

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA¹

Claudia Madrid Martínez²

SUMÁRIO. I Notas introductorias: el arbitraje en Venezuela. II La ley de arbitraje comercial: ¿aceptación del monismo? III Internacionalidad del arbitraje. IV Problemas de derecho aplicable. IV.1 Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio. IV.2 Derecho aplicable al acuerdo arbitral. IV.3 Derecho aplicable al procedimiento arbitral. IV.4 Derecho aplicable al fondo de la controversia. V Reconocimiento y ejecución del laudo extranjero en Venezuela. VI Un balance: ventajas y desventajas del monismo. Referencias

¹ **Como citar este artículo científico.** MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Algunos comentarios sobre el arbitraje comercial internacional en Venezuela. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 71-111, maio-ago. 2023.

² Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI); Profesora de Derecho Internacional Privado y Contratación Internacional en la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: cemm26@hotmail.com

I NOTAS INTRODUCTORIAS: EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

El primer reconocimiento constitucional del arbitraje en Venezuela se verificó en 1830. En efecto, mediante una norma que se repitió en la Constitución de 1857, la Constitución de 1830 dispuso que “los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos [...] con tal que se observen las formalidades legales” (art. 190). Ese reconocimiento constitucional terminó en la Constitución de 1858, la cual inició un silencio que se mantuvo hasta la Constitución de 1961 y que fue roto por la de Constitución de 1999³, a poco más de un año de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en 1998.

La Constitución vigente empieza por entender que los “medios alternativos de justicia” forman parte del sistema de justicia (art. 253) y, luego, da la orden al legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (art. 258). Al respecto, la Sala Constitucional ha entendido que los árbitros pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, sin que ello signifique que esta forma de ejercicio de la jurisdicción esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que sean inferiores a los jueces de primera o segunda instancia del poder judicial⁴.

Para justificar la orden de promover el arbitraje contenida en el artículo 258 de la Constitución, en una decisión de 8 de febrero de 2002, la Sala Político-Administrativa de nuestro Alto Tribunal, afirmó que la excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los Tribunales y el reducido

³ *Gaceta Oficial* n. 36.860, 30 de diciembre de 1999.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia / Sala Constitucional, sentencia n.º 1139, 5 de octubre de 2000 (*Héctor Luis Quintero Toledo en amparo constitucional contra la sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de 23 de mayo de 2000*), en: <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1139-051000-00-2084%20.htm>>.

número de los juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han ocasionado retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo cual, a su vez, ha ocasionado un gran desinterés por poner en marcha la actividad jurisdiccional para restablecer el orden jurídico infringido. Por ello, se reconoce la necesidad de establecer medios alternativos de resolución de controversias, entre ellos el arbitraje, institución que permite a los particulares resolver sus controversias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, llamados árbitros, a quienes el Estado atribuye la facultad de juzgar⁵.

No obstante, llegar a semejante conclusión supuso recorrer un largo camino, en ocasiones tortuoso. Así, aunque el arbitraje ha encontrado acogida legal en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1897, solo fue con la reforma del Código en 1986⁶, que se reconoció el carácter vinculante del acuerdo arbitral⁷, de manera que ya no se admitía escapar unilateralmente a su cumplimiento. En efecto, en la exposición de motivos del Código puede leerse que el acuerdo arbitral, como cualquier otra obligación de conformidad con el artículo 1.264 del Código Civil venezolano, debe cumplirse tal como ha sido contraído⁸.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 082, 8 de febrero de 2002, (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>.

⁶ *Gaceta Oficial*, n.º 3.694, extraordinario, 22 de enero de 1986. Reformado y publicado en *Gaceta Oficial* n.º 4.196 Extraordinario, 2 de agosto de 1990.

⁷ El artículo 504 del Código de 1916, disponía que, si una de las partes se negaba a cumplir su compromiso de someterse a arbitraje, el procedimiento arbitral simplemente cesaba o no se iniciaba, según el caso.

⁸ Exposición de Motivos: “En nuestro país, la institución del arbitraje no había encontrado una franca recepción por la inocuidad de la cláusula compromisoria, la cual no tiene sanción legal alguna para el caso de su incumplimiento [...] ni procesal ni sustantiva, contra la parte que desconoce la cláusula compromisoria, y que por tanto se coloca en situación de incumplimiento del respectivo convenio, violándose con ello la norma del artículo 1.264 del Código Civil, en la que se estipula que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, siendo el deudor responsable de daños y perjuicios en caso de contravención”.

Sin embargo, el Código conservó algunas normas cuestionables, que mantienen al arbitraje anclado a esquemas procesales. Es el caso del recurso de apelación que, establecido en el artículo 611, procede contra la decisión del Tribunal que se pronuncia sobre la impugnación del acuerdo por una de las partes y que, en la práctica, fue acertadamente sustituido por el recurso de regulación de la jurisdicción⁹.

Tal como adelantamos, la Ley de Arbitraje Comercial se promulgó en 1998, y se reconoce fundamentada en la Ley Modelo de UNCITRAL –tal como los demás países latinoamericanos– y en las entonces vigentes normas colombianas sobre arbitraje (RODNER, 2000, p. 6 ss., especialmente p. 6-7). Así, nuestro legislador tomó en cuenta las disposiciones fundamentales de la Ley Modelo en algunos puntos y se separó de ella en otros. Quizá uno de los vacíos que se plantearon en primer término tuvo que ver, precisamente, con el arbitraje internacional. A este punto volveremos *infra*.

Lo que sí es necesario reconocer, desde ahora, es que la Ley significó un gran avance en materia arbitral para el sistema venezolano. En tal sentido, lo primero que habría que referir es la unificación de las nociones de cláusula arbitral y compromiso, muy bien diferenciadas en el Código de Procedimiento Civil¹⁰, y ahora arropadas bajo la expresión acuerdo arbitral, y el reconocimiento de

⁹ Así ocurrió en el caso PepsiCola. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 605, 9 de octubre de 1997. El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: Hernández-Bretón, Eugenio, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, n.º 109, p. 141 ss.

¹⁰ En el marco de nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, al diferenciarse claramente dos situaciones en las cuales las partes pueden someter sus asuntos a la decisión de un Tribunal arbitral, se da cabida a esta distinción. En este sentido, si las partes se encuentran en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa y en él expresarán las partes aquellos asuntos que deseen someter a arbitraje, si no constaren ya en juicio, además del número y nombre de los árbitros, su carácter y las facultades que les confieren y lo que se acuerde en relación con el procedimiento. La otra situación es que las partes no estuvieren en juicio, caso en el cual han de establecer su compromiso en un documento auténtico, en el cual expresarán las circunstancias antes mencionadas (art. 608 CPC). (Ver: RENGEL ROMBERG, 1999, p. 15 ss., especialmente p. 43).

sus efectos, en el sentido de entenderlo como exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 5 de la Ley.

Por otra parte, la Ley de Arbitraje establece un criterio de arbitrabilidad mucho más claro que el manejado por el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil¹¹, tanto desde el punto de vista objetivo, en el artículo 3¹², como desde el punto de vista subjetivo en el artículo 4 al referirse al arbitraje con entes del Estado¹³. Además, la Ley dispone de manera expresa los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo, en los artículos 7 y 25¹⁴, ninguno de ellos

¹¹ Art. 608, encabezamiento: “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”.

¹² Art. 3. “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;

b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;

c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;

d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.

¹³ Art. 4: “Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)”.

¹⁴ Art. 7: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

Art. 25. “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia

presente en el Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, la Ley dio un impulso importantísimo al arbitraje institucional, al establecer normas para la creación de centros de arbitraje y otorgar esa facultad creadora a las cámaras de comercio, a las universidades y a demás instituciones afines. Como resultado de ello, tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas¹⁵ –creado en 1998– como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA¹⁶ –creado en 2001– han jugado un rol fundamental en el desarrollo del arbitraje en Venezuela.

Otra cuestión para destacar tiene que ver con el establecimiento de un procedimiento bastante flexible. Cuando se observan algunas regulaciones en Derecho comparado latinoamericano, se nota cierto apego a normas procesales. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional de Colombia¹⁷, en cuyo procedimiento se puede observar cierto reflejo del proceso ordinario regulado en el Código General del Proceso¹⁸. La Ley venezolana, en cambio, asume gran flexibilidad en el proceso arbitral, hay gran respeto a la voluntad de las partes en su diseño y esa libertad se refleja, de alguna manera, en el contenido de los reglamentos de los centros de arbitraje en Venezuela.

