

# VALIDEZ Y EXCEPCIONES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS CON EMPRESAS PÚBLICAS EN EL DERECHO VENEZOLANO Y COMPARADO

*Urimare Ascanio*

Abogada egresada de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Urbanista egresada de la Universidad Simón Bolívar. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal Civil del Centro de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

## Resumen

La validez de la cláusula arbitral es un tema angular para someter una controversia al conocimiento de un tercero árbitro, y excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de ese conflicto. Entendiendo la cláusula arbitral como la manifestación de voluntades de las partes a someterse a esta jurisdicción, podemos afirmar que tiene naturaleza contractual, por lo cual el examen de su validez correrá el mismo curso que un contrato. Sin embargo, esos requisitos de validez se complejizan cuando estamos contratando con el Estado, entrando a evaluar incluso conceptos como el orden público, que permiten una amplia interpretación, así como las materias arbitrables, la inmunidad de jurisdicción y los convenios internacionales suscritos, tanto en Venezuela como en otras jurisdicciones, siendo la tendencia internacional hacia la apertura del arbitraje.

Palabras clave: Cláusula arbitral, validez.

## Abstract

The validity of the arbitration clause is an angular issue to submit a dispute to the knowledge of a third arbitrator and exclude the ordinary jurisdiction from knowledge of that conflict. Understanding the arbitration clause as the manifestation of wills of the parties to submit to this jurisdiction, we can affirm that it has contractual nature, therefore the examination of its validity will run the same course as a contract. However, these validity requirements become more complex when we are contracting with the State, entering to even evaluate concepts such as public order, that allows a broad interpretation, as well as the arbitrable matters, the immunity of jurisdiction and the international subscribed agreements, as well as in Venezuela and in other jurisdictions, being the international trend towards the opening of arbitration.

Keywords: Arbitration clause, validity.

## I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE ARBITRAJE.

La “jurisdicción” (hablando en su sentido etimológico) que proviene del latín *iuris dictio*, “decir o declarar el derecho a su propio gobierno”, teniendo la misma noción el concepto clásico, al entender como principal función de la jurisdicción la solución jurídica a un conflicto, ello aplicando el derecho.

Ahora bien, mucho se ha discutido sobre si el arbitraje constituye o no jurisdicción, si revisamos la doctrina, encontraremos que buena parte entiende la jurisdicción como la potestad que tiene el Estado de administrar justicia. Si nos apegamos a este concepto, tenemos que esta potestad es exclusiva y excluyente del Estado, por lo cual no podríamos afirmar que el arbitraje es una jurisdicción, o que efectivamente los árbitros ejercen jurisdicción al conocer una controversia y decidir sobre ella mediante un laudo arbitral.

Pero retomando nuestro concepto inicial, y siguiendo la posición del autor Hernán Casco Pagano citado por Alberto Ayala, la jurisdicción es la “*función de dirimir conflictos de intereses*”<sup>1</sup>. Esta misma definición cabe en el concepto de arbitraje, siendo para el autor José Bonnemaïson :

“Un medio alternativo de solución de conflictos convenido por las partes, que les permite dirimir sus diferencias o disputas sin acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado”<sup>2</sup>

Así también Navarrine y Asorey citados por Ayala:

“una función de tipo jurisdiccional, a cargo de jueces, que las partes eligen en forma privada y a cuya decisión se someten y aceptan como obligatoria y la ley le confiere la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad propia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales”<sup>3</sup>

A pesar de estas definiciones técnicas del concepto de arbitraje, la doctrina más autorizada en el tema ha abordado la problemática de la naturaleza jurídica del arbitraje, dividiéndose en dos principales tesis a saber, la tesis contractualista y la tesis jurisdiccional. Por una parte, la tesis contractualista justifica la existencia del proceso arbitral en la obligación contractual que las partes asumen al suscribir un acuerdo arbitral. En cuanto a la tesis jurisdiccional, Caivano expresa:

---

<sup>1</sup> AYALA, Alberto F. *El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción?*. En Sitio web de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>, 29 de agosto de 2017

<sup>2</sup> BONNEMAISON, José L. *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*. Caracas: Colección Estudios Jurídicos, N. 16 TSJ, 2006, págs. 13 y ss.

<sup>3</sup> NAVARRINE, Susana Camila y ASOREY, Rubén. *Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 1992. p.4.

“el acuerdo arbitral opera así, como el elemento a través del cual se actúa la disposición legal que permite en forma general desplazar esa potestad –la jurisdicción–, asignándola en forma específica a determinadas personas”<sup>4</sup>

Esa delegación de la potestad jurisdiccional, consiste en otorgar a los jueces privados la jurisdicción para conocer una controversia en la fase cognoscitiva y luego en conferir fuerza de cosa juzgada al laudo arbitral, contando eventualmente con el auxilio de la jurisdicción del Estado donde se deba ejecutar en caso de que esta ejecución deba ser forzosa, teniendo el Estado la jurisdicción en fase ejecutoria, no requiriendo de exequátur a pesar de que no haya sido dictado en el mismo país, esto en las legislaciones avanzadas como la nuestra (al menos en ese punto), donde la norma especial establece el reconocimiento inmediato del laudo arbitral.

El manejo de ambas tesis sobre la naturaleza del arbitraje, lo resume Ayala de la siguiente manera: “*Tiene así una raíz contractual y una finalidad jurisdiccional.*” Esto porque:

El arbitraje es en su génesis contractual, nace de una cláusula arbitral por medio del cual las partes se obligan a resolver ciertas controversias a través de un procedimiento arbitral. En su desarrollo es jurisdiccional, una vez surgida la controversia se constituye el tribunal arbitral que dictará lo que corresponda en equidad o en derecho.<sup>5</sup>

## 1.1 ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Brevemente pasaremos por las nociones básicas del arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión, sin intención de generar un concepto técnico-legal, sólo revisando brevemente sus diferencias y su marco legal en Venezuela.

