales que ha delineado la Corte Constitucional colombiana:

1. Defecto orgánico, referido a la carencia absoluta de competencia por haber actuado los árbitros fuera del alcance del acuerdo de arbitraje,
2. Defecto procedimental, siempre que haya tenido un efecto determinante en la decisión y que las partes no hayan contado con los mecanismos de defensa pertinentes,
3. Defecto fáctico, referido a circunstancias en las que los árbitros hayan tomado decisiones sin sustento probatorio o cuando se haya negado la evacuación de pruebas, sin que esto implique que el juez pueda cuestionar la valoración de las pruebas realizada por el tribunal arbitral,
4. Defecto material o sustantivo, presente en los casos donde hay un evidente error de derecho.
5. Error inducido, cuando el tribunal arbitral ha sido inducido al error por un tercero,
6. Inmotivación, cuando el laudo carece de los fundamentos fácticos y legales en los que se fundamenta,
7. Violación de precedentes de la Corte Constitucional por el laudo arbitral, a menos que haya una razón demostrada de

²² *Ibid.*, p. 56

forma precisa en el caso concreto, que haga viable apartarse del criterio de la Corte,

8. Violación directa de la Constitución.

Zuleta-Londoño, Fandiño-Bravo y Jiménez-Valencia²³ señalan que el accionante debe probar todos y cada uno de los requisitos generales de procedencia, y al menos uno de los requisitos específicos para poder obtener la nulidad del laudo arbitral por la vía de la Acción de Tutela. Otros autores como Posada y Echandía²⁴ resaltan el debate existente sobre la procedencia de la acción de Tutela, señalando que la tendencia es a aceptar su procedencia contra laudos arbitrales domésticos, pero que recientes decisiones de la Corte Constitucional aceptan el ejercicio de la Acción de Tutela en contra de laudos arbitrales internacionales, siempre que el arbitraje haya tenido su sede en Colombia bajo los mismos parámetros aplicables a los laudos arbitrales domésticos.

El efecto de la procedencia de la Acción de Tutela no es la de sustituir al árbitro, sino que el juez constitucional debe declarar la nulidad del laudo arbitral únicamente si ha sido probada la violación de derechos fundamentales del accionante.

ii. El Salvador

El Amparo Constitucional se encuentra previsto en el artículo 247 de la Constitución de la República de El Salvador²⁵ y desarrollado en la Ley de Procedimiento Civil para la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos que se vean vulnerados por personas que actúen en ejercicio de autoridad o *imperium*. Tóchez aclara que a los efectos del Amparo Constitucional la Suprema Corte de El Salvador “...ha establecido que en un proceso arbitral en el que se violen los derechos de las partes que concurrieron al procedimiento arbitral es susceptible de ser revisada en el proceso de amparo, entendiendo que

²³ Alberto Zuleta-Londoño, Juan Camilo Fandiño-Bravo y Juan Camilo Jiménez-Valencia, *Colombia Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 186.

²⁴ Carolina Posada y María Lucía Echandía, *Colombia*, en *Arbitration World*, sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 599.

²⁵ Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

dichas acciones de los árbitros pueden ser de autoridad material respecto a las partes que se someten al procedimiento”²⁶.

c. Apelación judicial

La apelación contra laudos arbitrales ante tribunales judiciales sigue siendo una realidad en varios estados, pero predominantemente en aquellos que no han adoptado la Ley Modelo, entre los que podemos mencionar a Inglaterra y Gales, Francia, Países Bajos y El Salvador. Sin embargo, de las jurisdicciones analizadas para este trabajo, Argentina, Canadá y Chile, que han adoptado la Ley Modelo, mantienen la posibilidad de apelar los laudos arbitrales ante la justicia ordinaria.

Venezuela no ha estado ausente de este debate. En su trabajo sobre el recurso de nulidad, Mezgravis, Carrillo y Saghy reflejan el criterio de Mezgravis sobre la posibilidad de que las partes pacten la posibilidad de apelar el laudo arbitral. Saghy aclaró en una nota al pie que “*dicha apelación debe realizarse ante otro tribunal arbitral*”, por lo que entendemos – porque no lo dicen expresamente – que Mezgravis acepta la posibilidad de una apelación ante un tribunal ordinario si así lo han acordado las partes. Se apoyan además en los comentarios de Rodner contra la posibilidad de crear un recurso de apelación por acuerdo entre las partes ante un tribunal ordinario.

Carrillo, en el mismo trabajo, expresó la posición que compartimos sobre la condición exclusiva y excluyente del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, que negaría la posibilidad de una apelación ante la jurisdicción ordinaria, sin excepción²⁷. Diferimos del criterio

²⁶ Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *El derecho fundamental a arbitrar y el Principio de Mínima Intervención Judicial como garantía de su eficacia. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño*, Universidad Doctor José Matías Delgado, San Salvador 2020. pp. 238-246. Disponible en https://www.academia.edu/43619235/EL_DERECHO_FUNDAMENTAL_A_ARBITRAR_Y_EL_PRINCIPIO_DE_MINIMA_INTERVENCION_COMO_GARANTIA_PARA_SU_EFICACIA, consultado el 15 de julio de 2020.

²⁷ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*, en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, Caracas, 2013. pp. 506.

expresado por Mezgravis y Saghy que proponen tomar la norma contenida en el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil, que prevé la posibilidad de que las partes acuerden establecer la apelación del laudo ante un tribunal superior en el arbitramento. La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, no parece dar cabida a esta analogía porque no presenta un vacío en ese aspecto: el artículo 5 es claro al establecer que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. El arbitramento, es un procedimiento especial y sus normas se aplican si las partes lo han acordado²⁸.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del caso *Distribuidora El Rodeo, C.A.*, citada *supra*, dejó claro que:

*“...conforme al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, no es posible que un laudo arbitral sea conocido en segunda instancia o apelación por los Tribunales Superiores, **porque contra los laudos sólo procede la nulidad de los mismos, que es conocida en única instancia por tales juzgados,** por lo que la aplicación del supuesto de la referida norma, se refiere al arbitramento regulado en el propio Código de Procedimiento Civil..., el cual fue parcialmente derogado por la Ley de Arbitraje Comercial, como ley especial en la materia, que establece en el artículo 624... Si fueren de derecho, serán igualmente inapelables, salvo pacto en contrario que conste en el compromiso, para ante el Tribunal Superior...”*

Es posible entonces plantear que, actualmente y bajo la óptica jurisprudencial y doctrinaria venezolana, no es posible apelar un laudo arbitral ante un tribunal ordinario, aun cuando exista pacto entre las partes para establecer esta posibilidad, que sería nulo, pues como señala la Sala, sólo está prevista para el procedimiento de arbitramento, no para arbitrajes regulados por la Ley de Arbitraje Comercial.

²⁸ La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado claro que el arbitramento no ha sido derogado por la Ley de Arbitraje Comercial. Ver sentencias de la Sala de Casación Civil del 8 de febrero de 2002, número 82, caso: *Hanover P.G.N. Compressor C.A.* y de la Sala Político Administrativa de fecha 5 de abril de 2006, número 855, caso: *Elettronica Industriale S.p.A.*, en José Gregorio Torrealba, ob.cit. p. 272.

i. Argentina

La Argentina reconoce el derecho de apelación cuando ha causado a la parte perdidosa un daño irreparable. Sin embargo, este derecho puede ser renunciado por las partes, que es lo más común en la práctica, en cuyo caso el laudo solo podría ser impugnado mediante el recurso de nulidad²⁹.

El artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial argentino, que establece que “Art. 758. - Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso”. Se trata entonces de una apelación, renunciable por las partes, pero con todo el alcance de una segunda instancia, pudiendo conocer la controversia *de novo* y con los efectos naturales de una apelación ejercida en un juicio ordinario.

ii. Canadá

En Canadá, que mantiene un sistema federal, la mayoría de sus jurisdicciones admiten la posibilidad de apelar laudos arbitrales domésticos sólo en aspectos de derecho y con el permiso del tribunal de apelación³⁰.

iii. Chile

Chile mantiene una legislación dualista sobre el arbitraje, dando un tratamiento distinto entre arbitraje doméstico y arbitraje internacional. Un laudo emitido en un arbitraje internacional no puede ser apelado y solo puede ser impugnado mediante el recurso de nulidad. Sin embargo, la apelación ante un tribunal ordinario es posible en arbitrajes domésticos³¹.

²⁹ Leandro Caputo e Ignacio Minorini, *Argentina*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, pp. 407. Ver también Federico Godoy, *Argentina Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 20.

³⁰ David R. Haig QC, Louise Novinger Grant, Paul A. Beke y Joanne Lulu, *Canada*, en *Arbitration World*, sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 522.

³¹ Rodrigo Guzmán Karadima, Manuel José Vial y Cristobal Leighton Rengifo, *Chile Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 152.

iv. Inglaterra

Inglaterra es una de esas jurisdicciones tradicionales del arbitraje, es innegable. No obstante, su Ley de Arbitraje de 1996³² prevé la apelación contra laudos arbitrales pero sólo cuando el laudo contiene un grave error de derecho, siempre y cuando sea aplicable la legislación de Inglaterra al fondo de la controversia. Adicionalmente, el tribunal ordinario debe autorizar la apelación.