Dentro de esta flexibilidad, se reconoce el poder cautelar del árbitro, quien, aunque requiere auxilio judicial para su ejecución,

competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora”.

¹⁵ <<https://arbitrajeccc.org/>>.

¹⁶ <<https://cedca.org.ve/>>.

¹⁷ Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012.

¹⁸ Ley 1562 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012.

puede decretar tales medidas (art. 26) y además se permitió que, por su propia voluntad, las partes puedan prescindir de la motivación del laudo (art. 30). Esto último sí dio lugar a muchas discusiones entre la doctrina y hay todavía quien sostiene que esta norma es inconstitucional puesto que la motivación es un Derecho humano y se alega la imposibilidad de controlar el laudo cuando no hay motivación (ver discusiones en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, 2016, p. 229 ss.). Cuestión esta última con la que no estamos de acuerdo pues el expediente arbitral serviría para controlar posibles vicios.

La Ley establece el recurso de nulidad como el único medio del control del laudo dictado en Venezuela y, aunque no se pronuncia sobre la posibilidad de renunciar a él, la doctrina, con alguna excepción (BORJAS, 1973, p. 85), ha afirmado que ha de atenderse a la voluntad de las partes, al menos respecto de las causales susceptibles de disposición (MEZGRAVIS; CARRILLO; SAGHI, 2013, p. 503 ss., especialmente p. 513). El Código de Procedimiento Civil establecía unas normas sobre nulidad con causales muy genéricas, mientras que la Ley establece causales taxativas, el tiempo para la interposición del recurso y la autoridad competente para conocer de él (arts. 43 a 47). La Ley, además, refiere solo dos posibilidades de control del laudo, en función del lugar en el que haya sido dictado, de manera que si el laudo fue dictado en Venezuela contra el procedería el recurso de nulidad; si, en cambio, el laudo fue dictado en el extranjero, entonces deberá ser objeto de reconocimiento y ejecución. A esto último volveremos más adelante.

Paralelamente a este desarrollo interno, Venezuela es parte de los más importantes tratados en materia de arbitraje comercial internacional. Destacan, en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)¹⁹ y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)²⁰. A estas dos convenciones especiales hemos de añadir

¹⁹ Nueva York, 1958. Publicada en *Gaceta Oficial* n.º 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

²⁰ Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional

el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros²¹ y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo)²².

II LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL: ¿ACEPTACIÓN DEL MONISMO?

Como hemos afirmado antes, la Ley de Arbitraje Comercial no se refiere expresamente al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, cuando el primer Proyecto se presentó al entonces Congreso de la República, contenía normas relativas al arbitraje comercial internacional. De hecho, en su artículo 2, el citado proyecto incorporaba la definición de arbitraje internacional en los términos del artículo 1.3 de la Ley Modelo y en su Exposición de Motivos reconocía expresamente que, “el objetivo de esta Ley es establecer normas sobre arbitraje comercial, tanto nacional como internacional [...] es crear condiciones que den seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros”. Incluso, este texto reconocía como uno de sus objetivos “abrir para Venezuela la oportunidad de ser foro de arbitrajes internacionales [...], por la vía de la adopción de reglas de arbitraje comercial internacional”²³.

Luego, por sugerencia de la Comisión Permanente de Economía de la Cámara de Diputados, el entonces Congreso de la República decidió eliminar el artículo 2 del Proyecto, en el entendido que tal eliminación no afectaba el espíritu de la Ley (SÁNCHEZ PALENCIA, 2005, p. 53). Sin embargo, este silencio constituyó un punto de separación de la Ley venezolana respecto de la Ley Modelo, y provocó que muchos autores, luego de promulgada la

Privado, Panamá, 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 33.170, 22 de febrero de 1985.

²¹ Caracas, 1911. *Gaceta Oficial* n.º 15.013, 7 de octubre de 1913.

²² Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, *Gaceta Oficial* n.º 33.144, 15 de enero de 1985.

²³ Texto reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1998, n.º 52, p. 411-413.

Ley, se preguntaran si esta regulaba el arbitraje internacional o, por el contrario, este instrumento se limitaba a la reglamentación del arbitraje interno.

Al respecto James Otis Rodner, quien fue proyectista de la Ley, afirmó que la Ley de Arbitraje Comercial se aplicaría a los arbitrajes llevados a cabo en Venezuela, fueran internos o internacionales, siendo irrelevante, a tales efectos, el lugar del domicilio de las partes o el lugar de ejecución del contrato (RODNER, 2000, p. 7). Sánquiz llegó a una conclusión semejante a partir del hecho de que la Ley no excluyó expresamente el arbitraje internacional, además recordó que el proyecto original regulaba el arbitraje internacional, razón por la cual este no debería considerarse excluido (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 55).

Maekelt, por su parte, comenzó por afirmar que la inclusión en la Ley venezolana de normas sobre la aplicación preferente de los tratados (art. 1), el lugar del arbitraje (art. 9); el idioma (art. 10); la Ley aplicable al acuerdo arbitral (49.g) y las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo (arts. 48 y 49) constituye un indicio para entender que, en efecto, nuestra Ley sí regula el arbitraje internacional. Sin embargo, la propia autora reconoce las innegables falencias de la Ley respecto del arbitraje internacional: la Ley no se ocupó de regular los temas relativos a la propia calificación de la internacionalidad del arbitraje; a la nacionalidad de los árbitros y a su recusación; al poder cautelar del árbitro en el arbitraje internacional; y, desde luego, a los temas de Derecho aplicable al arbitraje (MAEKELT, 1999, p. 273 ss., especialmente p. 291-295). Rengel Romberg (1999, p. 48-51) también fundamenta su opinión favorable a la regulación del arbitraje internacional por la Ley, en las normas sobre eficacia extraterritorial de laudos.

A pesar de algunas opiniones contrarias²⁴, en otras oportunidades nos hemos mostrado favorables a la aplicación de

²⁴ Para Guerra Hernández (2001, p. 45 ss., especialmente p. 58-59), por ejemplo, las normas referidas no son suficientes para afirmar que la Ley de Arbitraje regula el arbitraje internacional.

la Ley al arbitraje internacional²⁵. Tal posición se fundamenta en la admisión, por parte de nuestro sistema, de una regulación monista para el arbitraje, al no establecer diferencia alguna –como ocurre por ejemplo con los sistemas colombiano, argentino o uruguayo– en la regulación del arbitraje interno y el internacional (en este sentido: SANTANA PÉREZ; VILLAROEL, 2019, p. 613 ss., especialmente p. 614). Para Ochoa resulta obvia tal circunstancia (OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 241 ss., especialmente p. 246). Lo mismo puede decirse de Hernández-Bretón (2017, p. 1063 ss., especialmente p. 1.064).

III INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE

Tal como hemos afirmado, la norma que califica al arbitraje como internacional fue excluida de la versión definitiva de la Ley, lo cual ha abierto algunas discusiones en la doctrina. Al respecto, Maekelt se muestra favorable a la calificación del arbitraje como internacional, a partir de criterios amplios, tomando como ejemplo la calificación que, de arbitraje internacional, contiene la propia Ley Modelo, de manera que –afirma acertadamente Maekelt– “[...] cualquier elemento de conexión extranjero en relación a una controversia que se desea someter al arbitraje o la conexión foránea de este último son determinantes para considerarlo internacional.” (MAEKELT, 1999, p. 277).

En todo caso, en Venezuela el análisis de la internacionalidad del arbitraje pasa, necesariamente, por una referencia a la decisión de la Sala Político-Administrativa en el caso *PepsiCola*²⁶. Aunque esta decisión no se refiere directamente a la internacionalidad del arbitraje, sino más bien a la imposibilidad de acudir a arbitraje fuera de Venezuela, en los casos en los cuales la controversia verse sobre una relación de carácter doméstico²⁷, resulta esencial para nuestro

²⁵ Es la opinión que hemos sostenido en: MADRID MARTÍNEZ, 2020, p. 1267 ss., especialmente p. 1.277.

²⁶ Ver datos en nota n.º 7.

²⁷ En efecto, en esta sentencia, la Sala empieza por reconocer, a partir de los artículos II.1 de la Convención de Nueva York y 1 de la Convención de Panamá,

análisis debido a que en la misma se parte de una concepción amplia de la internacionalidad de los contratos y se admite, además, la tesis económica para realizar tal calificación.

