

LA ARBITRABILIDAD DE LA TACHA DE FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Fidel A. Castillo Gómez

Abogado Summa Cum Laude de la Universidad de Carabobo. Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello. Asistente de investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesor de Teoría General del Derecho de la UCAB.

Resumen

La arbitrabilidad es una noción propia de la institución del arbitraje, y se refiere a aquello que es susceptible de ser arbitrado. Esta puede ser subjetiva u objetiva. En el ordenamiento jurídico venezolano el estándar de arbitrabilidad objetiva ha variado. En principio, era aplicable el estándar de la transabilidad establecido en el artículo 3 de la LAC. Luego, el estándar fue ampliado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien estableció que es arbitrable todo lo que puede ser decidido por un juez. La tacha de falsedad de instrumentos públicos es el medio de impugnación de los instrumentos públicos y presenta, en su regulación, aspectos que hacen dudas de su arbitrabilidad. Sin embargo, de acuerdo con los resultados arrojados por esta investigación, la misma es arbitrable en aplicación de estándar vigente en Venezuela, y, a su vez, por estar cubierta por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y el de autonomía del acuerdo de arbitraje.

Palabras claves: Arbitraje, arbitrabilidad, instrumento público, tacha de falsedad.

THE ARBITRABILITY OF THE CRACK OF FALSENESS OF PUBLIC INSTRUMENTS

Abstract

Arbitrability is a notion of the institution of arbitration and refers to what is susceptible to being arbitrated. This can be subjective or objective. In the Venezuelan legal system, the standard of objective arbitrability has varied. In principle, the tradability standard established in article 3 of the LAC was applicable. Later, the standard was expanded by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice who established that everything that can be decided by a judge is arbitrable. The label of falsity of public instruments is the means of contesting public instruments and presents, in its regulation, aspects that raise doubts about its arbitrability. However, according to the results obtained by this investigation, it is arbitrable in application of the current standard in Venezuela, and, in turn, because it is supported by the principles of *Kompetenz-Kompetenz* and the autonomy of the arbitration agreement.

Keywords: Arbitration, arbitrability, public instrument, label of falsehood.

INTRODUCCIÓN

En el constante desarrollo del arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, surgen relaciones jurídicas cuya arbitrabilidad es dudosa o en las cuales, aún no existe consenso y desarrollo por parte de la doctrina y los tribunales arbitrales. Esto lleva a señalar que la noción de arbitrabilidad apunta a definir, teniendo en cuenta el carácter limitado de la jurisdicción arbitral, como afirma JARROSSON, en qué cuestiones pueden pactarse el desplazamiento de la jurisdicción ordinaria hacia los árbitros y quiénes están legalmente habilitados para ello¹. Es decir, la arbitrabilidad tiene dos dimensiones: subjetiva (¿quiénes pueden ir a arbitraje?) y objetiva (¿qué materia es arbitrable?). En cuanto a la segunda de éstas –la objetiva–, y que es el centro de la presente investigación, es la condición de una controversia que la hace susceptible a ser decidida por árbitros, y en el caso de este artículo, se pretende determinar la arbitrabilidad o no de la tacha de falsedad de documentos públicos, ejercida tanto en forma principal como incidental.

Con relación a la tacha de falsedad se tiene que es un medio específico de impugnación de instrumentos públicos, que, lejos de buscar la declaratoria de nulidad del negocio que contiene el instrumento, pretende enervar la fe pública o certeza que éste – el documento– merece, por haber sido realizado por o en presencia de un funcionario facultado por la ley para tal efecto.

Ahora bien, ante el hecho de que la tacha de falsedad pretende que sea declarado falso un instrumento público, sin afectar el negocio jurídico que éste contiene, surgen las siguientes interrogantes: ¿está el árbitro facultado para verificar la legalidad de las actuaciones de algún funcionario público?, ¿la decisión del árbitro, ya sea en vía principal o incidental, tiene efectos de declarar la falsedad del instrumento público?, ¿tiene el árbitro la facultad de quitar el manto de fe pública que fue dado por un funcionario autorizado por Ley?

Estas interrogantes se enfrentan a una serie de aspectos que hacen cuestionable la arbitrabilidad de la tacha de falsedad del instrumento público y que, en criterio del autor,

¹ Charles JARROSSON, “L’arbitrabilité: présentation méthodologique”, *Revue de jurisprudence commerciale* (enero 1996): 1., citado por Roque J. CAIVANO, “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Foro Jurídico*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Nro. 13: 62-78.

justifican esta investigación en aras de dar coherencia a la institución del arbitraje, delimitar las facultades de los árbitros y, finalmente, ser la primera investigación que se haga sobre el tema en la comunidad académica venezolana.

Ahora bien, entre los aspectos que hacen cuestionable la arbitrabilidad de la tacha de falsedad se pueden señalar:

(i) La tacha de falsedad de instrumentos públicos requiere la participación del Ministerio Público y su decisión puede tener consecuencias penales².

(ii) El funcionario público que se puede ver afectado por la decisión de la tacha no dio su consentimiento para participar en el arbitraje. Su no participación en el procedimiento de arbitraje, quizá, podría constituir una violación a sus derechos a la defensa y al debido proceso.

(iii) La esencia de la tacha es revisar la adecuación de los requisitos formales del documento cuestionado a fin de declararle falso o no, mientras que la misma no se refiera a la existencia, validez o efectos del negocio jurídico que contiene, y que se entienda que fue para el cual las partes consintieron el acuerdo de arbitraje.

(iv) Aún y cuando se admite la transacción en el procedimiento de tacha³, la misma va dirigida a insistir en hacer valer o no el instrumento cuestionado, y no hacia la procedencia de las causales de tacha. En tal sentido, para reforzar el argumento, se observa el carácter taxativo de las causales de tacha⁴.