Según Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, “...*el tribunal está facultado para ratificar el laudo, modificarlo, remitirlo al tribunal arbitral o anularlo, pero el tribunal no deberá anular el laudo, en su totalidad o parcialmente, salvo si considera inapropiado someter las cuestiones objeto de la impugnación a la reconsideración del tribunal arbitral*”³³. La apelación debe ser ejercida ante el *High Court* que es el tribunal de primera instancia y se admite la posibilidad de una segunda apelación ante la Corte de Apelaciones. Recordemos que Inglaterra no ha adoptado la Ley Modelo.

v. Francia

La legislación francesa también es dualista y no ha adoptado la Ley Modelo. El Título I del Libro IV del Decreto No. 2011-48 del 13 de enero de 2011 regula el arbitraje doméstico, mientras que el Título II hace lo propio con el arbitraje internacional. En el arbitraje doméstico se acepta la posibilidad de ejercer el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones del lugar sede del arbitraje, siempre y cuando las partes lo hayan acordado³⁴.

vi. Países Bajos

La última reforma de la Ley de Arbitraje del Reino de los Países Bajos entró en vigencia el 1 de enero de 2015 como parte del Código

³² Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, consultada el 15 de julio de 2020.

³³ Alan Redfern, Marting Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, ob. cit. pp. 583-584.

³⁴ Roland Ziadé, *France*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, pp. 693 y 708.

de Procedimiento Civil y consagra la posibilidad de apelar el laudo arbitral siempre que exista acuerdo entre las partes, tal como ocurre en la legislación francesa que comentamos *supra*. No hay distinción entre laudos arbitrales domésticos o internacionales, por lo que todo arbitraje que tenga su sede en esta jurisdicción podrá permitir, por acuerdo entre las partes, la apelación del laudo. Tampoco se limita el alcance de la apelación, por lo que el tribunal ordinario tiene plena jurisdicción para conocer el caso tanto en los hechos como en derecho.

vii. Portugal

El artículo 39.4 de la Ley de Arbitraje Voluntario de Portugal, vigente desde 2011, prevé que *“El laudo que se pronuncie sobre el fondo del litigio o que, sin conocer de este, ponga término a las actuaciones arbitrales, solo es susceptible de recurso ante el tribunal estatal competente en el caso de que las partes hayan expresamente previsto tal posibilidad en el convenio arbitral y siempre que el litigio no haya sido decidido en equidad o mediante amigable componedor”*³⁵. Portugal se inscribe entonces entre los países que permiten la apelación ante un tribunal ordinario, siempre y cuando lo hayan convenido las partes.

viii. El Salvador

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador regula el recurso de apelación contra laudos arbitrales. Según Tóchez *“El objetivo del recurso de apelación es la revisión de las infracciones de ley sean estas procesales o sustantivas que se hayan pronunciado en la sentencia, con la intención que el tribunal de una instancia superior, revoque, modifique, o anule la resolución dictada por el tribunal de primera instancia”*, pero en materia de arbitraje, la apelación está limitada a los laudos dictados en arbitrajes de derecho y solo puede ejercerse ante las Cámaras de lo Civil de San Salvador, a menos que se trate de un arbitraje en el que una de las partes sea una institución pública, en cuyo caso la apelación sería oída por la Cámara de lo Contencioso Administrativo³⁶.

³⁵ Disponible en: <https://a.storyblok.com/f/46533/x/d69b62912d/la-nueva-ley-de-arbitraje-de-portugal.pdf>, consultado el 16 de julio de 2020.

³⁶ Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, ob.cit., p. 63.

d. Apelación arbitral

Los mecanismos de apelación arbitrales son muy comunes y, a menos que haya una prohibición legal expresa, su utilización depende enteramente de la voluntad de las partes, aun en aquellas legislaciones en las que no se prevea que las partes puedan hacerlo. Así ya lo comentaba la Secretaría de la CNUDMI en su nota explicativa sobre la Ley Modelo, al señalar que “...*nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos)*”³⁷.

No obstante, entre las jurisdicciones que hemos estudiado para este trabajo, encontramos que Bélgica, Países Bajos y Portugal mantienen una posición favorable a la apelación arbitral, que insistimos resulta favorable más no necesaria, para que las partes acuerden un mecanismo de apelación dentro del mismo procedimiento arbitral.

En nuestra opinión, nada impide que en Venezuela puedan las partes acordar la inclusión de un mecanismo de apelación en el procedimiento arbitral. Ya anteriormente se ha reportado un caso en el que tal mecanismo ha sido implementado en el país³⁸. Aunque dicho caso data de mucho antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 y de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, podríamos decir que no ha habido cambios que impidan que tal mecanismo sea acordado por las partes. Este acuerdo, vale la pena mencionar, tiene mayor viabilidad si las partes lo alcanzan antes de que surja una disputa. Tal y como sucede con el acuerdo de arbitraje, la posibilidad de alcanzar un acuerdo de tal naturaleza una vez que surja la disputa es más remota. De la misma forma, tratar de acordar un mecanismo de apelación una vez que se cuente con un laudo arbitral, sería una tarea titánica, por no decir imposible, a menos que ambas partes vean sus pretensiones afectadas por la decisión de los árbitros.

³⁷ Secretaría de la CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Con las enmiendas aprobadas en 2006*, ob. cit., p. 38.

³⁸ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob.cit., p. 507.

i. Bélgica

En Bélgica, que regula en detalle el mecanismo de apelación arbitral, el procedimiento ante el tribunal arbitral de apelación será el mismo que se siga en el procedimiento arbitral ante el primer tribunal. La apelación debe ser presentada ante el tribunal arbitral de “primera instancia” en el plazo de un mes y este mismo tribunal puede decidir si la apelación tendrá efectos suspensivos o no³⁹.

ii. Países Bajos

La Ley de Arbitraje holandesa⁴⁰ regula detalladamente el recurso de apelación arbitral en sus artículos 1061A al 1061L siguientes. Solo es procedente (i) cuando las partes lo hayan acordado con las mismas formalidades aplicables al acuerdo arbitral, (ii) salvo pacto en contrario, debe presentarse dentro de los tres meses siguientes a la notificación del laudo final o parcial objeto de la apelación. El artículo 1061d define los laudos que pueden ser apelados en los siguientes términos:

“Artículo 1061d (1) La apelación arbitral se puede iniciar contra un laudo final y un último laudo parcial final. (2) A menos que las partes hayan acordado lo contrario, la apelación arbitral también puede iniciarse contra otros laudos parciales finales. (3) La apelación arbitral contra un laudo provisional, excepto un laudo basado en el Artículo 1043b (1) – sobre medidas cautelares -, solo puede iniciarse simultáneamente con un recurso arbitral contra un laudo final o parcial final, a menos que las partes hayan acordado lo contrario”

Como puede observarse, el acuerdo de las partes tendrá prevalencia sobre las regulaciones que hemos mencionado sobre la apelación arbitral en esta jurisdicción, las cuales tienen un carácter supletorio.

³⁹ Hakim Boularbah, Arnaud Nuyts, Oliver van der Haegen y Charlotte Van Themsemsche, *Belgium*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 480.

⁴⁰ Disponible en <https://www.nai-nl.org/downloads/Book%204%20Dutch%20CCPv2.pdf>, consultada el 16 de julio de 2020. Traducción para este trabajo.

iii. Portugal

Portugal no regula expresamente la apelación arbitral en su Ley de Arbitraje Voluntario. Sin embargo, Esperanca y Gouveia señalan que “...las partes pueden expresamente acordar que el laudo sea apelable ante otro tribunal arbitral” y que las partes pueden, además, ampliar, limitar o excluir definitivamente ese derecho a apelar ante otro tribunal arbitral⁴¹.

e. Revisión o Revocatoria

La revisión o revocatoria prevista en las legislaciones que comentaremos es un recurso extraordinario aplicable a sentencias judiciales definitivamente firmes, cuando surja alguna circunstancia que afecte las bases de la decisión tomada por el juez. Estos recursos son equivalentes a nuestro recurso extraordinario de invalidación de sentencias, previsto en los artículos 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Las causas de invalidación de la sentencia, conforme al artículo 328 de nuestra ley adjetiva, son:

1. *La falta de citación, o el error, o fraude cometidos en la citación para la contestación.*
2. *La citación para la contestación de la demanda de menor, entre-dicho o inhabilitado.*
3. *La falsedad del instrumento en virtud del cual se haya pronunciado la sentencia, declarada dicha falsedad en juicio penal.*
4. *La retención en poder de la parte contraria de instrumento decisivo en favor de la acción o excepción del recurrente; o acto de la parte contraria que haya impedido la presentación oportuna de tal instrumento decisivo.*
5. *La colisión de la sentencia con otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que por no haberse tenido conocimiento de la primera, no se hubiere alegado en el juicio la cosa juzgada.*
6. *La decisión de la causa en última instancia por Juez que no haya tenido nombramiento de tal, o por Juez que haya sabido estar de-puesto o suspenso por decreto legal.*

⁴¹ Miguel Esperanca Pina y Rita Gouveia, *Portugal Law & Practice*, en *International Arbitration, Chambers Country Guides, Chambers and Partners*, Londres, 2016, p. 152. Traducción para este trabajo.