En efecto, para calificar contrato como internacional, y así admitir la validez del acuerdo por el cual las partes decidieron someterse a arbitraje en el extranjero, la Sala se inclinó hacia una calificación amplia que exceda los límites de un análisis puramente jurídico y considere también los aspectos económicos de la situación discutida. Así, dejando un poco de lado los contactos objetivos del contrato con ordenamientos extranjeros, la Sala toma en consideración que “[...] el objeto y el renombre mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela tiene forzada incidencia en el comercio internacional”, razón por la cual, acogiendo el llamado criterio económico, consideró que se trataba de un contrato de carácter internacional, con relación al cual resultaba válida la sumisión a un Tribunal arbitral en el extranjero.

A partir de esta decisión podemos afirmar que la internacionalidad del arbitraje ha de ser considerada mediante criterios amplios entre los cuales se considera particularmente el criterio económico. Así las cosas, solo sería calificado como doméstico un arbitraje cuyos elementos estén todos ubicados en territorio venezolano.

IV PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE

Los temas de Derecho aplicable, como hemos adelantado, fueron silenciados por la Ley de Arbitraje y este silencio se ve agravado por la exclusión que hizo la Ley de Derecho Internacional Privado²⁸ de los temas relativos al arbitraje. En efecto, la Ley de

que “[...] Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio mercantil **internacional**, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje” (resaltado nuestro).

²⁸ *Gaceta Oficial* n.º 36.511, 6 de agosto de 1998.

Derecho Internacional Privado dispone, en su artículo 62, que “salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”. El artículo 47 establece los casos en los cuales la jurisdicción venezolana no podrá ser derogada a favor de Tribunales extranjeros o de árbitros que decidan en el extranjero²⁹.

Como consecuencia de este silencio, la doctrina ha propuesto soluciones al problema del Derecho aplicable en el arbitraje, echando mano, en algunos casos, de las fuentes convencionales sobre la materia. Para analizar este problema, distinguimos cuatro aspectos en el arbitraje con relación a los cuales se plantea el tema del Derecho aplicable: arbitrabilidad del litigio; el acuerdo arbitral; el procedimiento arbitral y el fondo de la controversia. Veamos.

IV.1 DERECHO APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD DEL LITIGIO

Por lo que respecta al Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio hemos de reconocer en primer lugar que, siendo esta una cuestión demasiado compleja que toca las concepciones nacionales particulares es difícil, sino imposible, fijarla con exactitud en el texto de un tratado internacional (FOUCHARD, 1965, p. 107). Por ello, a lo máximo que se ha llegado es a establecer normas de conflicto que indiquen el ordenamiento jurídico competente para llevar a cabo tal determinación. En todo caso, para dar una respuesta certera, es necesario diferenciar si la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio está siendo hecha en sede arbitral o en sede jurisdiccional³⁰.

²⁹ Art. 47. “La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

³⁰ Seguiremos en este punto nuestro trabajo Madrid Martínez, 2006, p. 79 ss., especialmente p. 86-88. Ver: Racine (1999, p. 152 ss.)

Si el problema se plantea ante el árbitro, este puede recurrir tanto a normas estatales como a normas transnacionales. Si se decide por una norma estatal, puede elegir, en primer lugar, el ordenamiento jurídico competente para regular el acuerdo arbitral; respuesta que parece sumamente lógica si consideramos el principio de separabilidad del acuerdo. No obstante, es generalmente aceptado –y según veremos *infra* nuestro sistema no escapa a ello– someter el acuerdo al Derecho elegido por las partes, y estando la arbitrabilidad ligada a nociones de orden público, otorgar competencia al Derecho seleccionado por las partes puede ir en detrimento, justamente, de una norma imperativa que declare inarbitrable el litigio (RACINE, 1999, p. 153), por lo cual se hace necesario ser sumamente cuidadoso con la elección.

El árbitro puede, en segundo lugar, recurrir al Derecho del Estado donde se esté llevando a cabo el arbitraje. Aunque la doctrina no se muestra muy de acuerdo con este criterio debido a la autonomía del arbitraje, este ha sido aplicado en varias oportunidades por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)³¹.

El criterio que parece gozar de mayor aceptación es la aplicación del Derecho del lugar de ejecución del laudo. Así se establece, al menos indirectamente, en los artículo 5.2.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá y 49.f de la Ley venezolana, al disponer la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando según el Derecho del Estado de reconocimiento considere que el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje³². Aunque absolutamente lógica, esta

³¹ Así, en el caso ICC-Nº 6106 de 1988, el Tribunal arbitral, establecido en París, aplicó el Derecho francés a la arbitrabilidad del litigio, afirmando que “*les arbitres doivent aussi étudier l’arbitrabilité à la lumière du droit du lieu de l’arbitrage où pourrait être formé un recours en annulation de la sentence*”.

³² Fouchard (1977, p. 63 ss., especialmente p. 67) por ejemplo, considera la posibilidad de aplicar acumulativamente las normas vigentes en el lugar de ejecución de la sentencia y aquellas competentes para regir el acuerdo arbitral; solución que, sin duda, tiene las complicaciones propias del fraccionamiento de la relación jurídica y la consecuente posibilidad de tener que recurrir al método de la adaptación.

solución presenta un gran inconveniente: en todo caso, el árbitro deberá considerar –adivinar– el Derecho del lugar –probable– de ejecución del laudo, so pena de dictar un laudo inejecutable. Es fácil entender la dificultad de esta solución.

Ahora bien, con el fin de evitar las complicaciones propias del funcionamiento del sistema conflictual, se ha propuesto la posibilidad de que el árbitro recurra a normas transnacionales que le ofrecerán, de manera directa, los criterios para considerar como arbitrable una controversia determinada. La patrimonialidad y la disponibilidad de los derechos en causa suelen citarse como ejemplos. Racine sugiere, incluso, la existencia de un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad que, similar al orden público en el Derecho interno, no permita derogar la jurisdicción estatal o que, similar al orden público en Derecho internacional privado, haga que el árbitro descarte un ordenamiento jurídico que considere la controversia en cuestión como arbitrable (RACINE, 1999, p. 165-166).

Por ejemplo, la limitación impuesta a las personas jurídicas regidas por un régimen de Derecho público, para acudir a la sede arbitral, se presenta como un principio generalmente aceptado. Nuestro legislador no ignoró esta circunstancia y consagró este límite en los artículos 4 y 50 de la Ley de Arbitraje Comercial imponiendo que, previa autorización, en tales casos el Tribunal arbitral esté compuesto por no menos de tres árbitros.

Finalmente, puede ocurrir que el problema de la arbitrabilidad se presente ante el juez estatal, quien deberá proceder a tal determinación, bien al momento de la ejecución del acuerdo arbitral, bien por un recurso de nulidad contra el laudo o, finalmente, con miras a su reconocimiento y ejecución. En los tres casos, el juez estará generalmente llamado a aplicar su propio Derecho. En efecto, estando la arbitrabilidad ligada a conceptos de orden público, no parece viable que el juez esté dispuesto a considerar un Derecho extranjero.

IV.2 DERECHO APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL

En la determinación del Derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral han de tomarse en cuenta, tanto los aspectos formales, como los de fondo. En lo que respecta a los temas de fondo, la doctrina, a partir de la causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo dictado en el extranjero, contenida en el artículo 49.g de la Ley venezolana, norma de conformidad con la cual, el laudo será rechazado cuando “[...] el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido”. A pesar de que la fuente de inspiración de esta norma es el artículo 36.1.a.i de la Ley Modelo, la Ley venezolana no incluyó la referencia al Derecho aplicable al acuerdo en defecto de elección, cuestión que es resuelta tanto por la Ley Modelo, como por los artículos 5.1.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá, con una remisión al Derecho del Estado en que se haya dictado el laudo. El silencio de la Ley nos conduce a afirmar la aplicación del Derecho del lugar en el cual el laudo ha de ser dictado, en calidad de principio generalmente aceptado extraído de las soluciones convencionales citadas (esta solución es aceptada en: HERNÁNDEZ BRETÓN, 1999, p. 61 ss., especialmente p. 70; SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 171).