Por tanto, *prima facie*, en lugar de una respuesta positiva, pareciere una respuesta negativa en torno a la arbitrabilidad de la tacha de falsedad de instrumentos públicos. Dicha conclusión no se logra con el simple contraste de la institución analizada con el

² Por ejemplo, en el artículo 316 del Código Penal de Venezuela se establece: “Artículo 316. El funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones haya formado, en todo o en parte, algún acto falso o que haya alterado alguno verdadero, de suerte que por él pueda resultar perjuicio al público o a los particulares, será castigado con presidio de tres a seis años. Si el acto fuere de los que, por disposición de la ley, merecen fe hasta la impugnación o tacha de falso, la pena de presidio será por tiempo de cuatro a siete años y medio. Se asimilan a los actos originales las copias auténticas de ellos cuando, con arreglo a la ley, hagan las veces del original faltando este.”

³ Artículo 442° Si por la declaración de que se insiste en hacer valer el instrumento, deba seguir adelante el juicio de impugnación o la incidencia de tacha, se observarán en la sustanciación las reglas siguientes: (...) 15. Cualquiera transacción de las partes necesitará para su validez, además del informe del Ministerio Público, la aprobación del Tribunal, si éste no la encontrare contraria a la moral o al orden público.

⁴ Artículo 343 del Código Civil de Venezuela.

Fidel A. Castillo Gómez

artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (en lo siguiente LAC⁵), sino, por el contrario, el resultado debe ser producto de un esfuerzo de sistematización e interpretación de las normas y principios constitucionales y legales que construyen el piso del arbitraje, además de dar coherencia y solidez al andamiaje que soporta.

A contrario sensu, la falta de coherencia sistémica llevaría a casos tan absurdos, como por ejemplo, en el supuesto en que la tacha de falsedad no sea arbitrable, se podrían dar casos de litigantes inescrupulosos tachando, por vía principal, instrumentos que contienen el acuerdo de arbitraje, a los solos fines de impedir la activación de la vía arbitral hasta tanto ese juicio quede definitivamente firme, o, también, para boicotear un procedimiento de arbitraje en curso, intentan una tacha por vía principal de documentos hechos valer en sede arbitral; o, en el peor de los casos, podrían tachar actuaciones del Tribunal arbitral e, incluso, tachar el mismo laudo ante los Tribunales ordinarios. Todo ello con el propósito de utilizar en su favor las lagunas que aún existen en el sistema arbitral y llevar la causa a los tribunales ordinarios, con miras a ganar tiempo u obtener decisiones irracionales.

Finalmente, el autor considera interesante delimitar el uso de la tacha de falsedad. Es decir, si solo es aplicable a procedimiento cuyas normas probatorias estén regidas por el sistema del Código Civil de Venezuela⁶ y del Código de Procedimiento Civil⁷, o si su uso se extiende a procedimientos arbitrales regidos bajo otras normas probatorias (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*; Reglas de Praga –Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el Arbitraje Internacional–; o, algún otra estructura convencional que incluya total o parcialmente un sistema tarifado).

I. LA ARBITRABILIDAD

⁵ Gaceta Oficial número: 36.430, de fecha 7 de abril de 1998.

⁶ Gaceta Oficial número: 2.990, Extraordinaria, de fecha 26 de julio de 1982.

⁷ Gaceta Oficial número: 4.209, Extraordinaria, de fecha 18 de septiembre de 1990.

1.1. Nociones Generales

El acuerdo de arbitraje constituye la piedra angular de la institución del arbitraje, debido a que otorga el conocimiento de ciertas cuestiones a un árbitro. En tal sentido, como afirma CAIVANO, este acuerdo conlleva un doble efecto: por un lado, a que las partes renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia, por tanto, los jueces no tienen jurisdicción para conocer de ellas; y, por el otro, les asignan funciones y facultades jurisdiccionales a particulares, a quienes convierten en árbitros⁸.

En este sentido, la condición privada y convencional de la jurisdicción que reciben los árbitros trae consigo algunas limitaciones. Por un lado, con relación a la convencionalidad, la limitación viene dada por el acuerdo de las partes. De tal manera que solo podrán conocer de aquellas cuestiones que han sido pactadas en el acuerdo, y solo entre quienes suscribieron el mismo. Por otra parte, con relación al carácter privado, se tiene que presenta límites establecidos por el propio legislador. Por consiguiente, no todas las cuestiones son susceptibles de ser decididas en un arbitraje ni todas las personas, ya sean naturales o jurídicas, tienen la capacidad de hacerlo⁹.

En este contexto surge la noción de arbitrabilidad que, en su noción más simple, se define como aquello que es susceptible de ser arbitrado. Asimismo, la arbitrabilidad tiene dos dimensiones: subjetiva o *ratio personae*, que responde a la pregunta: ¿quiénes pueden ir a arbitraje?, y está referida a la capacidad de las partes para ir al arbitraje; y, objetiva o *ratio materiae*, que responde a la pregunta: ¿qué materia es arbitrable?, referida ésta a la materia objeto a arbitrar.

Cabe agregar que la arbitrabilidad objetiva varía de acuerdo con cada legislación. Los Estados difieren del concepto de las materias que pueden ser arbitrables en atención a sus políticas económicas, políticas y sociales, a su orden público o a su consideración sobre el arbitraje, que incluso varía con el tiempo¹⁰. Como afirma VÁSQUEZ PALMA, la arbitrabilidad ha sido un concepto mutable en el transcurso del tiempo y su delimitación

⁸ Roque J. CAIVANO. “La expansión de la materia arbitrable, en dos ejemplos recientes que ofrece el derecho comparado”. *El Derecho (ED)*, número: 13.306, 23 de agosto de 2013, 1. <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf>.

⁹ CAIVANO, *Obra citada*, 1.

¹⁰ Osvaldo, MARZORATI. “Los límites del acuerdo arbitral”. *Revista La Ley*, 17 de marzo de 2010, 1 y siguientes. Citado por CAIVANO, *La expansión*, 1.

material tiene directa relación con la instrumentalización política de la institución del arbitraje. Dicho en otras palabras, mientras más se ha confiado en esta institución, más amplia ha sido su esfera de conocimientos¹¹, o, de forma contraria, mientras menos confianza existe en el arbitraje, más reducida es el área de la arbitrabilidad objetiva.