Nos limitaremos en este espacio a las causales que permitirían la revisión de los laudos arbitrales en aquellas jurisdicciones en las que se prevé tal posibilidad, no prevista, por cierto, en el arbitraje comercial venezolano⁴².

i. Colombia

En Colombia procede el recurso de revisión contra laudos arbitrales ante la Corte Suprema de Justicia⁴³ por alguna de las siguientes causales enumeradas de forma taxativa en el artículo 335 del Código General del Proceso⁴⁴:

“1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

⁴² Mezgravis identifica a Feo como el único autor que considera procedente el recurso de invalidación contra laudos arbitrales de derecho. Ver Andrés Mezgravis, *El Amparo Constitucional y el arbitraje*, en *Revista de Derecho Administrativo*, número 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999. p. 265.

⁴³ Carolina Posada y María Lucía Echandía, *Colombia*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, pp. 599.

⁴⁴ Disponible en https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/355.htm, consultado el 16 de julio de 2020.

9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

ii. Costa Rica

Contra el laudo dictado en proceso arbitral caben los recursos de nulidad y de revisión. El derecho de interponer ambos recursos tiene carácter irrenunciable (art. 64. 1º). El recuso de revisión se regula conforme a las normas generales que para este recurso establece el Código Procesal Civil. Dicho recurso sólo es admisible contra aquellos pronunciamientos firmes con autoridad de cosa juzgada material, y únicamente en los casos taxativos que prevé el art. 619 CPC, que no pueden ampliarse por paridad de razón o de circunstancias, toda vez que éstas operan a su vez como requisitos de admisibilidad, pues si el recurso no está comprendido en alguna de ellas, se debe disponer su inadmisión, conforme lo ordena el art. 624 (Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de 25 de febrero de 2005)⁴⁵.

iii. España

La revisión de un laudo arbitral en España por disposición expresa del artículo 43 de su Ley de Arbitraje⁴⁶ conforme a las causales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“1. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

⁴⁵ José Carlos Fernández Rozas, *El recurso de anulación de los laudos arbitrales en la jurisprudencia de Costa Rica*, en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1, No. 1, Iprolex, Madrid, 2008, p. 239.

⁴⁶ Artículo 43. El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

2. *Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.*
3. *Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.*
4. *Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.”*

iv. Italia

Bariona señala que la revisión del laudo arbitral en Italia se encuentra sometida a causales, también “taxativas y de interpretación absolutamente restrictivas” y enumera:

- “a) El laudo sea producto de una conducta dolosa de una de las partes en perjuicio de la otra.*
- b) Se haya producido el laudo en base a pruebas declaradas falsas, cuya falsedad haya sido declarada con posterioridad al laudo o que, habiendo sido declaradas falsas con anterioridad, la parte desconociera tal declaratoria.*
- c) El laudo haya sido dictado en base a una conducta dolosa de uno o varios de los árbitros”⁴⁷.*

v. Países Bajos

Conforme a la legislación procesal de Países Bajos⁴⁸, el recurso de revisión procede si:

1. *El laudo se fundamenta total o parcialmente en un fraude que haya sido descubierto después de haberse dictado el laudo y que haya sido cometido durante el procedimiento arbitral por o con el conocimiento de la otra parte,*

⁴⁷ Mario Bariona, *El arbitraje en Italia. Breve análisis de la reforma del año 2006*, en *Derecho y Sociedad*, No. 9, Universidad Monteávila, Caracas, 2010, p. 197.

⁴⁸ Dirk Knottenbelt, Marielle Koppenol-Laforece y Thomas Stouten, *The Netherlands*, en *Arbitration World* sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 950. Traducción para este trabajo.

2. *El laudo se fundamenta total o parcialmente sobre documentos que, luego de dictado el laudo, se descubra que habían sido forjados, y*

3. *Que una de las partes obtenga documentos que habrían tenido influencia en la decisión del tribunal arbitral, pero que hayan sido retenidos por como resultado de actos de la otra parte.*

vi. Suiza

La legislación Suiza prevé que un laudo arbitral doméstico pueda ser sometido a revisión. Con respecto a laudos arbitrales internacionales, la Corte Suprema Federal considera una laguna la falta de previsión expresa y ha extendido por vía de interpretación, la posibilidad de someterlos a revisión conforme a las normas aplicables para la revisión de sentencias de las cortes federales, sólo en caso de (i) descubrimiento de nueva evidencia que no era conocida por la parte recurrente, y (ii) si ha sido demostrado en un procedimiento penal que el laudo fue influenciado en detrimento del recurrente por algún delito⁴⁹.

f. Oposición de Terceros

La oposición de terceros se encuentra prevista en las legislaciones de Francia e Italia como un mecanismo de impugnación del laudo arbitral. Bariona explica que, en el caso italiano, en este recurso “...*no hay una decisión judicial que anule propiamente el laudo, el cual conserva su plena validez entre las partes que intervinieron en el arbitraje*”⁵⁰. El caso francés permite que el tercero cuyos intereses hayan sido afectados por el laudo, pueda impugnarlo. Sin embargo, esta opción solo estará disponible, para arbitrajes domésticos en Francia⁵¹.

⁴⁹ Georg von Segesser y Michael Falk, *Switzerland*, en *Arbitration World*, sexta edición, Thomson Reuters, Londres, 2018, p. 1.134. Traducción para este trabajo.

⁵⁰ Mario Bariona, ob.cit., p. 197.

⁵¹ Stavros Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room*, en *Penn State Law Review*, Vol. 113:4, *Penn State University*, Pennsylvania, 2009. p. 1169. Disponible en <http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201165.pdf>, consultado el 16 de julio de 2020.

II. LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN VENEZUELA

Como mencionábamos arriba, la impugnación del laudo arbitral en Venezuela ha pasado por varias etapas que incluyen medios distintos al recurso de nulidad, debido más a las interpretaciones jurisprudenciales que han tergiversado el sistema diseñado en la Ley de Arbitraje Comercial y luego, con su entrada en vigencia en 1999, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Revisaremos en este capítulo la suerte de la acción de Amparo Constitucional contra laudos arbitrales, el recurso de nulidad y finalizaremos comentando lo que hoy en día puede ser definido como la mayor amenaza que se cierne sobre la efectividad del arbitraje como medio de solución alternativo de controversias: el avocamiento.

a. La acción de Amparo Constitucional

La acción de Amparo Constitucional ejercida contra laudos arbitrales ha tenido una historia disonante, polémica y controvertida, por decir lo menos. La existencia de una vía judicial ordinaria – el recurso de nulidad – para impugnar el laudo arbitral, ha sido el eje que sostiene el péndulo al que nos hemos referido con anterioridad. En esta sección haremos un recorrido sobre los cambios jurisprudenciales que intermitentemente han venido cambiando la posición sobre la procedencia del amparo contra laudos arbitrales⁵². La residualidad o subsidiariedad de la acción de Amparo Constitucional la encontramos precisamente reflejada entre sus causales de inadmisibilidad, particularmente la dispuesta en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁵³. La Sala Constitucional comenzó este

⁵² Para un estudio de mayor profundidad en el tema del amparo constitucional contra laudos arbitrales ver: Andrés Mezgravis, ob.cit. y más recientemente Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 153-160.

⁵³ Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo: ...5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado;

transitar sobre el amparo constitucional el 23 de mayo de 2001 cuando en su sentencia sobre el caso *Grupo Inmensa, C.A.*, expresó:

*“En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual **la acción propuesta debe declararse inadmisibile respecto al laudo arbitral del 11 de agosto de 2000, dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad.** de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide”⁵⁴.*

Unos meses después, el 16 de octubre de ese mismo año 2001, la misma Sala emitió la sentencia 1.981, en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, declaró inadmisibile la acción de amparo ejercida contra el acta de misión suscrita en un procedimiento arbitral internacional por haber ejercido la parte actora el recurso de nulidad en contra del laudo arbitral dictado en el mismo arbitraje y por lo tanto, incurriendo en la causal de inadmisibilidat prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero sin ratificar expresamente el criterio que había ya establecido en *Grupo Inmensa* y que abarcaba, ya para ese momento, la inadmisibilidat de la acción de amparo contra laudos arbitrales por la existencia de una vía judicial ordinaria para su impugnación⁵⁵. Además, en esta misma sentencia, la Sala Constitucional afirmó que era posible el ejercicio

⁵⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 827 del 23 de mayo de 2001, caso *Grupo Inmensa, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba, ob. cit., pp. 250-252

⁵⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1.981 del 16 de octubre de 2001, caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba, ob. cit., pp. 252-254.

de la acción de amparo constitucional en contra de un laudo arbitral internacional – se trataba de un caso sometido a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – tomando en cuenta que el laudo sería ejecutado en Venezuela. Las palabras de la Sala fueron:

“En el presente caso se sometió a arbitraje internacional una demanda contra una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el caso de autos, puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

Sin embargo, la Sala se mantuvo declarando la inadmisibilidad del amparo constitucional contra laudos arbitrales⁵⁶.