Ahora bien, se ha admitido que la elección del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser expresa o tácita; y en el caso de la elección tácita el Derecho aplicable al fondo del arbitraje puede entrar a jugar un papel importante a pesar del principio de separabilidad del acuerdo. En efecto, tal como afirma Sánquiz Palencia, “la cláusula de elección del Derecho aplicable al contrato principal puede ser considerada como uno de los elementos que permitirán al árbitro determinar la existencia de una elección tácita del Derecho aplicable al acuerdo arbitral”. No obstante, tal como acertadamente apunta la autora, este es solo uno de los elementos a considerar; además habría que tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso de negociación y ejecución del contrato, así como las demás cláusulas contractuales (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 163).

Por otra parte, la aplicación, en ausencia de elección, del Derecho del lugar donde se dictó el laudo conduce a una interrogante: ¿dónde debe entenderse efectivamente dictado el laudo? Al respecto, algunos estiman que el laudo se dicta en el lugar en que se firma; otros, en cambio, afirman que el laudo es dictado en el lugar indicado en su propio texto, independientemente del lugar en que se hubiere firmado (ver doctrina citada en: SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 169). En Venezuela, de conformidad con la parte final del artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial, “el laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje”.

La validez formal del acuerdo, por su parte, está regulada en nuestro sistema mediante normas materiales que establecen directamente la manera en que ha de exteriorizarse la voluntad de las partes de someterse a arbitraje³³. Así, de conformidad con el artículo II.2 del Convenio de Nueva York “la expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. De forma similar la Convención de Panamá, en su artículo 1 *in fine*, entiende que “el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, dándole más importancia a la voluntad que a la forma, dispone en su artículo 6 que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito “[...] en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje [...]”. La norma también admite que el acuerdo esté en el mismo contrato o en un instrumento separado

En cuanto a la expresión “por escrito”, la jurisprudencia ha entendido, acertadamente, que la misma incluye, al lado del documento tradicional, la declaración de voluntad mediante otros medios telemáticos³⁴. Además, como una manifestación particular

³³ El recurso al método conflictual en esta materia ha sido muy criticado por resultar artificial e inconveniente. Ver: Gaillard; Savage (1999, p. 369).

³⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud*

del principio de equivalencia funcional reconocido en el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas³⁵, en el caso UNISEGUROS se dejó claro que el acuerdo puede provenir de un intercambio de mensaje de datos³⁶.

El propio artículo 6 establece, además, un elemento importante: la protección en contratos de adhesión, en los cuales el acuerdo debe expresarse de manera separada. En efecto, para garantizar que el acuerdo incluido en un contrato predeterminado por una sola de las partes sea fruto de la expresión de la voluntad libre y sana de la parte que acepta el contrato y que no se trata de una imposición, la Ley requiere que el acuerdo se pacte en un documento separado del contrato. Con fundamento en esta norma, el Tribunal Supremo ha rechazado acuerdos arbitrajes contenidos en conocimientos de embarque³⁷.

IV.3 DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Tal como ocurre con el acuerdo de arbitraje, la determinación del Derecho aplicable al procedimiento arbitral también depende de

de revisión de la sentencia n.º 687 de la Sala Político-Administrativa de 21 de mayo de 2009), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>>.

³⁵ *Gaceta Oficial* n.º 37.148, 28 de febrero de 2001.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 01300, 8 de octubre de 2014, (*Aseguradora Nacional Unida UNISEGUROS, S.A. c. Americana de Reaseguros, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/169515-01300-81014-2014-2013-0133.HTML>>.

³⁷ “[...] aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos [...]”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1252, 30 de mayo de 2000 (*Corporación El Gran Blanco C.A. vs. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01252-300500-15341%20.HTM>>. En sentido similar, aunque en referencia a una cláusula de elección de foro: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1359, 13 de junio de 2000 (*Molinos Carabobo C.A. (Mocasa) vs. Filippou Filippou*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01359-130600-14878%20.HTM>>.

las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En efecto, de conformidad con el artículo 49.c de la Ley de Arbitraje, se podrá negar el reconocimiento o la ejecución del laudo “cuando la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se efectuó el arbitraje”. Esta norma se ajusta relativamente a los artículos 5.1.d de las Convenciones de Nueva York y Panamá. Estos últimos refieren una posibilidad omitida por la Ley venezolana: que la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral hayan sido diseñados por las partes en el acuerdo arbitral, de manera que si estos no se ajustan al acuerdo también habrá lugar a negar el reconocimiento o ejecución.

En definitiva, en Venezuela se acepta que el procedimiento arbitral, incluida la composición del Tribunal arbitral, pertenecen al terreno de la voluntad de las partes (SÁNCHEZ PALENCIA, 2005, p. 204-205) quienes en uso de esa facultad pueden, bien establecer directamente el procedimiento, bien elegir el Derecho aplicable al mismo. En defecto de esta elección es que podrá recurrirse al Derecho del lugar del arbitraje. Sin embargo, Hernández Bretón sostiene que es poco probable que un Tribunal venezolano reconozca o ejecute un laudo arbitral extranjero si el procedimiento arbitral no respeta las normas imperativas del Estado en el que se llevó a cabo el arbitraje y, añade, que el acuerdo de las partes también estará limitado por esas normas imperativas del lugar del arbitraje (HERNÁNDEZ BRETÓN, 2017, p. 1.070).

IV.4 DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

En materia de Derecho aplicable al fondo de la controversia, la Ley se conformó con reproducir, en el artículo 8, la parte final del artículo 25 de la Ley Modelo, ordenando al árbitro tener siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres del lugar, pero no hace referencia al Derecho aplicable, lo cual habría sido ciertamente conveniente. No obstante, hemos de destacar la ayuda de las disposiciones correspondientes de los reglamentos

de los centros de arbitraje. En efecto, tanto el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2016)³⁸ como el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA (2020)³⁹ facultan a las partes para designar el Derecho aplicable y en ausencia de elección, ambos admiten la aplicación del Derecho que el Tribunal arbitral considere más “apropiado”. Además, ambos ordenan tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables.

Gonzalo Parra Aranguren ha interpretado el silencio de la Ley como una admisión de la posibilidad para los árbitros de “decidir el caso como consideren más apropiado” (PARRA ARANGUREN, 2000, p. 57 ss., especialmente p. 68). Sánquiz Palencia, por su parte, se muestra favorable a la aceptación de la autonomía conflictual, tanto en materia de obligaciones contractuales, como en el caso de obligaciones extracontractuales. La autora fundamenta su opinión en la consideración de la autonomía conflictual como un principio de general aceptación en el Derecho comparado. Además, tratándose de una elección mediante una cláusula contractual, esta estaría cubierta por el ya citado artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 140).

³⁸ Art. 59. “Normas Jurídicas Aplicables al Fondo del Litigio. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables”.

³⁹ Art. 34. “Normas aplicables al fondo de la controversia

34.1. El Tribunal Arbitral aplicará al fondo de la controversia el derecho que las partes hayan convenido. Si las partes no convinieren en el derecho aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho que juzgue apropiado.

34.2. El Tribunal Arbitral decidirá en equidad (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello, y si el derecho aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

34.3. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles de general aceptación aplicables al caso”.

V RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO EXTRANJERO EN VENEZUELA

Entender el funcionamiento de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos en Venezuela pasa, necesariamente, por la determinación de los laudos que pueden ser objeto de tal reconocimiento. En este sentido, la Ley Modelo parte de la diferencia entre laudos internacionales y los laudos internos, pues este instrumento tiende a un tratamiento uniforme de los laudos arbitrales, independientemente del país en el cual hayan sido dictados, “en consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos ‘internacionales’, sean ‘extranjeros’ o ‘nacionales’, deberían regirse por las mismas disposiciones” (NACIONES UNIDAS, 2008, p. 39-40).

Es necesario tener en cuenta que, si entendemos que la Ley venezolana asume la concepción de la Ley Modelo, estaríamos en un escenario semejante al que plantean los sistemas colombiano y argentino, de manera que los laudos dictados en Venezuela en un arbitraje internacional serían susceptibles de reconocimiento y ejecución, en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no creemos que los laudos dictados en Venezuela para resolver arbitrajes internacionales, en los términos antes señalados, puedan ser objeto de reconocimiento. En nuestra opinión –y así lo hemos afirmado *supra*–, la Ley marca una línea fundamental al establecer que solo hay dos posibilidades para controlar el laudo: el recurso de nulidad si el laudo se ha dictado en Venezuela, y el reconocimiento y la ejecución si se ha dictado en el extranjero (MADRID MARTÍNEZ, 2020, p. 1.276).