Un ejemplo de lo anteriormente planteado, y siguiendo el interesante estudio de VÁSQUEZ PALMA, se observa que en el derecho español el criterio utilizado para identificar las materias susceptibles de arbitraje es el de la *libre disposición conforme a derecho*¹², criterio que es utilizado por otras legislaciones, bajo otras nociones afines: *derecho susceptible de transacción*¹³, *materias patrimoniales* y *materias ajenas al orden público*. Asimismo, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, plantea la *mercantilidad* como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad¹⁴¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que no existe una fórmula uniforme para establecer el estándar de arbitrabilidad objetiva. En cambio, cada uno de los Estados, conforme a su legislación interna, y a su política hacia la institución del arbitraje, determinará la amplitud o no de tal noción. Sin embargo, a pesar de la clara falta de

¹¹ Ma. Fernanda VÁSQUEZ PALMA. “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, Nro. 1 (2006): 181 – 213. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008. En este artículo se hace un interesante recuento de la institución del arbitraje, y la arbitrabilidad objetiva, desde el Derecho Romano hasta la actualidad. El aspecto más relevante, a criterio del autor, está en realzar la relación que existe entre la amplitud de la arbitrabilidad objetiva y el uso político que se hace de la institución del arbitraje. Mientras más útil es el arbitraje, bajo la óptica de los gobernantes, mayor es su ámbito material de aplicación.

¹² Ley 60/2003 del 23 de diciembre. Dicho artículo establece: “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. 1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.” Esa concepción se mantuvo en la reforma efectuada mediante la Ley 11/2011, del 20 de mayo.

¹³ Bélgica e Italia.

¹⁴ “Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado...”. Ahora bien, sobre la palabra “comercial”, al pie de página de la Ley Modelo, se estableció el siguiente comentario: “Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”

¹⁵ VÁSQUEZ PALMA, *Obra citada*, 200.

consenso en cuanto a la comentada noción, no es menos cierto que todas confluyen en rasgos comunes tales como el aspecto comercial y patrimonial de la controversia, y la existencia de límites.

A continuación, luego de haber estudiado de forma genérica la arbitrabilidad objetiva y sus variaciones en el derecho comparado, llega el momento de realizar un estudio de esta en el ordenamiento jurídico venezolano para determinar el estándar aplicable.

1.2. Marco legal y jurisprudencial en el arbitraje comercial venezolano

Como se ha comentado, cada uno de los Estados está en la libertad de limitar la arbitrabilidad objetiva, en atención a su uso político de la institución del arbitraje. Así, en el caso particular del ordenamiento jurídico venezolano se encuentran un par de estándares, como se verá de seguidas.

(i) Controversias susceptibles de transacción o transabilidad

Primero, la LAC dictada en el año 1998, y que tuvo su inspiración en la Ley Modelo UNCITRAL, se adhirió a la tesis de la transabilidad como criterio para determinar la arbitrabilidad objetiva. De igual forma estableció, de forma expresa, diversos supuestos de hechos excluidos del arbitraje. En tal sentido, el artículo 3 de la mencionada Ley establece:

Artículo 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. (Cursivas nuestras)

De acuerdo con el citado artículo, el estándar aplicable en Venezuela es el de la transabilidad de la controversia, es decir, que ésta sea susceptible de transacción. A criterio del autor, la “transacción” a que se hace referencia es al mismo contrato de transacción establecido en el artículo 1.713 del Código Civil de Venezuela¹⁶, y, por tanto, apareja los mismos requisitos y limitaciones propios de ese contrato.

Por otra parte, el mismo artículo establece las controversias excluidas del arbitraje. Primero, del estándar de la transabilidad se excluyen, *per se*, aquellas controversias no susceptibles de transacción. Y, luego, los diversos ordinales en donde, de forma expresa se establecen supuestos de exclusión, hacen notar la intención del legislador de que sean esos y no otros, los supuestos en lo que está excluido el arbitraje. En criterio del autor, dichas causales constituyen un *numerus clausus* y son normas de derecho estricto que son de interpretación restrictiva, y no admiten integración por analogía.

En la actualidad hay algunos autores venezolanos que insisten en que el criterio de la transabilidad aún está vigente. Por ejemplo, ARAQUE BENZO, en su Manual de Arbitraje Comercial que data del año 2011, afirma que el acuerdo de arbitraje no tendrá validez cuando las partes acuerden, al criterio del árbitro, derechos y obligaciones que no pueden ser dispuestos o reconocidos por ellas mediante transacción¹⁷. Sin embargo, como se verá de seguidas, ese criterio evolucionó con la entrada en vigor de la Constitución de 1999.

(ii) Controversias que pueden ser decididas por un Juez

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁸, la cual, de forma expresa, incluyó a los medios alternativos de resolución de conflicto dentro del sistema de justicia (*ex* artículo 253) y dio el mandato expreso al legislador de su promoción (*ex* artículo 258), se produjo un desarrollo tanto en sede

¹⁶ Artículo 1713. “La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”

¹⁷ Luis Alfredo ARAQUE BENZO. *Manual del Arbitraje Comercial*. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 42-47.

¹⁸ Gaceta Oficial número 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999.

legislativa¹⁹ como jurisprudencial de la institución del arbitraje. En tal sentido, la constitucionalización del arbitraje ha facilitado el uso político de la institución, y con ello se amplió el ámbito material de las controversias susceptibles de ser resueltas por árbitros. Por consiguiente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desechado progresivamente la transabilidad —es decir, la renunciabilidad a derechos— como único elemento general para establecer la arbitrabilidad²⁰. De otro modo, y en desarrollo del derecho constitucional al arbitraje, la misma ha favorecido el denominado principio tuitivo y establecido un estándar más amplio.