El primer caso en el que la Sala Constitucional avaló expresamente el ejercicio de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales y sobre la base de lo expuesto en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, fue el de *Consortio Barr, C.A.*⁵⁷ -también un arbitraje internacional- en el que si bien no realizó consideraciones sobre la admisibilidad, ratificó la sentencia que le había sido sometida a consulta por el Tribunal Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. En el caso *Corporación Todosabor, C.A.*, la Sala ratificó el criterio de la ejecución del laudo como elemento determinante para afirmar que un laudo arbitral podía ser objeto de la acción de amparo – ya expresado en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.* – y expresó que *“Es así como la cobertura constitucional es extensible a los laudos arbitrales dictados por los Tribunales arbitrales, por lo que mientras la ley no diga lo contrario, son los jueces*

⁵⁶ En esta primera etapa, volvió a declarar la inadmisibilidad de un amparo constitucional en el caso *Nokia de Venezuela, S.A.*, sentencia 3.610 de fecha 6 de diciembre de 2005. El extracto pertinente de la sentencia puede ser consultado en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 255.

⁵⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 2.346 del 26 de agosto de 2003. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2346-260803-03-0995>. HTM, consultada el 19 de julio de 2020.

*superiores por la materia, cuantía y territorio, los competentes para conocer de los amparos contra dichos laudos... ”*⁵⁸. La Sala dejó absolutamente claro entonces que los laudos arbitrales podían ser objeto de control mediante amparo constitucional.

La inadmisibilidad de la acción de amparo volvió a ser criterio de la Sala Constitucional en su sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, una de las sentencias más importantes en materia de arbitraje en Venezuela. En este caso, la Sala fue muy enfática al señalar:

*“También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-.; pero dejando a salvo que **lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)**”*⁵⁹ (Destacado nuestro).

Pero una sentencia de mayor claridad llegó el 20 de mayo de 2010, caso *Gustavo E. Yélamo*, en el que la Sala Constitucional se expandió en cuanto a la idoneidad del recurso de nulidad para satisfacer la protección de los derechos constitucionales que se pretende mediante el amparo constitucional al expresar que:

⁵⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 174 del 14 de febrero de 2006, caso *Corporación Todosabor, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba R., ob.cit. p. 256-258.

⁵⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 261.

“En tal sentido, desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público”⁶⁰.

No obstante, en el caso *Gustavo E. Yélamo* la Sala mantenía, de forma contradictoria con la conclusión a la que llegó y que hemos citado *supra*, que un laudo arbitral “...puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...”. Esta posición fue finalmente superada por la Sala Constitucional en el caso *Van Raalte de Venezuela, C.A.*, en el que se dejó de lado el estilo esquivo al explicar que “contra ellos – los laudos arbitrales – solo procede el recurso de nulidad...”⁶¹. Este criterio ha sido el último de la Sala Constitucional, pero no está exento, como ya lo ha demostrado la historia que hemos relatado, a cambios que pueden estar en puertas.

La sentencia más reciente dictada por la Sala Constitucional sobre un amparo constitucional es de reciente data y deja muchas dudas. En efecto, en su sentencia del 28 de noviembre de 2019, caso *Desarrollos Mercayag, C.A.*, la Sala Constitucional asumió la competencia para conocer de un amparo constitucional ejercido – en 2016 - contra un laudo arbitral, asimilando al tribunal arbitral a un Tribunal Superior. Esta equivalencia contradice abiertamente lo que fue el criterio de la Sala cuando era del criterio que los laudos arbitrales podrían ser objeto de amparo constitucional, pues siempre consideró que los tribunales arbitrales eran equivalentes a un tribunal de primera instancia a los efectos de determinar el tribunal competente para conocer del amparo.

⁶⁰ Sentencia 462 del 20 de mayo de 2010, caso *Gustavo E. Yélamo*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 261.

⁶¹ Sentencia 1.773 del 30 de noviembre de 2011, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 261.

La Sala no se pronunció en esta sentencia sobre la admisibilidad de la acción de amparo ejercida, sino que se limitó a declarar su competencia y a ordenar la notificación de la Procuraduría General de la República por cuanto la empresa del Estado PDVSA Industrial adquirió las acciones de la empresa matriz de la parte demandante en el arbitraje que dio origen a la acción de amparo. Probablemente y ojalá estemos equivocados, para la Sala Constitucional este solo elemento sea suficiente para retroceder a etapas ya superadas sobre el ejercicio de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales⁶².

b. El Recurso de Nulidad

i. El Recurso de Nulidad en la Ley Modelo de la CNUDMI

La Ley Modelo – sobre la que se basa la Ley de Arbitraje Comercial venezolana – prevé el recurso o “petición de nulidad” en su artículo 34⁶³ como el único recurso contra el laudo arbitral. Del texto de la disposición podemos comentar, brevemente:

⁶² Sentencia 394 de fecha 28 de noviembre de 2019, caso: *Desarrollos Mercayag, C.A.*, bajo la ponencia de Gladys María Gutiérrez Alvarado. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/308320-0394-281119-2019-16-0390.HTML>, consultado el 17 de julio de 2020.

⁶³ Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado. 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde

1. La suspensión del laudo

El artículo 34 no aclara si el ejercicio del recurso de nulidad tiene un efecto suspensivo sobre el laudo impugnado. Al no haber una mención expresa de este efecto, consideramos que el laudo impugnado mantiene sus plenos efectos a menos que haya una medida cautelar dictada por el juez en el contexto del procedimiento de nulidad que de manera expresa e inequívoca suspenda la ejecución del laudo.

Una de las razones principales para llegar a esta conclusión es la equiparación de los derechos de las partes frente al recurso de nulidad. Si el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva asiste a la parte que impugna el laudo, no es menos cierto que la parte ganadora del arbitraje tiene un derecho de ejecución del laudo que se enmarca, también, en el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido que un laudo arbitral, que tiene fuerza de cosa juzgada y debe ser ejecutado como si se tratara de una sentencia dictada por un tribunal ordinario.

2. Lاپso para el ejercicio del recurso

El lapso previsto en el numeral 3 del artículo 34 la Ley Modelo para ejercer el recurso de nulidad es de tres meses, contados desde la fecha de recepción del laudo o desde la fecha en que el tribunal arbitral haya resuelto alguna petición de corrección o interpretación del laudo arbitral.

3. Causales de nulidad del laudo

El numeral 2 del mencionado artículo 34 consagra las causales taxativas para declarar la nulidad de los laudos. Las divide en dos grupos: (i) las que deben ser probadas por la parte recurrente, y (ii) las que deben ser probadas por el tribunal. Esto marca una diferencia importante,

la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral. 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

pues las causales que se encuentran en el segundo grupo implican un rol inquisitivo de parte del tribunal de nulidad, pues ambas causales, como veremos *infra*, involucran el orden público de forma directa o indirecta.

a. Causales que deben ser probadas por el recurrente

Este primer grupo de causales está previsto en el literal a), numeral 2 del artículo 34, en los siguientes términos:

“a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”.

Se trata entonces de motivos que no involucran, de ninguna forma, cuestiones de orden público, sino que por el contrario, se refieren a vicios (incapacidad de una de las partes al momento de suscribir el acuerdo de arbitraje) que pudieran ser convalidados, ratificados o subsanados, y derechos (como los previstos en los numerales del ii al iv, que en general son garantías para el ejercicio del derecho a la defensa en el procedimiento arbitral) que pudieran ser disponibles por las partes.

Ahora, a menos que el vicio haya sido expresamente convalidado, ratificado o subsanado o que el derecho haya sido expresamente renun-

ciado por la parte que no pudo ejercerlo, el mismo laudo que pudiera no haber sido recurrido en nulidad, podría ser objeto de rechazo en su ejecución por las mismas razones.

b. Causales que puede invocar el tribunal ex officio

El literal b) del mismo numeral del artículo 34 prevé otro grupo de motivos de nulidad del laudo en los que el tribunal que conozca de la nulidad puede ejercer un rol más inquisitivo:

“b) el tribunal compruebe:

- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o*
- ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado”.*

El primer punto se refiere a la arbitrabilidad de la disputa. Este es un aspecto regulado por la legislación de cada Estado, pero la regla general es que solo son susceptibles de ser sometidas a arbitraje aquellas disputas que versan sobre derechos disponibles o susceptibles de transacción. En cuando al segundo punto, que es probablemente uno de los motivos más polémicos de nulidad del laudo y también de su ejecución, permite que un tribunal declare la nulidad del laudo si encuentra que el mismo es violatorio del orden público. Una causal totalmente idiosincrática y que, por lo tanto, varía de jurisdicción a jurisdicción.