En el caso del arbitraje comercial internacional la CCI expone que el arbitraje es: “procedimiento formal en el que un árbitro independiente o un panel de árbitros resuelven una controversia a través de un laudo vinculante y legalmente exigible”<sup>6</sup>

En Venezuela tiene su marco legal en la Ley de Arbitraje Comercial publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

Por otra parte tenemos el arbitraje de inversión, que a diferencia del arbitraje comercial es, en palabras de Omar E. García-Bolívar:

---

<sup>4</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2da Edición, Buenos Aires: AD HOC, 2000.

<sup>5</sup> AYALA, Alberto F., *Op. Cit.* p. 7.

<sup>6</sup> CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). *La CCI y la solución de controversias. Una amplia experiencia, un acervo de conocimientos*. Port Royal, 2012.

“un mecanismo para solucionar disputas entre un Estado contratante a una Convención y un inversionista de otro Estado contratante, mediante conciliación o arbitraje”.<sup>7</sup>

Es decir que el arbitraje de inversión, busca proteger las inversiones extranjeras, a través del sometimiento de un Estado y un inversor extranjero a una jurisdicción arbitral, todo en el marco de un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones TBIs por sus siglas, donde los Estados, tanto del inversionista extranjero como el Estado receptor de la inversión son parte de ese tratado, tal es el caso de la Convención de Washington que dio origen al Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones (CIADI), auspiciado por el Banco Mundial, donde todas las controversias que surgen entre inversionistas extranjeros y Estados patrocinantes firmantes de la convención o de un TBI, deben ventilar el conflicto ante el CIADI.

Así también el marco legal es otro, se encuentra establecido el arbitraje de inversión en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5390 Extraordinario de fecha 22 de Octubre de 1999, donde se establece que las controversias que surjan entre un inversionista internacional cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI - MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente. El arbitraje de inversión tiene un límite, y es que para que sea procedente, la controversia debe versar sobre inversión y no sobre comercio, cuestión que no ocurre en el caso contrario, ya que esto no limita el hecho de que pueda someterse a arbitraje ante la CCI o cualquier otro centro de arbitraje un conflicto surgido entre un Estado y un inversionista extranjero.

## II. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Disponible en sitio web: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> , 27 de agosto de 2017

<sup>8</sup>A mayor abundamiento en el tema de la validez de la cláusula arbitral ver doctrina nacional representada por: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio; BONNEMAISON, José L.; SANQUIZ PALENCIA, Shirley; ESCOVAR ALVARADO, Ramón; GUERRA HERNÁNDEZ, Victor H.; BAUMEISTER TOLEDO, Alberto; DUQUE CORREDOR, Román, entre otros.

## 2.1. VALIDEZ FORMAL

Las formas del acuerdo arbitral están reguladas por distintas normas que rigen la materia, no habiendo una serie de requisitos absolutos, sino que dependen de la ley aplicable elegida por las partes, la jurisdicción o si es institucional a las reglas de esa institución. Así por ejemplo la ley Modelo en su artículo 7.2 expone que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito; que se entenderá que el acuerdo es escrito siempre que esté consignado en un documento firmado por las partes, o exista un intercambio de cartas telex, telegramas u otro medio de comunicación que deje constancia del acuerdo; también se tendrá por escrito cuando resulte de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que su existencia sea afirmada por una de las partes sin ser negada por la otra.

Así también la Ley de Arbitraje Comercial de nuestro país, establece en su artículo 6:

El acuerdo de arbitraje 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 referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En la misma línea de ideas, Alfredo De Jesús O., al respecto del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial comenta:

Consideramos que carece de importancia si en dicho documento o conjunto de documentos, aparece estampada o no la firma de las partes, con tal de que se demuestre que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje puede establecerse del escrito, a través de los medios de prueba que permite el ordenamiento jurídico venezolano.<sup>9</sup>

Continúa Alfredo De Jesús O., sobre el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial afirmando que, el hecho de que la cláusula arbitral debe constar por escrito, más allá de un tema formal es un tema probatorio, por lo tanto se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad substantiam* o *ad solemnitatem*:

“En vista de los términos de esta disposición nos atrevemos a decir que la LAC no requiere la formalidad del escrito como una condición de validez del acuerdo de arbitraje, sino como un requisito de prueba del mismo.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

<sup>10</sup> DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

Puede concluirse que la validez formal del acuerdo arbitral está sujeta a la constatación de la manifestación de voluntad de las partes. En cuanto a la interpretación de esa manifestación de voluntad, la analizaremos de seguidas.

Adicionalmente, esta validez la decidirá el propio tribunal arbitral, tal como expresa Caivano:

de conformidad con el principio de la «competencia de la competencia» — conocido en el derecho comparado como kompetenz-kompetenz o compétence-compétence— el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, la validez o el alcance (objetivo o subjetivo) del acuerdo arbitral.<sup>11</sup>

## 2.2. VALIDEZ MATERIAL O DE FONDO

Siendo que el compromiso arbitral nace de un contrato, de la manifestación de voluntad de las partes, debe exigirse para su validez los mismos presupuestos que un contrato, a saber, la manifestación del consentimiento de las partes, que dichas partes tengan capacidad para contratar, que el objeto pueda ser materia del contrato y que la causa sea lícita.