De hecho, al referirse al Acuerdo Boliviano, Parra Aranguren destacó la importancia de que se tratase de un laudo dictado fuera de Venezuela. En efecto, entender que es necesario que la decisión a reconocer sea dictada en el extranjero –afirma el autor–

[...] tiene particular importancia respecto de los laudos arbitrales por cuanto, desde una perspectiva teórica, su extranjería [entendemos

que en el sentido de internacionalidad] puede depender de uno cualquiera de los siguientes elementos: la nacionalidad de los árbitros; la nacionalidad o el domicilio de las partes; el lugar del arbitraje; la ley aplicable al procedimiento arbitral o el objeto de la controversia. De todas las anteriores posibilidades fue escogido el lugar de su pronunciamiento como determinante para la vigencia del Convenio (PARRA ARANGUREN, 1976, p. 49).

La limitación del reconocimiento y la ejecución a que se refiere el artículo 48 de la Ley al caso de los laudos dictados en el extranjero se fundamenta en que, tal como afirma Escovar Alvarado, el derecho a recurrir consagrado por el artículo 49 de la Constitución de la República, no es extensible al resultado de los procedimientos llevados ante autoridades –judiciales o arbitrales– localizadas en el extranjero. Ello a pesar de que, según señalaremos más adelante, en Venezuela se haya admitido el recurso de amparo contra laudos dictados fuera de nuestro país (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 783 ss., especialmente p. 785).

Nuestra Ley se separa, entonces, de la idea asumida por la Ley Modelo que distingue el arbitraje interno del internacional y se centra, más bien, en el lugar donde se dicta el laudo, distinguiendo entre laudos nacionales y laudos extranjeros. En Venezuela, autores como Maekelt (1999, p. 292), Rodner⁴⁰ y Hung Vaillant (2001, p. 323), se han mostrado favorables a esta interpretación.

No obstante, otros autores admiten la posibilidad de aplicar estas normas sobre reconocimiento y ejecución a los laudos dictados en Venezuela, en los casos en que se trate de arbitrajes internacionales, y fundamentan su opinión en el artículo I.1 de la Convención de Nueva York (OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 248), pues esta norma, luego de disponer la aplicación de la Convención a “[...] sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias[...]”, admite que también podrá aplicarse a “[...] las sentencias arbitrales que no

⁴⁰ “Les sentences rendues dans des arbitrages tenus en dehors du Venezuela sont considérées comme des sentences étrangères.” (RODNER, 2000, p. 8).

sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, lo cual se ha entendido, justamente, como una referencia a los laudos dictados, en el Estado de reconocimiento, con ocasión de arbitrajes internacionales.

En nuestra opinión esta posibilidad encontraría un obstáculo en el hecho de que Venezuela, cuando adhirió la Convención de Nueva York, hizo una declaración de manera que “[...] solo aplicará la presente Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante”⁴¹. Esta declaración es reconocida en el caso PepsiCola, cuando el juzgador declara que, en Venezuela, la Convención de Nueva York se aplica únicamente a sentencias arbitrales extranjeras, entendiendo por tales “las dictadas en el territorio de otro Estado contratante”.

Esta declaración, si bien referida al ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, es demostrativa de la posición del Estado venezolano respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, lo cual es de hecho reafirmado en el caso PepsiCola, con lo cual, hemos de concluir que Venezuela se separó en este aspecto de la Ley Modelo y que, en nuestro país, solo los laudos extranjeros –los dictados fuera de Venezuela– son susceptibles de reconocimiento y ejecución en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Ahora bien, la Ley venezolana acepta la procedencia de un reconocimiento automático del laudo arbitral. La aceptación de tal reconocimiento automático conjuga, por una parte, el principio pro arbitraje que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente en Venezuela, y, por la otra, el llamado derecho al reconocimiento, ampliamente conocido en materia de sentencias judiciales y que no debería haber problema en aceptar en materia de arbitraje. Veamos.

En primer lugar, el principio pro arbitraje parte de la

⁴¹ En sentido similar se pronuncia Hernández Bretón (2017, p. 1.064), para quien “a *‘foreign arbitral award’ is an award issued in the territory of a contracting State other than the State in which recognition is sought*”.

concepción de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo, según la cual existe un derecho fundamental al arbitraje, es decir, el arbitraje no es un mero descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino que es una herramienta fundamental que contribuye a garantizar el derecho a una tutela efectiva. El arbitraje no es excepcional, es una forma de administración de justicia, con lo cual las partes tienen derecho a someterse a un proceso arbitral que sea accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones o formalismos inútiles. El arbitraje está, de alguna manera, vinculado al artículo 26 de la Constitución y garantiza administración de justicia. No obstante, aclara la Sala, el reconocimiento de este principio no implica, en modo alguno, promover un sistema de sustitución de la jurisdicción ordinaria⁴².

El arbitraje, ha reconocido la Sala Constitucional “[...] es un derecho fundamental de rango constitucional. Se trata del tema del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia y a la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”⁴³.

Con estas reflexiones, el alto Tribunal reconoce el rol del arbitraje como un vehículo para garantizar la tutela efectiva.

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 192, 28 de febrero de 2008, (*Bernardo Weininger et al., en nulidad por inconstitucionalidad del artículo 87, ordinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>>.

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0702, 18 de octubre de 2018, (*Centro de Arbitraje de la Cámara De Caracas, remisión de copia certificada del laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016 por instrucciones del Tribunal Arbitral, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 25.12 y 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la desaplicación por control difuso del literal “j” del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, que prohíbe el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>>.

Pero tengamos en cuenta que esa tutela no solo se brinda en la etapa de decisión, es decir, al permitir al árbitro cumplir con la función jurisdiccional de conocer y decidir las controversias que le sean planteadas. La tutela también puede brindarse en sede de reconocimiento (tal es la expresión utilizada por VIRGÓS SORIANO; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2000, p. 30), al admitirse la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, incluso cuando tales situaciones vengan constituidas o reconocidas por un laudo arbitral. Con fundamento en esta necesidad, los diversos ordenamientos jurídicos han construido sistemas que permiten la circulación de decisiones y laudos extranjeros, sin dejar de lado la protección de su propio sistema.

Así las cosas, la circulación de los laudos –entendida siempre como más sencilla que la circulación de sentencias judiciales, siendo incluso calificada como una de las ventajas del arbitraje– materializa también la tutela en sede de reconocimiento, con lo cual, tal como ocurre en materia de eficacia extraterritorial de sentencias, ha de entenderse que, una vez proferido el laudo arbitral, las partes tienen derecho a que el mismo sea reconocido en Estados distintos de aquel en el cual fue proferido.

En nuestra opinión, siendo que mediante el arbitraje se alcanza también la tutela efectiva de los derechos de las partes, no debe haber problema en trasladar el principio del derecho fundamental al reconocimiento de las sentencias extranjeras a los laudos arbitrales dictados en el extranjero. La admisión de un derecho al reconocimiento en materia de laudos arbitrales, como hemos adelantado, fundamenta el reconocimiento automático establecido en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Ahora bien, ese reconocimiento automático implica que el laudo se entiende como “vinculante e inapelable”. Que el laudo sea vinculante implica, para utilizar los términos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, que una vez dictado y notificado a las partes este será de obligatorio cumplimiento para ellas, “[...] como si se tratara de una sentencia judicial venezolana” (MEZGRAVIS, 1999, p. 205

ss., especialmente p. 212). Es importante tener en consideración que cuando las partes aprueban un acuerdo arbitral, no solo se comprometen a ir a arbitraje, sino que también se obligan a cumplir lo que decide el Tribunal arbitral. Este carácter vinculante, como hemos dicho, no depende de un procedimiento previo de reconocimiento.

Que sea inapelable supone que contra el laudo no cabe recurso alguno. Tengamos en cuenta que ni el recurso de nulidad, ni la revisión de los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley a los efectos de la ejecución del laudo, implican una revisión de la decisión de fondo. Sin embargo, estando el arbitraje fundamentado en la voluntad de las partes, cuya fuerza alcanza incluso el diseño del procedimiento, es perfectamente posible que las propias partes decidan que el laudo será apelable, sea ante una instancia judicial, sea ante una instancia arbitral⁴⁴. El propio Tribunal Supremo, en Sala Civil, ha reconocido que “[...] el laudo que le ponga fin [a la controversia], si fuere de derecho, será inapelable, salvo pacto en contrario”⁴⁵.