4. El procedimiento aplicable y el tribunal competente

La Ley Modelo deja a discreción de cada Estado la determinación del tribunal competente para conocer del recurso de nulidad y el procedimiento aplicable. Sin embargo, la Ley Modelo prevé en el numeral 4 del artículo 34, que el tribunal que conozca del recurso de nulidad, previa solicitud de una de las partes, podrá suspender las actuaciones del proceso por un plazo de su libre determinación, *“...para permitir que el tribunal arbitral tenga la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.*

ii. El Recurso de Nulidad en la Ley de Arbitraje Comercial

El recurso de nulidad es – y en esto acompañamos a Díaz Candia⁶⁴ – una acción y no un recurso propiamente dicho⁶⁵. El procedimiento del recurso de nulidad no es una continuación del procedimiento arbitral, que termina una vez emitido el laudo arbitral⁶⁶, como sí sucede con los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, que son una continuación del proceso ordinario. El denominado “recurso” de nulidad – que seguiremos denominando así a los efectos de este trabajo – inicia un nuevo procedimiento ante la jurisdicción ordinaria en la que el juez evaluará si el laudo ha incurrido en alguna de las causales que acarrear su nulidad.

Se trata, en nuestra opinión, de una acción de carácter objetivo, pues su objeto es la declaratoria de nulidad de un acto emitido por un tercero – tribunal arbitral – en el que la otra parte que participó en el arbitraje está legitimada a participar como parte cuyos derechos pueden verse afectados directamente por la sentencia que resuelva la nulidad. Los árbitros, por el contrario, no ostentan ninguna legitimidad para participar en el proceso de nulidad del laudo⁶⁷.

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana regula el recurso de nulidad en sus artículos 43 al 47 que comentaremos seguidamente:

1. Exclusividad, tribunal competente, lapso para su interposición y efecto no suspensivo del recurso de nulidad

El encabezado del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial señala:

⁶⁴ Hernando Díaz-Candia, *La conciliación y el arbitraje comercial en el contexto de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*, en *Memoria Arbitral*, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2011., p. 189.

⁶⁵ En contra de esta tesis, ver Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., pp. 542 – 547.

⁶⁶ Ver artículo 33.3 de la Ley de Arbitraje Comercial

⁶⁷ En contra ver: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 855 de fecha 5 de abril de 2006, caso *Elettronica Industriale S.p.A.* Consultada en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., p. 238.

“Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto”.

Al igual que lo establecido en la Ley Modelo, el recurso de nulidad está previsto en la ley venezolana, de manera clara, diáfana e inequívoca, como el único recurso que procede para impugnar el laudo arbitral. Como mencionábamos arriba, la Ley Modelo deja a discreción de cada Estado determinar cuál es el tribunal competente para conocer de la nulidad del laudo y Venezuela se cuenta entre los países que atribuyeron esta competencia a los tribunales superiores, que es una marcada tendencia en el derecho comparado⁶⁸. Mezgravis, Carrillo y Saghy, apoyados en la respetable doctrina del Maestro Caivano son del criterio que cuando la ley se refiere al “*Tribunal Superior competente*” “...*debe entonces entenderse que se refiere a aquél “Tribunal Superior natural”*. Es decir, el Tribunal Superior de aquél que hubiere conocido la controversia si esta no hubiere sometido al arbitraje”⁶⁹. Pero esto es relativo, porque las reglas para determinar la competencia de los tribunales judiciales – y así determinar el juez natural - no son aplicables al arbitraje, en el sentido que en el arbitraje, las partes -o el tribunal arbitral – definen la sede jurídica del mismo, que es la que determinará el tribunal competente para conocer el recurso de nulidad.

No es del todo preciso señalar que el tribunal competente para conocer el recurso de nulidad contra el laudo es el Tribunal Superior de aquél que hubiere conocido la controversia si esta no hubiera sido sometida a arbitraje, pues implicaría asumir un enfoque material de la definición y no formal, involucrando elementos -como la cuantía, por

⁶⁸ Pocas son las jurisdicciones que otorgan la competencia para conocer del recurso de nulidad a tribunales distintos a los usualmente llamados Cortes de Apelaciones o Tribunales Superiores. Entre estos tenemos a Austria, Costa Rica, Cuba y Suiza, cuyas legislaciones atribuyen la competencia a las respectivas Cortes Supremas, mientras que Bélgica, Japón, Kenya, México y Rusia la imputan a sus tribunales de primera instancia.

⁶⁹ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. Cit., pp. 537-538.

ejemplo- para determinar la competencia y no solo la sede del arbitraje, que es factor determinante de la competencia según la Ley de Arbitraje Comercial. Como hemos mencionado, la tendencia es la de imputar la competencia para conocer el recurso de nulidad a tribunales de jerarquía media (cortes de apelaciones o tribunales superiores) en el sentido formal de la palabra y no a tribunales que puedan fungir como tribunales de apelación de tribunales de la menor jerarquía judicial.

Por otra parte, el lapso para el ejercicio del recurso de nulidad en Venezuela es el más corto entre las jurisdicciones que hemos analizado para realizar este trabajo. Mientras la tendencia es a otorgar un lapso equivalente a tres meses, con excepciones que otorgan desde 10 días (Cuba) hasta seis meses (Chile), en nuestro país el lapso se reduce a cinco días, contados a partir de la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. Siguiendo el razonamiento de Mezgravis, Carrillo y Saghy⁷⁰, probablemente el legislador tenía en mente un recurso y no una acción y podríamos especular que por esto hizo coincidir el lapso de caducidad para el ejercicio del recurso de nulidad con el lapso para ejercer la apelación en el procedimiento ordinario, pero esto es solo especulación.

2. La suspensión del laudo

El primer aparte del artículo 43 continúa señalando:

“La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene 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”⁷¹.

⁷⁰ Ibidem, pp. 542 y 543.

⁷¹ En el derecho comparado hemos encontrado una referencia similar en la legislación española, cuya Ley de Arbitraje prevé, en su artículo 45.1, relativo a la ejecución del laudo que: “El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al

Es claro que el recurso de nulidad no tiene como consecuencia inherente a su ejercicio la suspensión de los efectos del laudo impugnado. Para que se suspenda el laudo la parte recurrente debe solicitarlo como medida cautelar, que es la naturaleza propia de la orden de suspensión prevista en el artículo, que debe además exigir la previa constitución de una caución para garantizar la ejecución del laudo – debe ser capaz de cubrir el monto de la condenatoria y cualquier monto accesorio – y los perjuicios eventuales en caso de ser rechazado el recurso de nulidad, entre los que se podrían incluir las costas del proceso. Pero este punto ha sido objeto de una amplia discusión en la doctrina y que parece no haber sido del todo bien interpretada por los tribunales venezolanos. Dedicaremos unas líneas a desarrollar este punto tan polémico e innecesariamente dañino para el arbitraje en Venezuela.

a. El “issue” de la caución

El artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que:

“El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad cuando sea extemporánea su interposición o cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley.

*En el auto por medio del cual el Tribunal Superior admite el recurso **se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso.** El término para otorgar la caución será de diez (10) días hábiles a partir de dictado dicho auto.*

ejecutante, resolverá sobre la caución”. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>, consultado el 19 de julio de 2020. En Colombia, el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil (derogado por la Ley 1563 de 2012) expresa: “... la interposición del recurso de anulación contra un laudo arbitral, no suspende ni impide su ejecución. No obstante, el interesado podrá ofrecer caución para responder por los perjuicios que la suspensión cauce a la parte contraria. El monto y la naturaleza de la caución serán fijados por el competente para conocer el recurso de anulación en el auto que avoque conocimiento, y esta deberá ser constituida dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquel, so pena de que se declare desierto el recurso. Una vez aceptada la caución, en las condiciones y términos fijados por el Tribunal, se entenderá que los efectos del laudo se encuentran suspendidos. Cuando el recurrente sea una entidad pública no habrá lugar al otorgamiento de caución”. Disponible en <https://www.notinet.com.co/codigos/capitulos.php?id=1135>, consultado el 19 de julio de 2020. Presumimos que esta es la norma a la que se refiere Mezgravis como antecedente a la norma venezolana, pues efectivamente estaba vigente cuando se discutía la Ley de Arbitraje Comercial.

Si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar”

La caución mencionada en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, leída en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 *eiusdem*, ha generado una interpretación que consideramos ilegal – porque no es lo que prevé la Ley de Arbitraje Comercial e inconstitucional por violar los derechos de justicia gratuita, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

Varios autores patrios han tratado el tema de la caución. En un trabajo hasta ahora inédito, Rengel⁷² da cuenta de la tendencia mayoritaria que reconoce en la caución un requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, sin el cual, y como consecuencia expresamente prevista en el artículo 45, debe declararse sin lugar el recurso. Entre estos autores se cuentan Henríquez La Roche⁷³, quien asimila esta caución con la requerida por el numeral 6 del artículo 599 del Código de Procedimiento Civil sobre el secuestro de la cosa litigiosa cuando el poseedor apelare contra la sentencia sin dar fianza para responder por la cosa y sus frutos. Gabaldón⁷⁴ defiende la constitucionalidad de la caución sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, que al comprometerse en arbitraje aceptan los términos de la ley. Hung⁷⁵ se inclina por favorecer la protección del derecho de ejecución y la autonomía de la voluntad de las partes al someterse al arbitraje con conocimiento del requisito de otorgar caución.