En lo que respecta al consentimiento, Alfredo De Jesús O. citando a los profesores Fouchard, Gaillard y Goldman proponen la adopción de tres principios de interpretación y el rechazo de otros dos, a saber:

El principio de interpretación de buena fe, el principio del efecto útil y el principio de interpretación contra proferentem. El principio de interpretación de buena fe permitiría buscar la verdadera intención de las partes por encima de la intención declarada en el caso de una redacción poco clara del acuerdo de arbitraje. (...omissis) Este principio se complementa con el principio del efecto útil, según el cual sin una cláusula puede ser objeto de dos o más sentidos, debe ser tomada en cuenta en el sentido que permita surtir sus efectos, por encima de aquel que no lo permita. El principio de interpretación contra proferentem se refiere al caso en que el acuerdo de arbitraje es redactado por una sola de las partes. Si bien, señalan que este principio es pocas veces invocado, le prohibiría a la persona que ha redactado el acuerdo, prevalerse de alguna ambigüedad o imprecisión para escaparse del arbitraje.<sup>12</sup>

Contrario a esto, expone el autor que en diversas sentencias de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido una interpretación estricta del

---

<sup>11</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima: Lima Arbitration No. 1, 2009, pp. 121-162.

<sup>12</sup> DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

acuerdo de arbitraje, esto contrario al principio pro arbitraje establecido en nuestra Constitución. Esta interpretación restrictiva está basada en la idea obsoleta de que el arbitraje es un régimen de excepción, cuando la realidad es que el arbitraje es parte del sistema de justicia. Citando la sentencia del Caso Hoteles Doral, C.A. contra Corporación L'Hoteles, C.A., el autor expone:

La referida Sala establece que 'el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, tal régimen de excepción, exige el cumplimiento y la verificación de una voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas, pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de sus causas del conocimiento del poder judicial.'<sup>13</sup>

En cuanto a la capacidad, aunque la Ley de Arbitraje comercial no exige requisito particular sobre la capacidad de las partes, si pena con anulabilidad del laudo. En nuestro derecho civil, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, encontrándose enunciado en el artículo 1.143 del Código Civil, el cual es aplicable para el caso del arbitraje.

Sin embargo, el tema de la capacidad de las personas de derecho público es más delicado por disposición del artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuestión que desarrollaremos más adelante en un título dedicado a ello.

En lo que respecta a la arbitrabilidad del litigio, tenemos que nuestra Ley de Arbitraje comercial establece que son arbitrables todas las controversias que versen sobre derechos disponibles para las partes, salvo las excepciones enumeradas en la Ley. También pudiera interpretarse como todas aquellas de contenido patrimonial, limitadas por el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado y el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, donde se exceptúan aquellas materias de orden público o que versen sobre delitos o faltas, aquellas relacionadas con las funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público, aquellas que versan sobre el estado y capacidad de las personas, bienes o derechos de incapaces y sentencias definitivamente firmes. Sin embargo, nos encontramos ante la dificultad del concepto de orden público que en nuestro derecho parece ganar terreno. Este concepto lo define Alfredo De Jesús O. como:

---

<sup>13</sup> DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

Debemos recordar que las normas de orden público buscan la protección del orden social, lo que hace necesario preguntarse por qué una determinada norma es de orden público y una vez resuelta esa inquietud, preguntarse si la protección que busca la norma la hace incompatible con el arbitraje.<sup>14</sup>

Retomaremos el tema con mayor profundidad más adelante, haciendo especial referencia al artículo 151 de la Constitución.

### 2.3. SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.

La autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato, es indiscutible por el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, la cual es independiente del contrato en sí mismo y puede o no estar en el acto que contenga el contrato, esto a los fines de salvaguardar su validez. Este principio está recogido en el famoso laudo arbitral en el asunto N° 1.526 de 1968 de la CCI, donde se afirmó lo siguiente:

También es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vis de serlo de un modo uniforme, que, según la fórmula del Tribunal Supremo de Francia, el acuerdo compromisorio ya se haya concluido por separado de este o esté incluido en el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible validez de este acto.

Esto permite generar una mayor seguridad jurídica y confianza en el arbitraje, y en caso de que una de las partes desconozca o denuncie el contrato, la cláusula arbitral se encuentra asegurada.

### 2.4. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACUERDO ARBITRAL A QUIEN NO HA SIDO SIGNATARIO

Anteriormente desarrollamos brevemente los requisitos de validez de la cláusula arbitral, pudiendo concluir como más relevante el hecho de que la renuncia a la jurisdicción del Estado debe ser expresa por parte de quien desea someterse a la jurisdicción arbitral, suscribiendo un acuerdo arbitral. Sin embargo, encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia casos en los cuales se ha extendido la validez de la cláusula arbitral a quienes no han sido signatarios del acuerdo. Suena contradictorio realizar ambas reflexiones, sin embargo no lo es, y es que la jurisdicción arbitral es voluntaria, y la voluntad de la partes tiene distintas maneras de manifestarse, tal como ocurre en el derecho contractual general. La jurisprudencia ha flexibilizado de manera excepcional la “forma”

---

<sup>14</sup> DE JESÚS O., Alfredo. *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Serie Evento 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 55-131.

en que se manifiesta esa voluntad, privilegiando el fondo, la realidad sobre la formas, al concluir que la firma en un instrumento no es la única forma de mostrar el consentimiento para someterse a un acuerdo arbitral.

El Dr. Caivano precisa:

“Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se ha consentido en él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación”<sup>15</sup>

Caivano llega a esta conclusión luego de haber analizado la jurisprudencia norteamericana, francesa, argentina y por su puesto jurisprudencia arbitral, donde se desarrollan los supuestos en los cuales es posible extender el acuerdo arbitral. Cita Caivano:

en los laudos dictado en los casos CCI No 7604 y 7610,13 se resolvió que corresponde la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente.<sup>16</sup>

Para sistematizar la anterior referencia, Caivano cita el famoso caso Thomson, fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, estableciendo:

Los efectos de un acuerdo arbitral pueden alcanzar a un no-firmante: (a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, por ejemplo, si participa en el proceso arbitral sin plantear objeciones a la jurisdicción de los árbitros (Asentimiento tácito); (c) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia (Agencia); (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); y (e) Si puede quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (Estoppel).<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup>CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima: Lima Arbitration No. 1, 2009, pp. 121-162.