La sentencia líder en materia de arbitraje dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es la decisión número 1.186 del 18 de julio de 2008 (*caso: Interpretación de la última parte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), donde, entre otras cosas, se estableció el estándar aplicable a la arbitrabilidad objetiva, en los siguientes términos:

...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. (Cursivas del autor)

Este criterio, que tiene carácter vinculante, sustituyó el estándar de transabilidad establecido en la LAC. De hecho, en criterio del autor, a la luz de la sentencia parcialmente transcrita, el estándar de transabilidad pasó a ser inconstitucional y su aplicación es contraria a los preceptos establecidos en la Constitución y a los criterios vinculantes de la Sala Constitucional. Por esa razón, el estándar imperante en el arbitraje comercial venezolano es aquel que equipara las controversias que pueden ser conocidas por un juez a aquellas en donde las partes pueden pactar su arbitraje, y, en consecuencia, ser conocidas por un árbitro. Asimismo, solo están excluidos aquellos supuestos que expresamente establece el artículo 3 de la LAC. Fuera de estos, no existen otros supuestos que adolezcan de arbitrabilidad objetiva.

En este punto conviene hacer referencia a la compatibilidad que existe entre el arbitraje y las nociones de orden público, principio tuitivo y áreas sensibles en las que el

¹⁹ Se pueden mencionar, por ejemplo, la inclusión del arbitraje en el Código Orgánico Tributario y el arbitraje en materia laboral previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

²⁰ Hernando DÍAZ CANDIA. “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Revista del Comité de Arbitraje de Venamchan*. 2010/2011: 5-6. http://www.badellgrau.com/upl/revista_arbitraje.pdf.

legislador ha establecido una protección especial. En efecto, ha existido un intenso debate en la doctrina y en la jurisprudencia, en el cual se ha llegado a tener como una máxima, casi absoluta, que las materias que sean de orden público y opere el principio tuitivo o sean un área sensible (ej. derecho agrario), no son arbitrables. No obstante, dicha afirmación es falaz y carente de todo sustento. Incluso, de una interpretación gramatical del ordinal “a” del artículo 3 de la LAC se observa que la intención del legislador fue excluir las controversias que *sean contrarias al orden público*, por lo tanto, *a contrario sensu*, se concluye que aquellas controversias que versen sobre materias de orden público, y que no le contraríen, son perfectamente arbitrables.

Sobre lo anterior DÍAZ CANDIA afirma que son arbitrables, en general, ciertas áreas o materias especiales en las que deben tutelarse o ampararse sustantivamente quienes en el arbitraje serían débiles jurídicos, y, en consecuencia, gozarían de una protección especial en el régimen sustantivo aplicable²¹. La única diferencia está en que en esas áreas no es dable el arbitraje de equidad. De modo que, solo es concebible el arbitraje de derecho, en virtud de que el tribunal arbitral no puede desconocer el régimen sustantivo aplicable y las protecciones especiales establecidas por el legislador. En esa misma línea, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada decisión, donde estableció lo siguiente:

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "*sensibles*" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa

²¹ DÍAZ CANDIA, *Obra citada*, 6.

e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Entonces, de acuerdo con el criterio transcrito, se observa que no hay obstáculo alguno para que las materias sensibles, o donde impere el orden público, sean arbitrables. Esta afirmación se basa en la naturaleza adjetiva del arbitraje y en que el árbitro no puede desconocer las cautelas o protecciones establecidas por el legislador en el derecho sustantivo. Tal conclusión lleva a hacer perfectamente viable la arbitrabilidad de controversias agrarias (entre particulares), laborales, tributarias, arrendaticias y otras tantas que históricamente han sido excluidas.

En síntesis, el mencionado criterio representa un gran avance a la institución del arbitraje ya que refleja la instrumentalización política de la institución del arbitraje, y abre su ámbito material a la resolución de un amplio número de conflictos. Asimismo, no es un criterio aislado, sino que ha sido ratificado en decisiones posteriores de la Sala Constitucional²² y, al sol de hoy, constituye el estándar aplicable.

II. LA TACHA DE FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Habiendo ya establecido las nociones generales de la arbitrabilidad y determinado el estándar vigente en el ordenamiento jurídico venezolano, conviene profundizar en la institución de la tacha de falsedad del instrumento público y su regulación en Venezuela. Para ello es necesario iniciar por su objeto —el instrumento público—, y luego por su mecanismo de impugnación.

2.1. El documento público y su presunción de certeza

De forma genérica, el documento es toda cosa u objeto, producto del acto humano, capaz de representar un hecho del mundo exterior, siendo su característica fundamental su función representativa²³. Cuando el documento adquiere la forma escrita, pasa a conocerse como instrumento. Siendo así, el instrumento no es otra cosa que un documento

²² STC N° 1067/2010, del 03 de noviembre (*caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.*).

²³ Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES e Isabel Cristina BELLO TABARES. “El procedimiento de tacha de falsedad de los instrumentos públicos en el sistema procesal civil.” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nro. 130 (2007): 17. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv_2007_130_15-52.pdf

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

que consta de forma escrita y que puede tener, de acuerdo con la legislación venezolana, la forma de público, privado o administrativo.

En este sentido, el artículo 1.357 del Código Civil de Venezuela define al instrumento público o auténtico²⁴ como aquel que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado. Además, afirma la doctrina dominante que la calidad de público del documento, escrito o no, tiene su origen en la actividad de un funcionario público en ejercicio del cargo, de manera que comprende las fotografías, películas, cintas, discos, planos, cuadros y similares, que tengan ese origen o que pertenezcan, en consecuencia, a una oficina pública. Por ello, para que exista instrumento público, que es una especie del documento público, deben cumplirse dos requisitos: (i) consistir en un escrito; y, (ii) provenir de un funcionario público en ejercicio del cargo, o estar autorizado por éste²⁵.