Mezgravis ha sostenido que la caución, como requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, es inconstitucional en los mismos términos del principio *solve et repete* (paga y después reclama)⁷⁶.

⁷² Pedro Rengel, *La caución para recurrir la nulidad del laudo arbitral como garantía del resultado del proceso*, Caracas, 2020. Consultado en copia electrónica.

⁷³ Ricardo Henríquez La Roche, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo V, Organización Gráfica Capriles, Caracas, 1998, pp. 62. Citado por Pedro Rengel, ob.cit., p. 1.

⁷⁴ Frank Gabaldón, *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca, Caracas, 1999, p. 136. Citado por Pedro Rengel, ob. cit., p. 3.

⁷⁵ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Derecho Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 538-541. Citado por Pedro Rengel, ob. cit., pp. 3-4.

⁷⁶ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., p. 541. Posición que no ha cambiado desde su primer trabajo sobre el tema. Ver Andrés Mezgravis, ob. cit., p. 255.

Coincidimos con esta posición, sobre todo, si consideramos que cuando la ley exige una caución para poder acceder a la jurisdicción ordinaria mediante una acción o un recurso⁷⁷, lo hace para proteger derechos de la otra parte y no como un requisito formal de admisibilidad que tenga por intención, de forma arbitraria, hacer más oneroso el ejercicio el acceso a la jurisdicción o evitar una supuesta interposición maliciosa del recurso de nulidad – como si quien pretende ejercer un recurso con malicia no pudiera presentar una caución -. Hobaica sugiere una interpretación más coherente y que también compartimos, al señalar que “... *la posibilidad de que se suspendan los efectos del Laudo, viene dada por el artículo 43..., el cual señala que la única forma de suspender su ejecución es mediante una caución, y que el trámite que debe seguirse en caso de que se solicite la suspensión de los efectos del Laudo es el señalado por el artículo 45...*”⁷⁸.

Tampoco compartimos la tesis de Rengel⁷⁹ según la cual el artículo 43 prevé una caución para garantizar las resultas del proceso y la suspensión del laudo y que el artículo 45 prevé otra caución, como requisito de procedencia del recurso. El artículo 45 señala que el auto de admisión del recurso debe determinar la “...*la caución...*”, no se refiere a ella como una caución independiente y la única caución a la que puede estar haciendo referencia es a la del artículo 43, no requiere una nueva caución.

La Sala de Casación Civil al pronunciarse sobre la caución en el recurso de nulidad, ha mencionado que la caución prevista en el artículo 45 tiene por objeto “*garantizar los daños que puedan causarse al evitar, con la demanda de nulidad, la ejecución del laudo arbitral...*”⁸⁰,

⁷⁷ Tales como la caución exigida por el artículo 599, numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, la exigida en el artículo 333 para la suspensión de la ejecución de la sentencia cuando se ejerce el recurso de invalidación, o la *cautio iudicatum solvi* prevista en el artículo 36 del Código Civil

⁷⁸ Adolfo Hobaica, *Algunas consideraciones sobre la Caución prevista en los artículos 43 y 45 de la Ley de Arbitraje Comercial*. 30 de mayo de 2019, Caracas, 2019, pp. 5. Disponible en https://www.academia.edu/43382639/Consideraciones_sobre_la_Caucio_n_prevista_en_la_LAC, consultado el 18 de julio de 2020.

⁷⁹ Pedro Rengel, ob. Cit., p. 4.

⁸⁰ La sentencia RC225, del 21 de abril de 2008, caso *Gerencia y Control de Ingeniería, S.A. (GYCSA)*, bajo la ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez, pp. 10. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-00225-210408-05813.HTM>, consultado el 19 de julio de 2020.

que es lo que prevé expresamente el artículo 43 para otorgar la medida cautelar de suspensión del laudo. La Sala Constitucional, por su parte, también ha señalado que *“no es inconstitucional requerir a la parte recurrente constituir caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, pues es una forma de garantizar que las partes del proceso queden cubiertas de los eventuales daños o perjuicios que pueden experimentar por la suspensión en su ejecución”*⁸¹. Como puede observarse, las tres sentencias emitidas por Salas del Tribunal Supremo de Justicia interpretan, de manera errónea, que la caución prevista en el artículo 43 es un requisito de admisibilidad según el artículo 45. Lo correcto en nuestra opinión, es que el artículo 43 prevé una medida cautelar de suspensión de efectos del laudo que requiere de caución para ser otorgada, mientras que el artículo 45 exige que esa caución sea fijada en el auto de admisión, pero cuando la medida haya sido solicitada, no como un requisito de admisibilidad o procedencia del recurso de nulidad.

Para nosotros es evidente que esta interpretación errónea acarrea una violación flagrante del derecho a la justicia gratuita, de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, pues si el recurrente no solicita la suspensión del laudo, la parte ganadora en el arbitraje no verá afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo ejecutar el laudo debido a la carencia de efecto suspensivo del recurso de nulidad, también establecido en el artículo 43. Aparte, en el derecho comparado, las normas española y colombiana (esta ya derogada) *supra* citadas, prevén la caución para salvaguardar los derechos de la parte que verá suspendida la ejecución del laudo por una medida cautelar en ese sentido dictada por el juez de nulidad. La norma venezolana, interpretada como requisito de admisibilidad del recurso, sería totalmente atípica.

⁸¹ Sentencia 1.121 de fecha 20 de junio de 2007, caso *Distribuidora Punto Fuerte D.P.F., C.A.*, bajo la ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales. En su sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional ratificó el criterio del fallo mencionado y agregó: *“...una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva...es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdidosa”*. Consultadas en José Gregorio Torrealba R., ob. cit., pp. 264 y 269.

Otro tema, también confuso es el de las consecuencias de no otorgar la caución. Es el único punto en el que consideramos que efectivamente se trata de una norma inconstitucional y no como el anterior, cuyo problema es la interpretación que se le ha dado. Si la suspensión de efectos del laudo arbitral es una medida cautelar y la caución debe otorgarse para salvaguardar los derechos de la parte que podría ejecutar el laudo y que se ve impedida por la medida, la falta de caución no puede ser motivo para la improcedencia del recurso de nulidad. La consecuencia de no presentar la caución en los términos mencionados debería ser el decaimiento de la medida cautelar de suspensión de efectos del laudo, de lo contrario, se está sometiendo la suerte de la pretensión principal a la accesoria.

3. Inadmisibilidad e improcedencia del recurso de nulidad

El mismo artículo 45 citado *supra* establece claramente dos causas de inadmisibilidad del recurso de nulidad: (i) cuando se haya ejercido de forma extemporánea; y (ii) cuando no se fundamente en las causales establecidas en el artículo 44 *eiusdem*. No hace referencia a la caución como requisito para la admisión del recurso, tal y como hemos mencionado arriba.

Por su parte, el artículo 46 establece que “*Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará sin lugar el recurso, se condenará en costas al recurrente y el laudo se considerará de obligatorio cumplimiento para las partes*”. Consideramos que el legislador reguló con este artículo algo que no requería ser regulado, pues es una consecuencia directa que el recurso sea declarado improcedente si no prospera ninguna de las causales alegadas, tal y como tampoco era necesario mencionar que se condenaría en costas – es la regla general – y que el laudo sería de obligatorio cumplimiento para las partes, pues a menos que se hubiera dictado la medida de suspensión de efectos del laudo, el artículo 43 es claro al señalar que el recurso no tiene efecto suspensivo y si el recurso es declarado sin lugar, el efecto inmediato es también el levantamiento de la medida cautelar. La norma solo agrega mayor confusión a un capítulo bastante complicado de la Ley.

4. Sustanciación del recurso de nulidad

El artículo 47 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que “... *el Tribunal Superior conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento ordinario*”. La doctrina ha acusado la confusa redacción de esta norma y tomando en cuenta diversos elementos relacionados con la finalidad del arbitraje han llegado a la conclusión de que dicho artículo se refiere al procedimiento ordinario en segunda instancia⁸², conclusión que compartimos plenamente, aunque no la consideramos suficiente para privar al recurso de nulidad de su naturaleza de acción autónoma.

5. Causales de nulidad del laudo

Las causales de nulidad del laudo arbitral se encuentran previstas de manera taxativa en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial. Ninguna de las causales permite una revisión de la decisión de fondo del tribunal arbitral – es una de las características esenciales del arbitraje y se entiende que las partes han escogido someterse a este método con total conocimiento de ello – y por lo tanto, no puede – ni debe – calificarse como una apelación, ni siquiera limitada, pues no está dado al juez de nulidad cuestionar el fondo del laudo.

Al igual que la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje Comercial divide las causales en dos grupos: (i) las que deben ser probadas por la parte recurrente, y (ii) las que pueden ser comprobadas por el tribunal *ex officio*.