<sup>16</sup> CAIVANO, ROQUE. Op Cit.

<sup>17</sup> CAIVANO, ROQUE. Op Cit.

En síntesis, la doctrina y la jurisprudencia, han ampliado la forma en que se manifiesta la voluntad de las partes no-firmantes del acuerdo arbitral, pero que con su conducta han demostrado su consentimiento, extendido así los efectos del acuerdo arbitral.

## 2.5. CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (NUEVA YORK, 1958) ("CONVENCIÓN DE NUEVA YORK")

La convención de New York es un tratado internacional en la que los juzgados y tribunales de los Estados que lo hubiesen ratificado han de hacer cumplir los laudos arbitrales extranjeros atendiendo a lo preceptuado en su articulado. Para el profesor Jorge Isaac González:

“Existe un deber de cada Estado parte de dar cabida a una excepción procesal excluyente de la jurisdicción oficial del Estado en caso de arbitraje internacional.”<sup>18</sup>

Este deber, en el marco de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, continuando González al respecto de la convención:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

I. 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.

II. El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.<sup>19</sup>

De lo anterior, debemos denotar dos aspectos esenciales, el primero es que la convención de New York fijó un hito en el tema de reconocimiento no sólo de sentencias arbitrales extranjeras, sino también del sometimiento a la jurisdicción arbitral en general; lo segundo, es que tanto la Convención de New York como la mayoría de las leyes modelos como la ley modelo CNUDMI dejan ver como requisito de validez del acuerdo arbitral, su suscripción por escrito mediante una

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Jorge I. *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de “jurisdicción” cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. p. 5

<sup>19</sup> GONZÁLEZ, Jorge I. Op. Cit. p. 6

cláusula donde expresamente se renuncia a la jurisdicción de un país y voluntariamente se someten a la jurisdicción arbitral. Allí radica la importancia de la convención, ya que además es parte del marco legal internacional del arbitraje al ser un acuerdo internacional, así también sirviendo de base para analizar los temas que desarrollaremos de seguidas.

### **III. PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS DEL ESTADO COMO PARTE EN ARBITRAJE**

La creciente globalización, el rápido aumento de las transacciones comerciales entre países y en general el intercambio comercial mundial han incorporado como necesidad que el Estado se incluya en esa dinámica, demandando nuevas formas legales que regulen esas relaciones internacionales, como es el caso del arbitraje, por lo que revisaremos las regulaciones especiales que en la materia tienen las empresas del Estado o el mismo Estado como contratante y eventual parte de un conflicto sometido a jurisdicción arbitral.

#### **3.1 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 151 DE LA CONSTITUCIÓN Y PROCEDENCIA DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES EN LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO NACIONAL.**

Antes de entrar a evaluar e interpretar el artículo 151 de la Constitución, se hace esencial definir, o al menos esbozar algún concepto sobre los Contratos de Interés Público Nacional, valiéndonos de la jurisprudencia para precisar ello, tanto en sentencia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002, criterio reiterado en reciente sentencia N°618 de la Sala Constitucional de fecha 20 de Julio de 2016, que señala las características definitorias de los contratos de interés público nacional, a saber:

1.- Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia.

2.- Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano.

3.- Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante.

4.- Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la

adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación.

El artículo 151 de la Constitución es capital para analizar el arbitraje donde una de las partes pueda ser el Estado o una empresa del Estado. Para ello es esencial analizar la inmunidad de jurisdicción. Ésta encuentra su fuente en el principio “*par in parem non habet jurisdictionem*”, y en palabras de Claudia Madrid:

“Ha sido entendida como una imposibilidad de juzgar controversias en las cuales sean parte ciertos y determinados sujetos de Derecho internacional público, a los cuales se les confiere el privilegio de no ser sometidos, sin su consentimiento, a la jurisdicción de un Estado”<sup>20</sup>

De la redacción del artículo 151 de la Constitución, se desprende la tesis predominante de la inmunidad relativa, que Claudia Madrid explica al respecto a la teoría de la inmunidad relativa:

Sostiene que el Estado extranjero puede aducir su inmunidad como excepción, cuando haya actuado como soberano (*acta iure imperii*). Mientras que la inmunidad no podrá ser invocada cuando el Estado extranjero actúe dentro de la esfera del Derecho privado, cuando se trate de actos mercantiles o empresariales (*acta iure gestionis*), en cuyo caso se verían sujetos a la jurisdicción correspondiente.<sup>21</sup>

Ahora bien, de la reflexión anterior surge una nueva duda y es determinar cuáles son los actos que realiza el Estado con imperio y cuáles se entienden como de gestión.

Para dar respuesta a esta interrogante se han planteado dos tesis para resolver el asunto, el criterio de la naturaleza del acto y el de la finalidad del mismo. Esta última no muy acogida por la jurisprudencia de varios Estados, la segunda en cambio más aceptada, aunque considera Madrid que aún no resuelve el asunto:

“un acto tendrá naturaleza pública cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo, o pudiendo ejercer, prerrogativas de poder público; por el contrario, será privado, cuando el Estado actúa en el marco de una relación privada”<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup>MADRID, Claudia. *El artículo 151 de la Constitución de la República ¿Inmunidad? ¿Exclusividad? O ¿Las dos cosas?* Disponible en la página de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: [http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2005/BolACPS\\_2005\\_143\\_423-422.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_423-422.pdf), 29 de agosto 2017. p. 1 y ss.