Siendo así, estos instrumentos sirven de medio para el ejercicio de la función de *dar fe pública*, que ejercen ciertos funcionarios que han sido facultados por la Ley para *certificar* hechos jurídicos realizados con su intervención o ante ellos. En estos casos, esa fe pública no forma parte del contenido del documento, sino que constituye una calidad propia de éste, otorgada por la intervención del funcionario, quien afirma que los hechos ocurridos en su presencia y a quien se da fe de éstos. Asimismo, en los contratos solemnes, la participación del funcionario constituye un requisito exigido por la ley para la existencia del acto jurídico documentado²⁶.

Además, el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela dota de una presunción de certeza al instrumento público, y hace que éste haga plena fe de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; y

²⁴ A los efectos de esta investigación se tendrá como parte integrante de la noción “documento público” al “documento auténtico”.

²⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II.* (Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía S.A., 1981) 543-544.

²⁶ Eduardo COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.* (Montevideo: Editorial Depalma, 1947) 31-32.

de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar²⁷.

Ahora bien, en cuanto a la forma de impugnación de estos instrumentos, por lo menos en el derecho venezolano, dependerá de quien se afirme que miente en la formación o en la realización de este. Por una parte, si la falsedad proviene de los otorgantes, la forma de impugnación ha de ser por vía de la acción de simulación. Y por la otra, si la falsedad proviene del funcionario público, la forma de impugnación contra la prueba instrumental pública será la tacha de falsedad, toda vez que la fe pública que otorga el funcionario no abraza la verdad de las declaraciones de sus otorgantes.²⁸

2.2. La tacha de falsedad como medio de impugnación

La tacha de falsedad instrumental es una especie impugnación cuyo objeto es la prueba que se formó extraprocesalmente y que adquiere, también fuera del proceso, un valor probatorio, producto de una presunción que nace de su cuerpo. Tal como se evidencia de su regulación, su objeto es redargüir un documento donde intervino un funcionario que merece fe pública²⁹³⁰. Esta tiene como objeto eliminar la eficacia probatoria del instrumento, es decir, solo afecta al mismo y no a su contenido. Esta declaratoria de falsedad no afecta el acto o hecho jurídico documentado.³¹

Asimismo, en el ordenamiento jurídico venezolano, las causales de la tacha de falsedad del documento público están establecidas en el artículo 1.380 del Código Civil de Venezuela³² y su procedimiento en los artículos 438 al 442 del Código de Procedimiento Civil.

²⁷ Artículo 1.359. El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que este facultado para hacerlos constar.

²⁸ BELLO TABARES y BELLO TABARES, *Obra citada*, 27.

²⁹ Jesús Eduardo CABRERA ROMERO. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre. Tomo II.* (Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L, 2007) 20.

³⁰ Para CABRERA ROMERO, debe distinguirse entre impugnación (género) y tacha (especie). Afirma que “la primera engloba el ataque al medio por cualquier causa, mientras que la segunda opera, en casos determinados (testigos o documentos), y por causas preestablecidas”. *Obra citada, Tomo I*, 347.

³¹ BELLO TABARES y BELLO TABARES, *Obra citada*, 47.

³² Artículo 1.380.- El instrumento público o que tenga las apariencias de tal puede tacharse con acción principal o redargüirse incidentalmente como falso, cuando se alegare cualquiera de las siguientes causales: 1º Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma

En este propósito, las causales de la tacha van referidas a la falsificación de la firma del funcionario, la falsificación de la firma de los otorgantes, el fraude o la sorpresa acerca de la comparecencia del otorgante, declaraciones que no ha hecho el otorgante, alteraciones materiales al otorgamiento, y la constancia falsa del funcionario de la fecha y el lugar. Estas, en criterio de la doctrina más autorizada y de la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, son causales taxativas.

Por su parte, los artículos 438 y 439 del Código de Procedimiento Civil establecen que la tacha de falsedad del documento público podrá proponerse de forma principal o incidental, en cualquier estado y grado de la causa³³. Igualmente, el numeral 14 del artículo 442 establece la necesidad de notificar al Ministerio Público, quien participará como tercero de buena fe.

Cabe agregar que en el artículo 442 se establece el procedimiento a seguir, que, en esencia, tiene una fase introductoria, de sustanciación y decisoria. No obstante, a los efectos de este artículo, cobra especial relevancia el numeral 15 del mencionado artículo, ya que establece la posibilidad de las partes de transar en cuanto a la pretensión ejercida en el procedimiento de tacha. A tal efecto, dicho auto de composición voluntaria requiere para su validez el informe del Ministerio Público y la aprobación del tribunal, teniendo como límites materiales la moral y el orden público.

Ahora bien, con relación a los efectos de la transacción, se tiene que la misma tiene por objeto que el instrumento sea o no apreciado en el procedimiento en cuestión, lo cual en nada afecta el acto documentado. En tal caso, el efecto no es otro que desecharse

de éste fue falsificada. 2° Que aun cuando sea auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciere como otorgante del acto fue falsificada. 3° Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario, certificada por éste, sea que el funcionario haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante. 4° Que aun siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acta, ni respecto de él. 5° Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance. Esta causal puede alegarse aun respecto de los instrumentos que sólo aparezcan suscritos por el funcionario público que tenga la facultad de autorizarlos. 6° Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la Ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.

³³ Artículo 438° La tacha de falsedad se puede proponer en juicio civil, ya sea como objeto principal de la causa, ya incidentalmente en el curso de ella, por los motivos expresados en el Código Civil.

Artículo 439° La tacha incidental se puede proponer en cualquier estado o grado de la causa.

el instrumento del proceso, no teniéndose como tal en la sentencia y no siendo apreciado por el operador de justicia. De igual forma, dicha transacción solo producirá efecto entre las partes, de manera que no podrá volver a intentarse la tacha de falsedad, ni por vía principal ni incidental, ya que produjo cosa juzgada³⁴.