Las que deben ser probadas por la parte recurrente son las identificadas en los literales a) a d), que se señalan aspectos relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje, la capacidad de las partes y garantías procesales:

“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

⁸² Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., p. 546.

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;”

El literal e) de este artículo es un error legislativo, tal y como ha sido calificado por Hung⁸³. Por su parte, el literal f) contiene las causales que pueden ser comprobadas *ex officio* por el tribunal que conozca la nulidad y que se relacionan con la arbitrabilidad de la disputa y la violación del orden público por el laudo en los siguientes términos: “*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*”.

iii. El Avocamiento en el arbitraje

El avocamiento es una institución de naturaleza procesal que subvierte el orden jurídico de la competencia de los tribunales. La doctrina no es conteste en su naturaleza jurídica, algunos lo califican como una “*institución extraordinaria*”⁸⁴, mientras otros lo califican como “*recurso extraordinario*”⁸⁵, ambas tendencias basándose en expresiones utilizadas por la jurisprudencia. El antecedente más antiguo del avocamiento tiene su origen en el Derecho Canónico en 1213 para luego ser adoptado por la legislación francesa, particularmente como una potestad

⁸³ Francisco Hung Vaillant, citado por Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, ob. cit., p. 527.

⁸⁴ Alexis Crespo Daza, *Reflexiones acerca del Avocamiento*, en Revista de Derecho Administrativo, número 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, p. 73-84. Susana Dobarro, Valentina Michelena y Alvaro Garrido, *Consideraciones Generales sobre el Avocamiento en la Jurisprudencia Venezolana. Especial referencia a la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de junio de 2003 (No. 809; caso: Jenny Mariela Lugo Méndez)*, en Revista de Derecho Administrativo, número 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 199-233

⁸⁵ Roxana Medina de Zaibert, *El Avocamiento*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, número 130, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas : Departamento de Publicaciones, 2007, pp. 295-324.

del monarca⁸⁶, mientras que otros identifican su origen entre finales del Siglo VI y finales del Siglo XVIII en la era de las monarquías absolutistas, para ser repudiada luego de la Revolución Francesa en 1789⁸⁷.

A Venezuela llegó el avocamiento de la mano de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁸⁸ (LOCSJ) en 1976 como una potestad de la Sala Político-Administrativa sobre los demás tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. El avocamiento ha sido comparado con el *certiorary* o *writ of error* del derecho de los Estados Unidos de América⁸⁹, lo que incluso ha sido reflejado en sentencias de la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁹⁰, pero no parece tener un equivalente en el derecho comparado⁹¹.

El régimen del avocamiento fue modificado mediante una interpretación de la Sala Constitucional en su sentencia del caso *Sintracemento*⁹² en la que se extendió la competencia para avocarse a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia por considerar que el régimen previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se excedía al violentar el régimen de competencia por la materia. Posteriormente, estos cambios fueron incluidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁹³ (LOTSJ), que derogó la LOCSJ.

⁸⁶ Alexis Crespo Daza, ob. cit., p. 73.

⁸⁷ José Peña Solís, *El avocamiento judicial como instrumento de abuso de poder en Venezuela, a propósito de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2004*, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2004. Pp. 62, citado por Roxana Medina de Zaibert, ob. cit., p. 298.

⁸⁸ Congreso de la República de Venezuela, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976.

⁸⁹ Voto salvado del Magistrado Martín Pérez Guevara en la sentencia del caso *Xavier Anael Pacheco y otros* de fecha 15 de febrero de 1979, citado por Alexis Crespo Daza, ob. cit., p. 78.

⁹⁰ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.067 del 11 de mayo de 2000, citada por Roxana Medina de Zaibert, ob. cit., p. 299.

⁹¹ En tal sentido, ver la valiosa intervención del profesor Rafael Chavero en el seminario virtual “Avocamiento y Arbitraje”, organizado por la Asociación Venezolana de Arbitraje el 30 de abril de 2020, disponible en <https://youtu.be/6ilQyQovqqs>, consultado el 18 de julio de 2020.

⁹² Sentencia 806 del 24 de abril de 2002, caso *Sintracemento*, bajo la ponencia del Magistrado José M. Delgado Ocando. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM>, consultado el 18 de julio de 2020.

⁹³ Venezuela, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 37.942 del 20 de mayo de 2004.

Los requisitos de admisibilidad del avocamiento se encuentran previstos en el artículo 108 de la LOTSJ⁹⁴ y pueden resumirse en: (i) que el asunto curse en algún tribunal de la República, y (ii) que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios. Los requisitos de procedencia se encuentran en el artículo 107 *eiusdem* y se reducen a (i) que existan graves desórdenes procesales, o (ii) escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente a imagen del Poder Judicial, la paz pública y la institucionalidad democrática.

El resultado del avocamiento, lo que efectivamente puede ordenar la Sala que se avoque al conocimiento de un procedimiento, se establece en los artículos 106 y 109 de la LOTSJ y consta de varias opciones: (i) asumir el conocimiento del asunto, (ii) remitir el asunto a otro tribunal, (iii) decretar la nulidad y reposición del juicio al estado pertinente, (iv) decretar la nulidad de actos procesales, y (v) adoptar cualquier medida que considere idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.

La Sala Constitucional, que hasta el momento había venido avanzando en la dirección correcta – en términos generales – sobre la institución del arbitraje en el marco jurídico venezolano, incluso resolviendo correctamente algunos de los problemas más comunes en el derecho comparado, ha dado un paso en falso al iniciar el trámite de un avocamiento mediante la sentencia número 42 del 20 de febrero de 2020⁹⁵. El avocamiento fue solicitado sobre un arbitraje que se venía tramitando en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, cuyas reglas prevén la presentación previa del laudo arbitral a las partes. En este caso, al ser presentado el proyecto de laudo arbitral a las partes y recibidas las observaciones correspondientes, la parte que ya se sabía perdedora, decidió acudir a la Sala Constitucional para pedir su avocamiento, como si se tratara de un procedimiento judicial y en clara violación al

⁹⁴ Venezuela, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.

⁹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 42 del 20 de febrero de 2020, caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, bajo la ponencia de Juan José Mendoza Jover. Al momento de redactar este trabajo, la sentencia no se encuentra disponible en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Consultada en copia.

acuerdo de arbitraje que había suscrito. La sentencia no contiene una motivación que permita saber el criterio sobre el cual se fundamentó la Sala para iniciar el trámite del avocamiento, pero las decisiones tomadas en dicha sentencia constituyen una intervención judicial fuera de todo parámetro admisible en cualquier sistema civilizado de arbitraje. En efecto, la Sala decidió:

- “1. Se ORDENA al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) remitir el expediente... en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes.*
- 2. ACUERDA la SUSPENSIÓN de los actos procedimentales de la causa que sigue ... ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), ... y de los actos de ejecución, hasta que se decida el fondo del asunto.”*

Aunque la Sala no motivó su decisión, sí realizó una relación de las denuncias que la solicitante del avocamiento consideró de tal gravedad y de tal rareza que no podrían – a su criterio – ser resueltas mediante el recurso de nulidad. Estos argumentos son:

- “...para que se avoque en forma excepcional para el conocimiento del asunto, en virtud de estar en presencia de posibles violaciones de orden público constitucional acá delatados en cuanto algunos “excesos” que habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal arbitral...*
- ...sin embargo, más adelante, en etapa de sentencia, es que ocurre una subversión **procesal** cuyas dimensiones alcanza violaciones legales y constitucionales **del orden público...***
- ...se ha presentado una situación irregular que amenaza gravemente – y en general – los << **derechos constitucionales a la defensa**>>... y a la <<**tutela judicial efectiva**>>...*
- ...en virtud de la necesaria preservación de los derechos constitucionales tan elementales del derecho a la defensa, **al debido proceso (sobre yodo (sic) en cuanto al derecho a probar) y la tutela judicial efectiva...***
- ...a fines de evitar la materialización de violaciones al **orden público constitucional...**” (Destacado nuestro).*

La Sala asumió estas denuncias señalando que la solicitud de avocamiento está referida “...a una causa llevada ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA); por las supuestas irregularidades cometidas en el conocimiento de una demanda arbitral...y que conforme a lo denunciado se ha sustanciado con un “<<un grave desorden procesal>> que conduce a la flagrante violación de las garantías y derechos constitucionales aquí expuestos”.