<sup>21</sup>MADRID, Claudia. Op. Cit. p. 5.

<sup>22</sup>MADRID, Claudia. Op. Cit. p. 6 y ss.

Pero aun, hila mucho más fino la Prof. Madrid al tratar de dilucidar si el artículo 151 se refiere a un tema de exclusividad o inderogabilidad de la jurisdicción venezolana, diferenciándola inequívocamente:

Inderogabilidad busca proteger el ejercicio de la jurisdicción venezolana sin excluir la posibilidad de activar una jurisdicción extranjera; mientras que la exclusividad no tolera el ejercicio de una jurisdicción extranjera cuando se atribuya jurisdicción a los tribunales nacionales. (Omissis...)... inderogabilidad, como su nombre lo indica, sólo prohíbe que las partes, por su propia voluntad, eliminen la oportunidad de acudir a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la exclusividad anula toda posibilidad de reconocimiento de una sentencia dictada en el extranjero.<sup>23</sup>

Ahora bien, continuando con la interpretación de la norma, surge otra problemática que indiscutiblemente podría atentar contra la inseguridad jurídica por su amplia discrecionalidad, que es determinar qué es un contrato de interés público. La doctrina y la jurisprudencia se han paseado por varias ideas cambiando su mismo criterio, tal como reseña la Profesora Madrid en su revisión jurisprudencial, donde se evidencia un claro cambio de criterio al considerar el caso de los empréstitos y en materia de apertura petrolera, donde en ocasiones se consideró que podían haber aspectos mercantiles mientras que en otros no, convirtiendo los contratos en contratos de interés público.

Considerando nuevamente la tesis de la Prof. Madrid, lo importante es determinar si nos encontramos ante un supuesto de inderogabilidad de la jurisdicción o exclusividad de la jurisdicción, para lo cual hace una interpretación integrada del artículo 1 y el artículo 151 de la Constitución, concluyendo:

Debemos considerar, al respecto el contenido del aparte único del artículo 1 del texto constitucional, según el cual “Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, **la inmunidad**, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”. Así, en los casos en que se determine que el Estado venezolano goza de inmunidad de jurisdicción, por imperativo constitucional, no podrá renunciarla.

Así las cosas, podemos afirmar que, de conformidad con esta norma, en concordancia con el artículo 151 de la Constitución, cuando estemos frente a un contrato de interés público cuya naturaleza así lo exija, el Estado venezolano gozará, de manera irrenunciable, de inmunidad de jurisdicción, lo cual traerá como consecuencia que sólo los tribunales venezolanos puedan conocer de los litigios generados por este tipo de contratos y tal jurisdicción será exclusiva, por lo que, en virtud del artículo 53(3) de la Ley de Derecho Internacional Privado, toda sentencia que sobre la materia fuere dictada en el extranjero, no podrá ser reconocida en

---

<sup>23</sup> Ídem. p. 11.

Venezuela.<sup>24</sup>

Podemos concluir que el artículo 151 de la Constitución permite la posibilidad de una empresa del Estado se someta a jurisdicción arbitral con las excepciones establecidas en el mismo artículo y con las consideraciones que ya desarrollamos, adicionalmente tenemos que en la Ley de Arbitraje comercial, en su artículo 4 se abre la posibilidad de que una empresa pública suscriba un acuerdo arbitral, poniendo como requisito para su validez a aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela, esto si la empresa tiene en un 50% o más de su capital como propietario al Estado.

La Ley de concesiones también abre la posibilidad de someter a arbitraje cualquier controversia que se pueda suscitar en los contratos de servicios públicos u obras públicas.

### 3.2 UNA BREVE REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.

La jurisprudencia venezolana, se ha reservado la jurisdicción en los casos que ha considerado de interés público, tal como es el caso de PDVSA, donde la Sala Política Administrativa se ha acogido al criterio de que por su naturaleza jurídica y por la actividad que realiza, se considera una empresa que presta un servicio de interés público y no comercial, por lo tanto no es objeto de la excepción del artículo 151.

Otro emblemático caso es Venezolana de Televisión (VTV) sentencia N° 00855 de la sala Político Administrativa del Tribunal supremo de Justicia, del 5 de abril del 2006. *Caso Elettronica Industriale vs VTV.*, en el cual se afirmó que es una empresa que realiza ciertas actividades regidas por el Derecho Privado, pero por su naturaleza es una empresa que presta un servicio de interés público y por tanto toda controversia que incluya a VTV debe ser resuelta por los tribunales venezolanos.

Sin embargo, una ampliación de ese criterio se dio con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008. Expediente No. 08-0763, en la cual se estableció:

No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarles ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr

---

<sup>24</sup> Ídem. p. 25 y ss.

estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral, que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo relativo al –ya mencionado- temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

(Omissis)... esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar que la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil como Estado libre y soberano, -en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir: aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo, y condiciones que de forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente. Así declara

Esta sentencia parece una reapertura al arbitraje de inversión, incluso si existe interés general, todo en el marco de acuerdos o tratados, ello en concordancia con el artículo 258 de la Constitución.

Es importante traer a colación lo expresado en la sentencia de la Sala Constitucional de 17 de octubre de 2008, antes ya mencionada en la cual la Sala ratificó el planteamiento ya efectuado en su sentencia de 15 de julio de 2003 (caso Rafael Chavero Gazdík, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.942, Expediente N° 01-0415, [www.tsj.gob.ve/decisiones/sconlJulio/1942-150703-01-0415.htm](http://www.tsj.gob.ve/decisiones/sconlJulio/1942-150703-01-0415.htm)), según el cual los laudos extranjeros (incluyendo los laudos CIADI y de otra naturaleza) no serían ejecutables en Venezuela si violentan el orden público constitucional doméstico.