En esta misma línea de pensamiento, como fue indicado en la introducción de este trabajo, la declaratoria de procedencia de la tacha del documento público puede tener implicaciones penales, tanto para la parte o para el funcionario que incurrió en el supuesto de hecho denunciado. Todo ello, de acuerdo con el artículo 316 del Código Penal de Venezuela. Por consiguiente, de la sentencia que se dicte en el procedimiento de tacha de falsedad del documento público, puede derivar una remisión al Ministerio Público para que inicie el procedimiento respectivo y determine las responsabilidades penales a que haya lugar.

En síntesis, la tacha de falsedad es el medio específico de impugnación de instrumentos públicos. Sus causales son taxativas. Requiere participación del Ministerio Público, y su decisión puede tener visos penales. Igualmente, se permite una transacción en torno a insistir o no en hacer valer el documento, mas no sobre la procedencia de la causal alegada. Esta transacción requiere autorización del tribunal e informe del Ministerio Público.

En atención a lo antes dicho, se afirma que es una institución tutelada de forma especial por el legislador y en donde está atenuada la libertad de las partes.

III. ¿ES ARBITRABLE LA TACHA DE FALSEDAD DE DOCUMENTOS PÚBLICOS?

En este orden de ideas, para dar respuesta a la pregunta formulada al inicio de esta investigación, se abordará, primero, en qué supuestos es aplicable la tacha de falsedad del instrumento público en el contexto del arbitraje comercial, y, luego, se dará respuesta a la arbitrabilidad o no de la tacha de falsedad.

³⁴ BELLO TABARES y BELLO TABARES, *Obra citada*, 47.

3.1. ¿Cuál es el derecho aplicable al documento?

La aplicabilidad o no del procedimiento de tacha de falsedad del instrumento público, ya sea por vía principal o incidental dentro del arbitraje, dependerá del derecho que rija al instrumento en cuestión. En tal sentido, para determinar el derecho aplicable al instrumento, en el ordenamiento jurídico venezolano se debe acudir al artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado³⁵. En ese artículo el legislador concedió a las partes la facultad de elegir entre tres derechos posibles: El del lugar de la celebración del acto, el que rige el contenido del acto y el domicilio de su o sus otorgantes³⁶. A falta de voluntad de las partes, se entiende que regirá el principio del *locus regit actum*, según el cual, la ley del lugar de la celebración del acto rige las formas, o la ley del lugar de la celebración rige la exigencia de una forma determinada, como la forma en sí³⁷.

De acuerdo con lo mencionado, y aplicando estas premisas al objeto de estudio, se tiene que, por una parte, si el instrumento se rige por el derecho venezolano, deberá seguirse el procedimiento establecido para su impugnación, que no es otro que el de la tacha de falsedad. Por otra parte, si se rige por un derecho distinto al venezolano, deberá seguirse para su impugnación el medio establecido por tal derecho. Por lo tanto, es a partir del derecho que rige al instrumento que opera o no la tacha de falsedad del instrumento público.

3.2. Una respuesta a partir de principios

Seguidamente, y ya dando respuesta al objeto de esta investigación a partir de las premisas establecidas en los capítulos anteriores, se observa que existen sólidos

³⁵ Artículo 37. Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; o 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes.

³⁶ En la exposición de motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, con relación al carácter facultativo del derecho aplicable al documento, se estableció que: “En el capítulo VIII se ha verificado una reforma sustancial en materia de forma de los actos, otorgando un carácter facultativo a la regla *locus regit actum* (artículo 37) y reduciendo, por lo tanto, en las relaciones jurídico-privadas internacionales, la posibilidad de nulidad de los actos por simples razones de carácter formal. Así se recogen también las orientaciones dominantes en la doctrina y en la legislación comparada, tanto internacional como interna. Por lo demás, la norma está formulada con suficiente amplitud, a fin de que el criterio resulte aplicable a los requisitos formales de los actos de última voluntad, del matrimonio y de la adopción, lo cual implica una clara modificación de las disposiciones legales vigentes.”

³⁷ Francisco José SERVIDIO. “La regla '*locus regit actum*' en las sucesiones, el conocimiento de la ley extranjera y la competencia notarial.” *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*. Nro. 29 (1975): 1. <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/10/RNCba-29-1975-14-Jornadas.pdf>.

argumentos que confirman la arbitrabilidad de la tacha de falsedad del instrumento público. Por una parte, de acuerdo con el estándar de transabilidad establecido en la LAC, se concluye que la tacha es arbitrable porque es transable. En efecto, el numeral 15 del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad de que las partes transen en el procedimiento de tacha. Claro está, con la salvedad de que requieren el informe del Ministerio Público y la autorización del Tribunal, no obstante, se permite la transacción, y, por consiguiente, entra en el estándar de transabilidad.

Por otra parte, bajo el estándar vigente también es arbitrable la tacha. Su naturaleza de orden público, causales taxativas, participación del Ministerio Público y posibles consecuencias penales, en nada impiden al árbitro, en ejercicio del principio tuitivo, conocer y decidir el procedimiento de tacha cumpliendo con todas las protecciones establecidas por el legislador. De hecho, en criterio del autor, el principio de colaboración que existe entre el árbitro y el poder judicial es extensible al resto de los órganos que integran el sistema de justicia (ej. Ministerio Público). No se puede concebir al arbitraje como integrante del sistema de justicia y, a la vez, aislarlo del mismo. Por el contrario, como integrante de un sistema, debe colaborar y recibir colaboración del resto de los miembros del sistema a los fines de lograr su fin último, que no es otro que la realización de la justicia. Claro está, haciendo la salvedad de que se debe respetar el principio de confidencialidad propio de la institución del arbitraje.

Sin embargo, además de las razones comentadas, en criterio del autor, se puede llegar a conclusiones aún más contundentes a partir de los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y autonomía del acuerdo de arbitraje o *severability* establecidos en la LAC.

En tal sentido, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* establece la facultad de todo tribunal arbitral de decidir primero sobre su propia competencia, decisión que está sometida a control judicial posterior³⁸. Este principio tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico venezolano en el artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales

³⁸ Robert SMITH. "Separability and competence-competence in International Arbitration." *American Bar Association*. 7 de mayo de 2003, citado por José Alberto RAMÍREZ. "Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje." *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*. Nro. 9. (2010): 137.