El avocamiento no es una institución que tenga cabida en el sistema de arbitraje consagrado por la Constitución y las leyes venezolanas. El caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, que se ha resumido arriba, debió ser declarado inadmisibile por la Sala Constitucional, pues no solo violenta la doctrina de la Sala en materia de arbitraje y avocamiento, sino que no cumple con los requisitos de admisibilidad del artículo 108 arriba mencionados. En primer lugar, no existe posibilidad de asimilar un tribunal arbitral a un tribunal de la República⁹⁶, no tienen la misma naturaleza jurídica y no cabe una interpretación, por extensiva que sea, que pueda incluirlos en la estructura del Poder Judicial. En segundo lugar, las irregularidades denunciadas nunca fueron reclamadas a través de medios ordinarios, como lo sería el recurso de nulidad o incluso la defensa ante la ejecución del laudo arbitral. Como hemos visto *supra*, los elementos que tomó en cuenta la Sala para iniciar el trámite del avocamiento solicitado se refieren a presuntas violaciones a garantías procesales y al orden público que podrían ser objeto del recurso de nulidad o, en caso de no ejercerlo por considerar la onerosidad de la caución actualmente exigida – de forma ilegal e inconstitucional – como requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, pudieron haber sido alegadas para instar el rechazo judicial de la ejecución del laudo conforme a las causales previstas en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial,

⁹⁶ Esto ha sido mencionado en muchas sentencias de distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia que han dejado clara la diferencia entre Sistema de Justicia, al que pertenecen los medios alternos de solución de controversias, y el poder judicial, al que aplica un régimen legal distinto. Ver: Sentencias de la Sala Constitucional: 1.139 (5 de octubre de 2000); 1.393 (7 de agosto de 2001); 572 (22 de abril de 2005); 192 (28 de febrero de 2008); 1.541 (17 de octubre de 2008); 1.067 (3 de noviembre de 2010); de la Sala Político Administrativa: 855 (5 de abril de 2006), 722 (21 de julio de 2010); de la Sala de Casación Civil: RC 225 (21 de abril de 2008).

que reproduce, como sucede también en la Ley Modelo, las causales de nulidad del laudo.

Pero además, el avocamiento, de admitirse, no podría ser procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la LOTSJ, pues (i) no se denunciaron graves desórdenes procesales, sino aspectos relacionados con la valoración de la prueba en el proyecto de laudo arbitral, y (ii) en los términos de la solicitud descrita en la sentencia número 42 aquí comentada, no hay posibilidad de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial – es imposible al tratarse de actuaciones de un tribunal arbitral -, la paz pública o la institucionalidad democrática.

CONCLUSIONES

El recurso de nulidad no ha estado siempre presente en la historia del arbitraje. De hecho, como hemos mencionado, podría decirse que antes de la aprobación de la Ley Modelo y su adopción progresiva por las diversas jurisdicciones que lo han hecho, cada legislación podía prever un recurso distinto para impugnar el laudo, aunque prevalecía como defensa en la ejecución, lo que complicaba el escenario con el surgimiento del arbitraje internacional en el Siglo XIX, al poner de relieve la posibilidad de decisiones contradictorias en cada lugar donde se pudiera pretender ejecutar el laudo. Para la parte perdedora era mucho más conveniente contar con un solo pronunciamiento sobre la nulidad del laudo, que pudiera hacer valer en cualquier jurisdicción. La Ley Modelo ha contribuido de manera determinante a la universalidad del recurso de nulidad, pues, aunque cada jurisdicción puede mantener otros medios de impugnación del laudo arbitral, sobre todo cuando se trata de arbitrajes domésticos, la presencia del recurso de nulidad es generalizada. La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, al adoptar la Ley Modelo y tener un enfoque monista, no podía sino ajustarse a la realidad que impone el arbitraje internacional, que como ya hemos visto, encuentra serias complicaciones cuando los medios de impugnación del laudo no son uniformes. El carácter único del recurso de nulidad en Venezuela es producto del propio sistema en el que se desarrolla la legislación arbitral venezolana, que lo adoptó en su artículo 45, tantas

veces mencionado. Pero también hemos visto que hay razones de sobra, ya adoptadas por la jurisprudencia patria, para impedir la pluralidad de medios de impugnación, fundamentándose en que las partes, al comprometerse a someter sus disputas a arbitraje, lo hacen con pleno conocimiento del sistema, incluyendo las limitaciones sobre la revisión de la decisión de los árbitros y la prevalencia del principio de finalidad del laudo.

Este recurso no puede ser equiparado a una apelación. Entre las legislaciones que hemos consultado, cuando se permite una apelación es generalmente en arbitrajes nacionales, respetando la necesidad de uniformidad en los medios de impugnación del laudo internacional. Pero, además, permitir una revisión del fondo de la decisión arbitral implica que un juez sustituya la decisión de los árbitros escogidos por las partes, se obligue a la parte ganadora a ir a un tribunal ordinario y además permitir que se tergiverse el carácter expedito del arbitraje, pues a diferencia del recurso de nulidad, la apelación sí suspendería la ejecución del laudo. El argumento sobre la predictibilidad se ven compensados por la flexibilidad del procedimiento arbitral.

Por otra parte, como hemos visto, particularmente por el intento belga, la comunidad internacional de negocios no parece estar preparada todavía para renunciar a algún tipo de control judicial sobre el laudo, aunque sí es un entendimiento general que ese control debe ser limitado.

Por su parte, la utilización de la acción de Amparo o Tutela Constitucional queda viva en dos jurisdicciones: Colombia, una jurisdicción que reclama haber adoptado la Ley Modelo en lo relacionado al arbitraje internacional, permite la Tutela contra laudos domésticos y algunos autores citados *supra*, reportan que la Corte Constitucional de ese país ha aceptado recientemente el ejercicio de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales cuando la sede haya sido Colombia, mientras que El Salvador que no ha adoptado la Ley Modelo, mantiene la posibilidad del amparo contra laudo. En Venezuela, como ya hemos mencionado, lo que parecía haber sido una etapa superada, vuelve a estar en el tapete, sin que hasta ahora podamos decir definitivamente que el amparo contra laudo entra en una nueva era de procedencia contra laudos arbitrales, habrá que esperar.

Igualmente, hemos identificado jurisdicciones que permiten expresamente la apelación judicial, recurso además permitido en Venezuela para el arbitramento previsto en el Código de Procedimiento Civil, mas no para el arbitraje regulado por la Ley de Arbitraje Comercial. Todo depende del mecanismo al que se hayan sometido las partes, porque consideramos que no hay aplicación analógica posible de las normas del arbitramento en el arbitraje comercial. A diferencia de lo anterior, es posible que las partes acuerden un mecanismo de apelación arbitral, tal y como hemos mencionado arriba, porque esto no sería un mecanismo externo de impugnación del laudo, por el contrario, sería una nueva etapa del procedimiento arbitral.

Hemos visto también que existen jurisdicciones que permiten la procedencia de recursos de revisión o revocatoria – equivalentes a nuestro recurso de invalidación – sobre laudos arbitrales. No es el caso venezolano, pero es una realidad en Colombia, Costa Rica, España, Italia, Países Bajos y Suiza, cuyas legislaciones tienen por objeto facilitar la impugnación de laudos viciados desde el punto de vista probatorio o incluso de legitimidad. Consideramos que estos recursos son convenientes solo para aquellos casos muy graves en los que no se haya ejercido el recurso de nulidad. Esto sobre la base de que las causales del recurso de revisión podrían, en la mayoría de los casos, encontrar una causal equivalente para el ejercicio del recurso de nulidad, que es el más idóneo. Quedaría el recurso de revisión para casos en los que ya haya caducado el lapso para ejercer el recurso de nulidad. No es algo, sin embargo, que esté previsto en las legislaciones analizadas, solo ventajas que identificamos.

En cuanto al recurso de nulidad, la Ley de Arbitraje Comercial es bastante similar a la Ley Modelo en cuanto a las causales de nulidad del laudo. Sin embargo, el trámite del recurso presenta múltiples aspectos que se prestan a confusión debido a una redacción bastante incoherente y abstracta, que exige recurrir a mecanismos de interpretación complejos para darle el sentido adecuado y alineado con la intención del legislador. El punto de la caución para la suspensión del laudo o como requisito de admisibilidad merece una reflexión profunda y objetiva por la comunidad arbitral, porque puede estar causando más problemas que ventajas. Insistimos en que su calificación como requisito de admisibi-

lidad del laudo es producto de una interpretación de normas que no se engranan adecuadamente, pero que es posible, sin declarar la inconstitucionalidad de dichas normas, darle lo que consideramos su lugar correcto como garantía que se ofrece para el otorgamiento de una medida cautelar de suspensión de efectos del laudo arbitral y no como un requisito de admisibilidad. Lo contrario es imponer una carga arbitraria sobre el recurrente, inconsistente con los derechos de justicia gratuita, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Finalmente, luego de haber pasado por todas las razones que apuntan al recurso de nulidad como recurso único contra el laudo y las que justifican que no haya una revisión de fondo del laudo arbitral, y adicionalmente haber estudiado la naturaleza jurídica y requisitos de procedencia del avocamiento, solo hay que decir que no hay interpretación posible que permita el ejercicio de esta potestad de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia sobre un procedimiento arbitral. Es, en principio, *contra natura*, pero además, a todas luces inadmisibile. La Sala Constitucional debe mantener su doctrina en materia de arbitraje y también su doctrina en materia de avocamiento. Ninguna es favorable al avocamiento en materia de arbitraje, por el contrario, una decisión en ese sentido desconocería grandes avances que ha tenido la jurisprudencia constitucional venezolana en el desarrollo del arbitraje.