El caso de la jurisprudencia venezolana en relación con el arbitraje internacional con entes del Estado, viene haciendo análisis armónico de los artículos 1, 151 y 258 de la Constitución, sentencias que con gran precisión comenta el Dr. Eugenio Hernández-Bretón:

La aparente contradicción entre estas dos disposiciones y, por tanto, el aparente obstáculo al arbitraje internacional para los entes del Estado fue desestimada en sentencia de 11 de febrero de 2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia N° 97, Expediente N° 08-0306, caso F. Toro y otros, [www.tsj.gob.ve/decisiones/seon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.htm](http://www.tsj.gob.ve/decisiones/seon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.htm)). En esta sentencia se dispuso que "de tales normas (artículos 1 y 151 de la Constitución) deriva una relación armónica que en ningún caso niega la soberanía o contradice el principio de autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela". Esta sentencia de 11 de febrero de 2009, a su vez, ratificó los criterios expuestos en la sentencia de la propia Sala Constitucional en fecha 17 de octubre de 2008 (Sentencia N° 1541, Expediente N° 08-0763, caso Recurso de Interpretación del artículo 258 de la Constitución y del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, [www.tsj.gob.ve/decisiones/seon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm](http://www.tsj.gob.ve/decisiones/seon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm)), la cual, por su parte, ratificó y amplió los criterios de la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena-Accidental de 17 de agosto de 1999 Jurisprudencia

Venezolana Ramírez & Garay, Tomo CLVII 1999 Agosto, Sentencia 2096-99, pp. 606-622, caso Apertura Petrolera). Vamos ahora a los detalles de estas dos decisiones.

Desde la sentencia de 17 de agosto de 1999 el máximo tribunal venezolano admite que Venezuela en el artículo 151 de la Constitución (equivalente al artículo 127 de la Constitución de 1961) adopta el criterio de la inmunidad relativa de la jurisdicción. A pesar de ello, los entes del Estado venezolano muy comúnmente invocan el artículo 151 constitucional para rechazar la posibilidad de arbitraje internacional. Cierta jurisprudencia también rechazaba la arbitrabilidad de disputas con entes del Estado por el simple hecho de tratarse de controversias relativas a contratos de interés público nacional (por ej., caso Venezolana de Televisión, C A. v, Elettronica Industriale SpA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, Sentencia N° 855 de 5 de abril de 2006, Expediente N° 2001-100, [www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/OO855-050406-2001-0100.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/OO855-050406-2001-0100.htm), al respecto Alfredo de Jesús O., Crónica de Arbitraje Comercial:Cuarta Entrega, en Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° '29, 2008,Caracas, pp. 141-162; también caso Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, Sentencia N° 832 de 15 de julio de . 2004, Expediente N" 2002-0464, [www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00832-140704-2002-0464.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00832-140704-2002-0464.htm), al respecto Alfredo de Jesús O., Crónica de Arbitraje Comercial -N. 3, en Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° 23,2006, Caracas, pp. 125-155, esp. pp. 140-155; Y Victorino J.Tejera Pérez, La norma electa una vía, non datur recursus ad alteram en el marco jurídico venezolano de protección y promoción de inversiones, en la misma Revista, pp. 359-395, esp. pp. 384-395). Incluso el rechazo al arbitraje internacional se propugnaba como bandera nacionalista en discursos oficiales y en vallas publicitarias como parte de la política de plena soberanía petrolera desarrollada desde 2005.<sup>25</sup>

Continúa Hernández-Bretón con el análisis de la sentencia de 17 de octubre de 2008:

Basado en lo anterior, la Sala Constitucional concluyó que en el marco de la Constitución de 1999 “y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general. por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente<sup>26</sup>

Respecto al orden público, concepto que parece angular desde el punto de vista de validez material e incluso de reconocimiento y ejecución, siendo importante distinguir entre materias de orden público y laudos contrarios al orden público, que es en realidad la restricción que expone nuestro marco legal, ANDRÉS A. MEZGRAVIS explica:

---

<sup>25</sup>HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*. Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales. No. 147 (2009). pp. 141-168.

<sup>26</sup>HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*. Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales. No. 147 (2009). pp. 141-168.

Ante todo, es importante resaltar que una cosa es la denegación del reconocimiento o ejecución de aquellos laudos que afecten o sean contrarios al orden público, y otra, es la posibilidad de someter a arbitraje materias, en las que si bien pudiera estar interesado el orden público, pueden ser objeto de transacción y por ende de arbitraje. En este sentido, “la jurisprudencia francesa ha ido liberalizando la intocable cuestión del orden público, y en L’Arret de la Cour de Cassation de 17 de abril de 1974, y otros posteriores de 22 de marzo de 1983 y 31 de junio de 1986, han declarado que no es nulo el acuerdo arbitral o laudo que tenga por objeto una controversia que se refiera al orden público, sino cuando el orden público haya sido directamente violado.”<sup>27</sup>

Sin embargo en Venezuela, tenemos jurisprudencia de la última década que establece una serie de criterios en cuanto a la arbitrabilidad de ciertas materias, por ejemplo el Caso La Media Manzana, Sent., del 11-2-01, que declaró improcedente el arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario, o la sentencia del caso VTV de 2008 antes revisada, entre otras, que han hecho del concepto de orden público un “comodín” para anular laudos, y hacer a Venezuela como un foro no amigable al arbitraje.