Extranjeras³⁹⁴⁰, y en los artículos 7 y 25 de la LAC⁴¹⁴². A su vez, va enlazado con el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje o *separability*, el cual implica que el acuerdo de arbitraje no está atado a la validez del contrato que le contiene⁴³. Aunque ambos principios están relacionados, buscan evitar peligros distintos.

Como afirma GONZÁLEZ DE COSSÍO, el punto de partida es el mismo: el deseo de dar efectos al acuerdo de arbitraje de las partes, en lugar de recurrir al litigio tradicional. En este sentido, en caso de no existir el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, ante una controversia que surja entre las partes derivada del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje, y una de las partes cuestiona el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrir a la jurisdicción ordinaria para que decida si esa controversia cae en la jurisdicción del árbitro. El resultado sería irónico, además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar⁴⁴.

De igual forma, continúa afirmando el citado autor, en caso de que el principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje fuese inexistente, si la pretensión de una de las partes en controversia versa que el contrato o el acuerdo arbitral sea declarado nulo, dado el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, tendría que arbitrarse dicha controversia, para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Sin embargo, esto podría conducir a un absurdo: Si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral –que es parte del contrato– como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo de arbitraje sería nulo, y el laudo no tendría efectos jurídicos ya que el tribunal arbitral nunca tuvo

³⁹ Gaceta Oficial número: 4.832, Extraordinario, de fecha 29 de diciembre de 1994.

⁴⁰ El artículo II.3 establece: “Artículo II. (...) 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

⁴¹ Artículo 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.

⁴² Artículo 25. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia 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. (...)

⁴³ Robert SMITH. *Obra citada*. Página 136.

⁴⁴ Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO. *El principio Competence-Compétence Revisado*. 3. https://www.u-cursos.cl/derecho/2006/2/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=109403.

jurisdicción para dictar el mismo. Todo ello daría un resultado lógico, como jurídico, pero completamente ajeno a la voluntad de las partes⁴⁵.

Por consiguiente, ambos principios vienen a preservar la coherencia de la institución arbitral y así evitar que se torpedee el mecanismo, con tan solo alegar la nulidad del negocio que se trate o, en relación con el asunto que nos ocupa en esta investigación, se pretenda tachar, por vía principal, el documento contentivo del acuerdo de arbitraje. Además, y aquí considera el autor que está el *quid* del asunto, es que cualquier cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia del documento que contiene el acuerdo de arbitraje, es arropada por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y autonomía del acuerdo de arbitraje, y, por lo tanto, su conocimiento corresponde a la jurisdicción arbitral.

Esta tesis encuentra su sustento en los argumentos de GONZÁLEZ COSSÍO, que, incluso, son citados por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la mencionada sentencia número: 1.186 dictada el 18 de julio de 2008, donde estableció lo siguiente:

“(...)” al surgir todo procedimiento arbitral del libre albedrío de las partes, es decir, de su voluntad expresa, en pleno uso de sus facultades, de subyugar, total o parcialmente, determinado o determinable conflicto, a la jurisdicción de un árbitro o tribunal arbitral, se demuestra la intencionalidad de las partes de prescindir del Poder Judicial del Estado (...). De tal forma que toda resolución emitida por jueces o tribunales que recaiga sobre cuestiones que no sean propiamente de orden o interés público y que además, hayan sido explícitamente encomendadas al poderío exclusivo de un determinado árbitro o tribunal arbitral, incluyendo toda cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula arbitral, acabaría violentando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo tan alarmante, que se vería pisoteado tanto en su sano albedrío como la razón de existencia de todo procedimiento, medio o instrumento alterno que intente de manera justa, viable y eficaz, dar solución al sin número de conflictos que se suscitan en el creciente tráfico de negocios y servicios de la sociedad de hoy’ (...)” Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. Ob. Cit., p. 15.

Entonces resulta que, la tacha de falsedad del instrumento público, al ir dirigida a la validez, nulidad o inexistencia del instrumento contentivo del acuerdo de arbitraje, es

⁴⁵ *Ibidem.* 3.

arropada por el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, y su jurisdicción corresponde al árbitro. En tal sentido, haciendo un mapa del recorrido del ejercicio de la tacha de falsedad por vía principal, se tiene que la misma debe ser conocida y decidida por el árbitro, y, en caso de ser declarada la nulidad del instrumento, operaría el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje. Por otra parte, cuando la tacha es ejercida de forma incidental, de acuerdo con el estándar de arbitrabilidad vigente en el ordenamiento jurídico venezolano, el mismo árbitro que conoce de la causa principal deberá conocer y decidir la incidencia de la tacha, con el respeto de las garantías especiales establecidas por el legislador. Claro está, en ambos casos será aplicable el procedimiento de tacha siempre y cuando el derecho aplicable al instrumento sea el derecho venezolano. De no ser así, se debería seguir el mecanismo de impugnación establecido en el derecho que regula al instrumento en cuestión.

En suma, la tacha de falsedad del documento público es arbitrable, con base al estándar vigente de arbitrabilidad objetiva establecido en el ordenamiento jurídico venezolano, y, también, al estar arropada por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de autonomía del acuerdo de arbitraje. Siendo así, el árbitro tiene facultades para revisar los requisitos formales del instrumento y, en consecuencia, pronunciarse sobre su eficacia probatoria.

Por último, conviene distinguir entre la tacha como mecanismo de impugnación del instrumento público y la valoración del instrumento en sí, todo ello en atención al sistema probatorio pactado por las partes para el procedimiento de arbitraje. En tal sentido, como ya fue afirmado, la aplicación o no de la tacha de falsedad dependerá del derecho que regula al instrumento en cuestión. Ahora bien, la valoración del instrumento dependerá de las normas probatorias pactadas por las partes. Si han pactado las normas del procedimiento civil venezolano, el instrumento público hará valor de plena prueba de conformidad con el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela. Pero si han pactado un sistema probatorio distinto (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*; Reglas de Praga –*Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el Arbitraje Internacional*–; o, alguna otra estructura convencional que incluya total o parcialmente un sistema tarifado), el árbitro valorará al instrumento público de acuerdo con las normas de tal sistema.