Así, en primer término, si las partes lo deciden, el laudo puede ser apelable ante la jurisdicción ordinaria. Tal supuesto es reconocido cuando el artículo 321.4 del Código de Procedimiento Civil⁴⁶ dispone que el recurso de casación puede proponerse “contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales [...]”, cuando se cumplan los requisitos relativos a la cuantía. En segundo término, los cuestionamientos referidos a la no garantía de una segunda instancia en materia arbitral, han dado cabida a algunas opiniones favorables a la admisión de la llamada segunda instancia arbitral, la cual, desde luego, también dependería, exclusivamente, de la voluntad de las partes (RODRÍGUEZ, 2019, p. 1.259 ss.). La admisión de esta posibilidad vendría a constituir

⁴⁴ En tal sentido se han pronunciado, Hung Vaillant (2001, p. 215); Mezgravis (1999, p. 211).

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 82, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor; C.A. contra Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>.

⁴⁶ *Gaceta Oficial* n. 4.209, Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

una garantía contra los errores cometidos por los árbitros y limitaría el control de los laudos a una instancia también arbitral, lo cual, en definitiva, fortalece el arbitraje.

Pero siendo la voluntad de las partes el fundamento para la procedencia del recurso de apelación contra el laudo arbitral – sea en sede judicial, sea en sede arbitral– en ausencia de esta ha de entenderse que el laudo es inapelable y la única forma de impugnación es el recurso de nulidad para los laudos dictados en Venezuela o la negativa de ejecución para los laudos dictados en el extranjero.

Ahora bien, reconocido el laudo arbitral dictado fuera de Venezuela, sin requerir procedimiento alguno, la parte interesada en su ejecución puede solicitarla directamente. Así lo dispone el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana cuando, luego de establecer que el laudo, cualquiera que sea el país en el que se haya dictado, será reconocido en Venezuela como vinculante e inapelable, dispone que el mismo será ejecutado, sin requerir exequátur –lo cual fue celebrado por la doctrina y calificado como “[...] uno de los grandes aportes de la Ley de Arbitraje Comercial [...]” (MAEKELT, 1999, p. 289). Ahora la ejecución procederá “[...] tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente [...], según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias”. Así, a diferencia del reconocimiento que, como hemos afirmado, procede de manera automática, la ejecución requiere de un trámite calificado como muy sencillo por la doctrina (HUNG VAILLANT, 2001, p. 323).

Tal procedimiento inicia con la solicitud hecha al Tribunal competente, la cual deberá estar acompañada de una copia del laudo certificada por el Tribunal arbitral, traducida al castellano, si fuere el caso. Debemos reconocer mucha mayor flexibilidad en el artículo 48 que en la versión de 1985 del artículo 35.2 de la Ley Modelo que exigía “[...] el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje [...] o copia debidamente certificada del mismo”. Esta

rigidez, desechada por la Ley venezolana, fue corregida en la revisión de 2006 de la Ley Modelo, que solo exige el original o copia del laudo y, si fuere necesario, una traducción del mismo. Según se lee en la Nota Explicativa, con este cambio se buscó “[...] liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje” (NACIONES UNIDAS, 2008, p. 40).

Otro cambio que destaca entre las dos versiones del artículo 35.2 de la Ley Modelo tiene que ver con la necesidad de traducción. En efecto, mientras la versión de 1985 exigía una “traducción debidamente certificada” al idioma oficial del Estado de reconocimiento, la versión de 2006 se conforma con “una traducción del laudo a ese idioma”, con lo cual parece haberse dejado de lado el carácter certificado de la misma. El artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, requiere que el laudo esté acompañado de una “traducción al idioma castellano si fuere necesario”. Esta redacción de nuestra Ley parece sugerir que una traducción simple sería suficiente. Sin embargo, es muy probable que el juez, con fundamento en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, ordene que la traducción sea hecha por un intérprete público, o que, en defecto de este, sea hecha por un traductor nombrado por él, “quien prestará juramento de traducir con fidelidad su contenido”.

Bien, el procedimiento, tal como lo ordena el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, se sigue de conformidad con las reglas sobre ejecución de sentencias del Código de Procedimiento Civil, con la particularidad de que en este proceso la parte contra la cual obra el laudo, o el propio juez de oficio en los casos permitidos, pueden alegar algunas de las causales para su negativa contenidas, según sea el caso, en la Convención de Nueva York, en la Convención de Panamá o en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

La pregunta que nos hacemos en este punto es –considerando que este no es un procedimiento de exequátur, sino un procedimiento de ejecución llevado por un Tribunal de instancia– si contra esa

sentencia que ordena la ejecución del laudo arbitral dictado en el extranjero, o que la niega por verificarse alguna de las causales para ello, procede algún recurso. Escovar Alvarado, luego de reconocer el silencio del sistema sobre este punto, pone de manifiesto el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia ha rechazado, tradicionalmente, recursos contra decisiones que se pronuncien sobre la validez de laudos arbitrales⁴⁷. El fundamento de estas decisiones, tal como destaca el autor es la celeridad y simplicidad que deben caracterizar al arbitraje (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 793).

Henríquez La Roche, por el contrario, parte de la idea según la cual, una decisión que niegue ejecución al laudo arbitral causa un gravamen irreparable y, por tal razón debe ser objeto de recursos ordinarios –apelación– y extraordinarios –casación. Además, el autor se fundamenta en que de conformidad con el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, “de toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario” y no existe, en materia de arbitraje, una disposición especial en contrario. Además, no sería lógico –sostiene Henríquez La Roche– dejar en manos de un Tribunal de primera instancia, la suerte de un arbitraje internacional (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, p. 325). Escovar Alvarado se muestra de acuerdo con esta posición y añade que la garantía de doble instancia apuntala la posibilidad de recurrir una decisión que niegue reconocimiento o ejecución a un laudo arbitral dictado en el extranjero (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 793).

⁴⁷ Escovar Alvarado cita las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 082, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 00874, 13 de agosto de 2004 (*Promotora E.P. 1697, C.A. c. Asociación Civil El Carrao*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RH-00874-130804-04574.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 01314, 9 de noviembre de 2004 (*Operaciones FF, C.A. contra sentencia dictada en el juicio seguido en su contra por Valores Venafin, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-01314-091104-031031.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 00454, 29 de junio de 2006 (*Tensaven y Anclajes Venezolanos C.A. c. Giovanni Boldrin*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RH-00454-290606-06396.HTM>>.

Aceptar esta tesis nos obliga a replantearnos las bondades de la eliminación del exequátur para hacer el control de los laudos dictados fuera de Venezuela. Entendemos que, sin duda, la ausencia de una disposición que excluya la procedencia de recursos en este caso daría paso a la aplicación del artículo 288 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, lo mismo podría decirse de la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de nulidad contra un laudo dictado en Venezuela y hemos visto como el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario. En todo caso, pensando en una futura reforma de la Ley de Arbitraje, sería conveniente excluir expresamente el recurso de apelación en estos casos.

VI UN BALANCE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MONISMO

Luego de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y, especialmente, luego del reconocimiento constitucional del arbitraje, ha surgido cierta tendencia en las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia judicial que, con la integración de lagunas de la Ley y la interpretación de sus normas ha ido construyendo un sistema que tiende a favorecer el arbitraje y a respetar la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo. Aunque muchas de estas interpretaciones se han dado en el orden del arbitraje interno, la naturaleza monista de la Ley ha permitido al arbitraje internacional aprovecharse de ellas. Examinemos brevemente algunas de las ventajas y desventajas de esta tendencia.

En primer lugar, debemos reconocer que el haber dejado de lado toda mención expresa del arbitraje comercial internacional, entendiéndolo incluido en la regulación de la Ley, condujo a obviar la regulación de aspectos fundamentales como el relativo al Derecho aplicable, ya comentado, y también cuestiones procesales como la excepción de arbitraje y, en general, los efectos del acuerdo arbitral sobre la jurisdicción ordinaria.