### 3.3 CASOS LATINOAMERICANOS.

Revisaremos el interesante caso de Perú, donde la apertura al arbitraje es total, y el Estado puede perfectamente someterse a jurisdicción arbitral, renunciando completamente a su inmunidad Santiestevan<sup>28</sup> plantea que el marco legal del arbitraje en Perú está conformado en primer lugar por la Constitución peruana, y en segundo lugar por la ley de arbitraje o conocido como decreto DL1071 donde considera el autor hubo grandes avances como la eliminación de la apelación del laudo arbitral y la ejecución del laudo incluso si este fue impugnado, salvo que se ofrezca caución, entre otras mejores de la ley.

El artículo 63 de la constitución peruana establece:

“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

---

<sup>27</sup>MEZGRAVIS, Andrés. *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina*. Madrid: Club Español del Arbitraje, III Congreso Internacional de Arbitraje, La Convención de NY 50 años después. Madrid 29 al 1 julio de 2008.

<sup>28</sup>Santiestevan, Jorge. *El Arbitraje con el Estado*. Disponible en: [http://www.arbitraje.comercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje\\_con\\_el\\_estado/arbitraje\\_con\\_el\\_estado.asp](http://www.arbitraje.comercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp), 10 de agosto de 2017.

En cuanto al DL 1071, Santiestevan nos comenta:

*“El DL 1071 establece:*

Artículo 2.1o Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.(...)” La regla señala tres elementos: (i) las materias de libre disposición conforme a derecho; (ii) aquellas que señale la ley, entendida a mi juicio como las normas con rango legal que autorizan al arbitraje y (iii) los acuerdos internacionales que se hayan suscrito y que contengan una autorización para someter controversias a arbitraje.

Lo primero que debe definirse es ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad? No puede ser cualquier decisión del Estado pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera los actos de gestión en la vida comercial (en que el Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición.<sup>29</sup>

Es claro que a pesar de la apertura del arbitraje en Perú, rige como principio máximo el principio de legalidad administrativa, siendo la única limitación de la materia arbitral.

En el caso Chileno, ocurre lo mismo que en Perú, donde existe un pacto de sumisión en el DL N. 2.349, siendo su única limitante el principio de legalidad administrativa, otorgando libre potestad para pactar acuerdos arbitrales siempre que la ley lo permita:

Sumisión a tribunales (arbitrales) extranjeros: El artículo 1 inciso 2 del DL N° 2.349 establece la validez a esta sumisión al declarar que “son igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato...”.

#### 3.4. OTROS CASOS DE INTERÉS.

Llama la atención el caso de los países árabes, donde a pesar del creciente tráfico comercial y la apertura al arbitraje, existe un fuerte control para parte del gobierno, no teniendo el laudo una ejecutoriedad inmediata, sino que se encuentra siempre supeditado a la revisión de la jurisdicción

---

<sup>29</sup> SATIESTEVEAN, Jorge. Op. Cit.

del país, en este caso bajo análisis, la jurisdicción Saudí, ello con el límite de este laudo no vaya en contra del orden público que establece el Shari'a. Elsaman nos comenta:

*“...Furthermore, it is argued that Saudi’s accession to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award (“the New York Convention”) as well as the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) shall not affect the fact that Saudi courts will continue to review arbitral decisions to ensure that they are in consistent with Saudi’s public order influenced by Shari’a”*<sup>30</sup>

Traducción libre:

... Además, se argumenta que la adhesión de Arabia Saudita a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (" Convención de Nueva York "), así como el Convenio Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) no afectará el hecho de que los tribunales saudíes seguirán revisando las decisiones arbitrales para asegurar que sean consistentes con el orden público saudí influenciado por la Shari'a.

El segundo caso es un caso Ucraniano Caso 1380: CNY III; [IV]; V5 Ucrania: Tribunal Supremo de Ucrania RosUkrEnergo AG c. National Joint Stock Company Naftogaz Ukrainy 24 de noviembre de 2010, que traemos a colación porque en reciente sentencia la jurisdicción de ese país negó la nulidad de laudo arbitral a un recurrente que alegaba que el laudo infringía el orden público ucraniano dado que la cantidad de gas natural que había de transferirse al comprador en virtud de los laudos, superaba el 50% del volumen anual de extracción de gas natural en Ucrania y el 50% de las necesidades anuales del país. Brevemente reseñamos lo dispuesto en la sentencia:

El Tribunal de Apelaciones desestimó también el argumento del proveedor según el cual la ejecución de los laudos infringiría el orden público ucraniano, basándose en que los laudos se dictaron en una controversia entre las partes y no repercutían en la “independencia, la integridad territorial, la inmunidad del Estado, así como los derechos, libertades y garantías constitucionales básicos” que sostienen el sistema jurídico ucraniano.

Ulteriormente, el Tribunal Supremo argumentó que el artículo V de la Convención de Nueva York establecía una lista exhaustiva de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución; no había que interpretar esos motivos en sentido amplio y la parte que se oponía a la ejecución

---

<sup>30</sup>ELSAMAN, Radwa S. *Factors to be considered before arbitrating in the arab middle east: examples of religious and legislative constraints*. Washington: Revista International Commercial Arbitration Brief, Washington College of Law of American University. Vol. 1, Issue 2.

debía demostrarlos. En el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil de Ucrania se enumeraban también los mismos motivos.

El proveedor se opuso a la ejecución por dos motivos: 1) los laudos no eran definitivos ni vinculantes; y 2) la ejecución infringiría el orden público ucraniano. En opinión del Tribunal Supremo, los tribunales inferiores no cometieron ningún error al sostener que ambos argumentos carecían de fundamento.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo estimó que las objeciones del proveedor por motivos de orden público carecían de fundamento y no estaban demostradas. El proveedor alegó que la ejecución infringiría el orden público ucraniano, dado que la cantidad de gas natural que había de transferirse al comprador en virtud de los laudos superaba el 50% del volumen anual de extracción de gas natural en Ucrania y el 50% de las necesidades anuales del país.