CONCLUSIONES

La arbitrabilidad es una noción propia de la institución del arbitraje y se refiere a aquello que es susceptible de ser arbitrado. Esta tiene dos dimensiones: subjetiva o *ratio personae*; y, objetiva o *ratio materiae*. En el caso de la arbitrabilidad objetiva no existe una fórmula uniforme para establecer su estándar, cada uno de los Estados, conforme a su legislación interna, y de acuerdo con su política hacia la institución del arbitraje, determinará la amplitud o no de tal noción. No obstante, a pesar de la falta de consenso en cuanto a la noción, hay rasgos comunes con el aspecto comercial y patrimonial de la controversia, y la existencia de límites.

En el ordenamiento jurídico venezolano el estándar de arbitrabilidad objetiva ha variado. En principio, era aplicable el estándar de la transabilidad establecido en el artículo 3 de la LAC. Luego, con la constitucionalización del arbitraje y su inclusión dentro del sistema de justicia, el estándar se amplió y, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se estableció que es arbitrable todo lo que puede ser decidido por un juez. Además, se incluyó el principio tuitivo y se afirmó la arbitrabilidad de áreas sensibles.

Por otra parte, el instrumento público es aquel que consta por escrito y proviene de un funcionario público en el ejercicio de su cargo, o que ha sido autorizado por éste, y que, de acuerdo con el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela, goza de fe pública.

La tacha de falsedad es el medio específico de impugnación del instrumento público. Sus causales son taxativas. Requiere participación del Ministerio Público, y su decisión puede tener visos penales. De igual forma, se permite la transacción en torno a insistir o no en hacer valer el documento, mas no sobre la procedencia de la causal alegada. Esta transacción requiere autorización del tribunal y participación del Ministerio Público. Siendo así, es una institución tutelada de forma especial por el legislador y en donde está atenuada la libertad de las partes.

Ahora bien, en el caso particular de la tacha de falsedad del documento público, se determinó que la misma será aplicable, como mecanismo de impugnación, en aquellos casos en donde el derecho venezolano sea el que rija el documento. El artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece la facultad de las partes de elegir, entre

3 alternativas posibles, el derecho que regirá al documento. En caso del derecho que rija al documento sea distinto al venezolano, se deberá seguir el mecanismo de impugnación establecido en tal derecho.

Por otra parte, como resultado de esta investigación, se tiene que la tacha de falsedad de instrumentos públicos es arbitrable con base al estándar vigente de arbitrabilidad objetiva establecido en el ordenamiento jurídico venezolano. Este procedimiento, al poder ser decidido por un juez, también puede ser decidido por un árbitro. Asimismo, y reforzando este argumento, se observa que está arropado por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de autonomía del acuerdo de arbitraje. Siendo así, el árbitro tiene facultades para revisar los requisitos formales del instrumento, verificar las actuaciones del funcionario y, en caso de declararse procedente la tacha de falsedad, puede eliminar el manto de fe pública del instrumento cuestionado.

Por último, se debe distinguir entre la tacha como mecanismo de impugnación del instrumento público y la valoración del instrumento en sí. El mecanismo de impugnación del instrumento dependerá del derecho que le regula. En caso de ser el derecho venezolano, la tacha será el mecanismo específico para los instrumentos públicos. Por otra parte, la valoración del instrumento dependerá de las normas probatorias pactadas por las partes. Si han pactado las normas del procedimiento civil venezolano, el instrumento público hará valor de plena prueba de conformidad con el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela. Pero si han pactado un sistema probatorio distinto (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*; Reglas de Praga –*Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el Arbitraje Internacional*–; o, alguna otra estructura convencional que incluya total o parcialmente un sistema tarifado), el árbitro valorará al instrumento público de acuerdo con las normas propias de tal sistema.

BIBLIOGRAFÍA

ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero y BELLO TABARES, Isabel Cristina. “El procedimiento de tacha de falsedad de los instrumentos públicos en sistema procesal civil.” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la*

Universidad Central de Venezuela. Nro. 130 (2007): 17.
http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv_2007_130_15-52.pdf.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre.* Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1997.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre.* Tomo II. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1997.

CAIVANO, Roque J., “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Foro Jurídico.* Pontificia Universidad Católica de Perú. Nro. 13: 62-78.

CAIVANO, Roque J., “La expansión de la materia arbitrable, en dos ejemplos recientes que ofrece el derecho comparado”. *El Derecho (ED)*, número: 13.306, 23 de agosto de 2013, 1. <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf>.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.* Montevideo, Editorial Depalma, 1947.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo II. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía S.A., 1981.

DÍAZ CANDIA, Hernando, “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Revista del Comité de Arbitraje de Venamchan.* 2010/2011.
http://www.badellgrau.com/upl/revista_arbitraje.pdf.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El principio Compétence-Compétence Revisado.*
https://www.ucv.cl/cursos/derecho/2006/2/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=109403.

JARROSSON, Charles: “*L’arbitrabilité: présentation méthodologique.*”, *Revue de jurisprudence commerciale*, enero 1996, p. 1., citado por CAIVANO, Roque J., *Arbitrabilidad y Orden Público.* *Foro Jurídico.* Pontificia Universidad Católica de Perú, número: 13.

Fidel A. Castillo Gómez

RAMÍREZ, José Alberto, “Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje.” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*. Nro. 9, 2010.

SERVIDIO, Francisco José. “La regla '*locus regit actum*' en las sucesiones, el conocimiento de la ley extranjera y la competencia notarial.” *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*. Nro. 29, 1975.
<http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/10/RNCba-29-1975-14-Jornadas.pdf>.

VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, Nro. 1 (2006).
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008.