No obstante, podría decirse que, al menos de un tiempo a esta parte, han sido más las ventajas. En efecto, el Alto Tribunal

ha reconocido que el arbitraje es un mecanismo independiente que además tiene remedios naturales de control, lo cual es de gran importancia, porque ha contribuido a desechar la idea de sustituir el recurso de nulidad del laudo arbitral, e incluso la denegación de reconocimiento y ejecución, por la acción de amparo. Tengamos en cuenta que, en Venezuela, recién entrada en vigencia la Ley de Arbitraje, se intentaron acciones de amparo, no solo contra laudos, sino también contra diversas actuaciones de los árbitros durante el proceso arbitral. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Venezolana de Televisión*, cuando la Sala Político-Administrativa admitió, en diciembre de 2001, una acción de amparo contra un acta de misión de un Tribunal arbitral y ordenó la citación de los árbitros⁴⁸. O en el caso *Consortio Barr*, en el que se admitió un amparo contra el laudo parcial que decidió la competencia del propio Tribunal arbitral y decidió algunas medidas cautelares⁴⁹. Quizá el caso más llamativo en esta materia fue el caso Castillo Bozo en el cual un Tribunal superior, en abril de 2013, decidió la acción de amparo contra un laudo dictado en sede de la Comisión Interamericana de Arbitraje por violación de orden público y anuló el laudo⁵⁰.

Lo que queremos destacar con la admisión de este principio pro arbitraje es que una de sus consecuencias fundamentales ha sido desechar esta idea de usar el amparo, cuando el recurso natural de control de los laudos dictados en Venezuela es el recurso de nulidad y

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2979, 18 de diciembre de 2001, (*Venezolana de Televisión*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/02979-181201-01-100.HTM>>.

⁴⁹ Esta decisión del Tribunal arbitral suscitó una cadena de acciones, incluida la de amparo ante Tribunales venezolanos que terminó, al menos en lo que al amparo se refiere, con la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2635 de 19 de noviembre de 2004 (*Consortio Barr, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2635-191104-04-0163%20.HTM>>. Ver resumen del caso en: Hernández Bretón (2010, p. 389 ss., especialmente p. 399-401).

⁵⁰ Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia 22 de abril de 2013, Gabriel Castillo Bozo, en amparo constitucional contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, conforme a las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), el 13 de noviembre de 2012.

en el caso de los laudos dictados en el extranjero, el reconocimiento. Admitir el amparo contra laudo es violatorio del artículo 6 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁵¹ que establece que el amparo solo procede cuando no hay un recurso contra la decisión en cuestión.

Así lo ha reconocido la Sala Constitucional⁵², órgano que ha criticado en reiteradas oportunidades lo que ha llamado la “[...] 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”⁵³.

⁵¹ *Gaceta Oficial* n.º 34.060, 27 de septiembre de 1988.

⁵² Ante una acción de amparo interpuesta, la Sala Constitucional, luego de ratificar que “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad” (art. 43 LAC), afirmó que para que pueda prosperar una acción de amparo contra el laudo, es necesario haber agotado el recurso natural de impugnación de la decisión de que se trate, en este caso, el recurso de nulidad. De tal manera, la Sala concluye estableciendo que “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 inadmisibles [...], 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”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 827, 23 de mayo de 2001, (*Grupo Inmensa, C.A. y la Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/827-230501-00-3203%20.HTM>>.

⁵³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008 (*Hildegard Rondón De Sansó, Álvaro Silva Calderón et al., recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>>. Expresión que vuelve a ser citada en: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 462, 20 de mayo de 2010, (*Gustavo E. Yélamo Lizarzábal en amparo contra el laudo emanado del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el 11 de junio de 2009 y notificado el 3 de julio del 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>>.

Esta tendencia general favorable al arbitraje se encontró, sin embargo, con un obstáculo bastante peligroso y que ha sido denunciado por la doctrina en Venezuela. En efecto, en sentencia de febrero de 2020, la Sala Constitucional decidió, ante la solicitud de una de las partes, solicitar al CEDCA el expediente arbitral, suspender el procedimiento y avocarse, ello por considerar la posible violación de garantías constitucionales, en particular, la soberanía alimentaria⁵⁴.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha ratificado el poder cautelar del árbitro, admitiendo que el auxilio judicial es solo para la ejecución, en cuyo caso ese auxilio es imperativo. Pero fuera de la ejecución, el árbitro tiene plena competencia para examinar los requisitos de procedencia de la medida⁵⁵. En el caso de las medidas anticipadas, la jurisprudencia ha sostenido que en vista que el Tribunal arbitral se constituye luego de entregada la solicitud de arbitraje, si las partes llegaran a necesitar una medida cautelar antes de la instalación de ese Tribunal, pueden acudir para ello a la jurisdicción ordinaria, sin que ello implique, de ninguna manera, una renuncia a la justicia arbitral. Esta actuación no se traduce en que la parte se esté sometiendo a la jurisdicción ordinaria⁵⁶.

⁵⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0042 (*Alimentos Polar Comercial, C.A. (Antes Denominada Promesa)*). En este momento, la decisión completa no está disponible en la página oficial del Tribunal Supremo, pero puede verse en: <<https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2020/03/SC-N%C2%BA-042-20-02-2020.pdf>>.

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia n.º 2161, 10 de octubre de 2001, (*Arpigra Concesiones Viales, C.A. c. Gobernación del Estado Falcón*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02161-101001-01-0539.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia n.º 1951, 11 de diciembre de 2003 (*Tim International, N.V. c. Venconsul N.V.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01951-111203-2003-1005.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010 (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud de revisión de la sentencia n.º 687 de la Sala Político Administrativa de 21 de mayo de 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>>.

⁵⁶ “Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo”. Ver: Tribunal

Se ha reconocido, además, que el arbitraje puede dotar al sistema de la posibilidad de dictar medidas anticipadas. Un ejemplo de esto es el Reglamento del CEDCA que admite la posibilidad de nombrar un árbitro de emergencia que se pronuncie sobre la procedencia de la medida cautelar antes del nombramiento de los árbitros que conocerán de la controversia⁵⁷.

La jurisprudencia también ha sido clara en la aceptación de los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo arbitral⁵⁸ y ha dado un paso más allá. En efecto, la disposición contenida en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, que insta al juez a remitir a las partes a arbitraje a menos que compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, ha hecho que los Tribunales se pregunten hasta qué punto puede llegar el juez en el análisis del acuerdo sin violar el principio de *Kompetenz-*

Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

⁵⁷ Reglamento de Conciliación y Arbitraje, 2020, art. 38.2: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgencia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directorio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle”.

⁵⁸ “[...] la Sala [Constitucional] ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

-*Kompetenz* y su respuesta ha sido, que el Tribunal solo puede hacer una verificación sumaria. Así, el juez debe limitarse a comprobar el carácter escrito del acuerdo, y no puede pronunciarse sobre los posibles vicios del consentimiento de las partes a la hora de suscribir el acuerdo arbitral, porque esa es competencia exclusiva del árbitro⁵⁹. Solo si el juez comprueba que no hay un acuerdo por escrito puede reafirmar su jurisdicción, en caso contrario, debe declinarla y remitir a las partes a arbitraje.

Otra cuestión importante tiene que ver con la renuncia tácita al arbitraje. Algunas sentencias se han dedicado a interpretar el artículo 45 de la Ley de Derecho internacional privado⁶⁰, en el sentido de entender que si las partes que, aun habiendo previamente acordado ir a arbitraje, deciden acudir a la jurisdicción ordinaria, además de someterse a esta, están renunciado tácitamente al arbitraje. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que hay renuncia tácita al arbitraje cuando, habiéndose recurrido a la vía judicial, el

⁵⁹ “[...] a juicio de esta Sala el alcance de la voz ‘compruebe’ denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma [...], que la misma no pueda comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento. No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a **(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito**” (negrita en el original). Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

⁶⁰ Art. 45: “La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.

demandado acude a juicio y no opone la cuestión previa de falta de jurisdicción consagrada en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, alegando la existencia de un acuerdo de arbitraje y sometiéndose al conocimiento del Tribunal ordinario. Tal renuncia se puede dar, bien porque la parte demandada solicite la declaratoria sin lugar de la demanda, contestando el fondo de la misma, bien reconviniendo o, incluso, habiendo quedado confesa (confesión *fiecta*). También se considerará como renuncia tácita cuando se haya opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, pero no se haya hecho mediante el mecanismo procesal adecuado⁶¹.