Y concluyó el Tribunal:

“el Tribunal Supremo observó que la excepción de orden público a la ejecución solo se refería a los principios básicos y los elementos fundamentales del orden jurídico ucraniano, pero el proveedor no adujo que esos principios se veían afectados, y las partes eran actores independientes en el mercado.”

Este caso llama poderosamente la atención ya que no se derogó la jurisdicción arbitral a pesar de que el gas natural pudiera ser considerado un tema de interés nacional para Ucrania, e incluso estratégico. Sin embargo la jurisdicción nacional declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto en contra del laudo y se declaró incompetente para conocer del asunto, ratificando la validez del acuerdo arbitral y la eficacia del laudo.

## CONCLUSIÓN

La sintética revisión de este trabajo de investigación no pretende dar un veredicto final sobre el tema de la validez y eficacia del acuerdo arbitral cuando una de las partes una empresa pública, ya que si bien en la mayor parte de las legislaciones el arbitraje es reconocido, no es menos cierto que nuestra constitución se encuentra fuertemente impregnada de inmunidad de jurisdicción, cuestión que la jurisprudencia no ha dejado claro con el cambio de criterio y el forcejeo incluso político que se le quiere dar al asunto, con un discurso pro soberanía, como si de eso se tratara el asunto, y no de seguridad jurídica que es el tema realmente importante. Adicionalmente podemos

concluir que la poca claridad, y el amplio margen de discrecionalidad para fijar cierto término, sigue generando dudas al no poder definir claramente los asuntos que efectivamente serán sometidos a arbitraje y cuáles, esto a pesar de haber descompuesto temas capitales como la inmunidad, la naturaleza del contrato, el interés público, la actuación del Estado como imperio o en gestiones, entre otros conceptos revisados.

Dejamos muchas interrogantes en el desarrollo de este artículo, con la finalidad de reflexionar e investigar con mayor profundidad un tema que cada día demanda mayor estudio y actualización, como lo es el arbitraje internacional.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-AYALA, Alberto F., *El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción?*. En Sitio web de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>, 29 de agosto de 2017.

-BADELL MADRID, Rafael. *La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado*. Conferencia dictada en las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer- Carías, Caracas 11 de Noviembre de 2005.

-BONNEMAISON, José L.; *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*. Caracas: Colección Estudios Jurídicos N. 16 TSJ, 2006, págs. 13 y ss.

- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: 2da Edición, AD HOC, 2000.

- CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima: Lima Arbitration No. 1, 2009, pp. 121-162.

-CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI). *La CCI y la solución de controversias. Una amplia experiencia, un acervo de conocimientos*. Port Royal: 2012.

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

-ELSAMAN, Radwa S. *Factors to be considered before arbitrating in the arab middle east: examples of religious and legislative constraints*. Washington: Revista International Commercial Arbitration Brief, Washington College of Law of American University. Vol. 1, Issue 2.

- GARCÍA-BOLIVAR, Omar E. *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Disponible en sitio web: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> , 27 de agosto de 2017

-GARCÍA LEAL, Laura. *El arbitraje y los contratos de interés general*. *Frónesis* [online]. 2010, vol.17, n.2 [citado 2017-08-14], pp. 173-176 . Disponible en: <[http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-62682010000200001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682010000200001&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 1315-6268.

-GONZÁLEZ, Jorge I. *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de "jurisdicción" cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

-HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano*. Caracas: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 147, 2009. pp. 141-168.

-MADRID, Claudia. *El artículo 151 de la Constitución de la República ¿Inmunidad? ¿Exclusividad? O ¿Las dos cosas?.* Disponible en la página de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales:

[http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS\\_2005\\_143\\_423-422.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_423-422.pdf), 29 de agosto 2017.

-MEZGRAVIS, Andrés. *El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina*. Madrid: Club Español del Arbitraje, III Congreso Internacional de Arbitraje, La Convención de NY 50 años después, 29 al 1 julio de 2008.

-NAVARRINE, Susana Camila y ASOREY, Rubén. *Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 1992.

-SANTIESTEVAN, Jorge. *El Arbitraje con el Estado*. Disponible en: [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje\\_con\\_el\\_estado/arbitraje\\_con\\_el\\_estado.asp](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp), 10 de agosto de 2017.

### **Normas Jurídicas consultadas**

-Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta oficial N° 5.908 del 19 de febrero de 2009.

- Ley Orgánica de Hidrocarburos. Gaceta oficial 38.493 del 4 de agosto de 2006.
- Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.
- Ley de Inversiones Extranjeras. Gaceta oficial N° 6.152 del 18 noviembre de 2014.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.
- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. New York, 1958.

### **Sentencias y Laudos**

- Sentencia N° 00855 de la sala Político Administrativa del Tribunal supremo de Justicia, del 5 de abril del 2006. *Caso Elettronica Industriale vs VTV*.
- Sentencia N° 2.241 de la sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia del 24 de septiembre 2002.
- Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008. Expediente No. 08-0763.
- Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2.241 del 24 de septiembre de 2002.
- Sentencia de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 618 de la Sala Constitucional de fecha 20 de Julio de 2016.
- Sentencias de la sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia, caso Rafael Chavero Gazdík, Sentencia N° 1.942, Expediente N° 01-0415, [www.tsj.gob.ve/decisiones/sconlJulio/1942-150703-01-0415.htm](http://www.tsj.gob.ve/decisiones/sconlJulio/1942-150703-01-0415.htm)
- Laudo arbitral del asunto N° 1.526 de 1968 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)
- Caso 1380: CNY III; [IV]; V5 Ucrania: Tribunal Supremo de Ucrania RosUkrEnergó AG c. National Joint Stock Company Naftogaz Ukrainy 24 de noviembre de 2010.