Con esta interpretación de la renuncia tácita al arbitraje y sobre la base del principio *Kompetenz-Kompetenz*, la jurisprudencia ha construido la excepción de arbitraje –reconocido como un vacío de la Ley. En efecto, las diversas salas del Tribunal Supremo han afirmado que para que prospere la excepción de arbitraje es necesario que, luego del examen sumario al acuerdo arbitral al que hicimos referencia antes, el juez compruebe que hay un acuerdo por escrito y que existen conductas procesales de las partes orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse a arbitraje. Este segundo requisito, que tiene que ver con la conducta de las partes, implica, en primer lugar, que no haya una renuncia tácita al arbitraje y, por otra, que no haya fraude procesal. Si se verifican estos requisitos, entonces el Tribunal venezolano se ve obligado a declinar su jurisdicción y dejar que las partes vayan a arbitraje, según fue su voluntad original⁶².

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2831, 12 de diciembre de 2006 (*Tanning Reserch Laboratories, INC. c. Hawaiian Tropic de Venezuela, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/12-85233-2006-1605-007.HTML>>.

⁶² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1209, 20 de junio de 2001 (*Hoteles Doral C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 832, 12 de junio de 2002 (*Inversiones San Ciprian, C.A. e Inversiones Mill's, C.A. c. Ciudad Comercial Portamar, C.A. [C.C.P.]*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00832-120602-02-0365.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2831, 12 de diciembre de 2006, cit.

Quizá el paso jurisprudencial más importante tiene que ver con aceptar que, si el arbitraje forma parte del sistema de administración de justicia, el árbitro puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley. Debemos aquí mencionar la sentencia de la Sala Constitucional a la que se sometió el examen de un laudo dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, el 15 de septiembre de 2016, que desaplicó el artículo 41.j de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial que prohíbe el arbitraje y el fundamento de tal desaplicación fue que esa norma es contraria al artículo 258 de la Constitución que obliga al legislador a promover el arbitraje⁶³. La Sala Constitucional calificó esa obligación como un “imperativo categórico” y resaltó la diferencia, que ya se había venido dibujando en la jurisprudencia, entre las materias en las cuales está interesado el orden público y la arbitrabilidad de la causa⁶⁴. La Sala aclaró que el árbitro puede conocer de la controversia, aunque sea de orden público, pero lo que no puede hacer es desconocer las normas de protección de débiles jurídicos. Con ello también reconoce la Sala que una cosa es la autoridad que conoce del asunto y otra el Derecho material aplicable a la controversia.

Así, se consideró que la prohibición de ir a arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario para uso comercial es contraria a la obligación del legislador de promover el arbitraje, pero el árbitro debe aplicar las normas de protección del arrendatario como débil jurídico, porque el acuerdo arbitral no supone la renuncia a derechos y garantías establecidas en la ley. La sentencia da un paso más allá y reconoce que el arbitraje está llegando a terrenos que en principio le estaban vedados, es el caso del arrendamiento para uso comercial.

⁶³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0702, 18 de octubre de 2018, cit.

⁶⁴ Al respecto, la Sala Constitucional ha afirmado, que “para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

En definitiva, el árbitro, como parte del sistema de administración de justicia, puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley.

En relación con el recurso de nulidad, es difícil conocer el contenido de las decisiones que lo resuelven porque está en manos de Tribunales de instancia. Pero conforme a aquellos recursos a los que hemos podido tener acceso, hemos de destacar algunos puntos. En primer lugar, la nulidad solo procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, por ello no se admiten interpretaciones extensivas ni por analogía. En segundo término, el recurso de nulidad no es una apelación sobre el fondo, lo cual se deriva del carácter taxativo de las causales. Así, el juez de nulidad no va a volver a revisar la decisión del árbitro, se va a limitar a verificar que no se den las causales del artículo 44. En tercer término, vinculado con el principio pro arbitraje, se ha dejado muy en claro que el recurso de nulidad no es sustituible por la acción de amparo.

En todo caso, según las estadísticas manejadas por la doctrina, en los 20 años de vigencia de la Ley de Arbitraje solo se han anulado dos laudos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y 5, uno de ellos parcialmente, de los dictados en arbitrajes administrados por el CEDCA (SANTANA PÉREZ; VILLARROEL, 2019, p. 628).

En definitiva, podemos afirmar que el balance de la Ley ha sido positivo, lo cual ha sido de alguna manera impulsado por el reconocimiento constitucional del arbitraje y apuntalado por la acción de los Centros de Arbitraje. Según estadísticas reveladas cuando se celebraron los 125 años de la Cámara de Comercio de Caracas, su centro de arbitraje había conocido más de 450 expedientes y para el 2017 el CEDCA había tenido 145 casos. Quizá parezca poco, pero creemos que vamos avanzando por buen camino en entender al arbitraje, insistimos, no como un descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino como un instrumento eficiente para la tutela efectiva de los derechos.

REFERENCIAS

- BORJAS, Arminio. **Comentarios al código de procedimiento civil venezolano**. t, V, 4. ed. Caracas: Ediciones Jurídicas, 1973.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano. En: **Revista de Derecho Privado**, La Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, n. 31, p. 229-262, 2016.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramón. Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero. En: MAEKELT, Tatiana B. et al. (Coord.). **Derecho procesal civil internacional: in memoriam Tatiana B. de Maekelt**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.
- FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 1965.
- FOUCHARD, Philippe. Les conflits de lois en matière de d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle. En: **Revue de l'Arbitrage**, 1977.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague / Boston / London: Kluwer Law International, 1999.
- GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor. La ley venezolana sobre arbitraje comercial: consideraciones al reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49). En: **Liber amicorum: homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt**. t. II. Caracas: Ed. Universidad Central de Venezuela, 2001.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. **El arbitraje comercial en Venezuela**. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2000.
- HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Algunas cuestiones de derecho

internacional privado en el arbitraje comercial. En: **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República**, Caracas, Ed. Procuraduría General de la República, año 13, n. 21, 1999.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno. En: **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, n. 149, julio-diciembre, 2010.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Interpretation and application of the New York Convention in Venezuela. En: BERMANN, George A. (Ed.). **Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts**. Cham: Springer, 2017. (Serie *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, 23).

HUNG VAILLANT, Francisco. **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2001.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional. En: **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, Ed. Universidad Central de Venezuela, n. 126, p. 79 ss., 2006.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Más de 20 años de vigencia de la ley de arbitraje comercial: algunas reflexiones. En: BADELL MADRID, Rafael; URDANETA FONTIVEROS, Enrique; YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador. (Ed.). **Libro homenaje al Doctor Luis Cova Arria: conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en derecho de la navegación y comercio exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**. t. II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

MAEKELT, Tatiana B. Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano. En: BREWER CARÍAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

MEZGRAVIS, Andrés. Recursos contra el laudo arbitral comercial. En: BREWER CARIAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

MEZGRAVIS, Andrés; CARRILLO, Marco; SAGHI, Pedro. 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**. Caracas: Sabias Palabras, 2013. p. 538-541.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006**. Nueva York: Naciones Unidas, 2008.

OCHOA MUÑOZ, Javier. Reconocimiento del laudo arbitral extranjero. En: VALERA, Irene de (Coord.). **Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. **El acuerdo boliviano sobre ejecución de actos extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana**. Caracas: Sucre, 1976.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. La determinación del derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional. En: **Revista de Derecho**, Caracas, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, n. 1, p. 57 ss., 2000.

RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. t. 309. Paris: LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, 1999.

RENGEL ROMBERG, Arístides. El arbitraje en el código de procedimiento civil y en la ley de arbitraje comercial (1998). En: BREWER CARIAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999. (*Serie Eventos*, 13).

RODNER, James Otis. La nouvelle loi vénézuélienne sur l'arbitrage. En: **Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI**, Paris, E. Cour internationale d'Arbitrage, v. 11, n.º 2, 2000.

RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. La segunda instancia arbitral: una decisión exclusiva de las partes. En: MADRID MARTÍNEZ, Claudia (Ed.). **Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón**. t. II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Jurídica Venezolana, 2019.

SÁNQUIZ PALENCIA, Shirley. **El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano**. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello / Fundación Roberto Goldschmidt, 2005.

SANTANA PÉREZ, Militza; VILLAROEL, Ivette Esis. Arbitraje comercial interno e internacional en Venezuela. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos; Mota, GONZÁLEZ MARIMÓN, María (Ed.). **Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

VIRGÓS SORIANO, Miguel; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. **Derecho procesal civil internacional, litigación internacional**. Madrid: Civitas, 2000.

Recebido em: 26-4-2023

Aprovado em: 3-7-2023