

BIBLIOTECA DE LA
ACADEMIA DE CIENCIAS
POLITICAS Y SOCIALES

BIBLIOTECA DE LA
ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

LA LEY DEL
ARBITRAJE
COMERCIAL

DPRC 44.1
VARIOS
33-0026 1/1

13

SERIE EVENTOS
Caracas / 1999

**RECURSOS CONTRA EL
LAUDO ARBITRAL COMERCIAL**

ANDRES A. MEZGRAVIS

I. PRELIMINAR:

Las diferentes posiciones doctrinales en torno a la naturaleza del arbitraje y del laudo arbitral, y el cabal entendimiento de las relaciones entre tribunales judiciales y tribunales arbitrales, han incidido mundialmente en la configuración del régimen de recursos contra los laudos arbitrales. Dada la enorme variedad de regímenes en cuanto a la naturaleza, motivos, procedimiento y efectos de los recursos posibles, este tema constituye hoy uno de los más complejos del Derecho del arbitraje¹.

La Ley Modelo UNCITRAL, atiende el llamado de la doctrina que ha criticado la patética diversidad de controles que existen en el Derecho comparado sobre el proceso arbitral, y en este sentido pretende la unificación de los recursos siguiendo la tendencia moderna de estructurar la impugnación del laudo arbitral sobre la base del recurso de nulidad, por motivos taxativos idénticos a los previstos en la Convención de Nueva York².

-
- 1 Cfr. CHILLON MEDINA José María, y MERINO MERCHAN José Fernando; *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Edit. Civitas, sgda edic., Madrid, 1991, p. 993 y la bibliografía citada en su nota 1.
 - 2 Para un amplio estudio sobre la formación de la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en fecha 21 de junio de 1.985, véase PARRA-ARANGUREN Gonzalo; "La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985), *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 97, UCV, Caracas, 1.995, pp. 265-403.

En este orden de ideas, se dice en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Arbitraje Comercial venezolana, que éste se inspira en la reconocida Ley Modelo UNCITRAL. Sin embargo, al igual que ha ocurrido en otras legislaciones que con orgullo señalan haberla adoptado, son muchos los cambios introducidos en la legislación venezolana que lamentablemente frenan las aspiraciones de unificar las distintas soluciones. En todos los casos, las legislaciones pretenden justificar esos cambios sosteniendo particulares necesidades del país en cuestión. No nos corresponde juzgar, cuáles de esos cambios en la legislación venezolana responden a verdaderas necesidades autóctonas, y cuáles constituyen manifestaciones del afán de legislar³. Sólo nos atañe aquí, reproducir los valiosos estudios de quienes ya en el Derecho comparado se han pronunciado sobre algunas de las normas que reproduce la ley venezolana de la Ley Modelo UNCITRAL, por un lado, y por otro, aventurarnos a indagar el sentido y alcance jurídico de aquellas normas innovadoras que responden a diferentes motivaciones.

Comenzaremos por explicar algunas nociones básicas, para luego adentrarnos en asuntos más complejos, pero antes queremos hacer otra advertencia: la gran mayoría de las disposiciones conte-

3 Cabe advertir, que por nuestra parte intentamos convencer a varias de las personas involucradas con el proyecto (autores y algunos parlamentarios) de la necesidad de reproducir íntegramente en el texto venezolano la Ley Modelo UNCITRAL, sin omitir disposición alguna y sin variar su contenido. Atendiendo a la penosa realidad judicial venezolana, sugerimos junto a varios colegas, algunos de los cuales son ponentes en esta Conferencia, la inclusión en el proyecto de un nuevo capítulo que en modo alguno atentaba contra lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, sino que la complementaba en caso de silencio de las partes. La Ley Modelo UNCITRAL, como se sabe, regula exclusivamente el arbitraje convencional, y el objetivo de ese nuevo capítulo, era el de invertir la regla en materia comercial, de manera que aquellos comerciantes que quisieran acudir a la justicia judicial para resolver sus controversias tuvieran, entonces, que celebrar un acuerdo en el cual se manifestara expresamente la renuncia al arbitraje y la voluntad de someterse a la justicia judicial, puesto que en caso contrario correspondería, conforme a la ley, el arbitraje legal. Esta simple sugerencia, que constituía una profunda reforma judicial, no fue comprendida por algunos pocos, fue rechazada por otros -por sinceras, aunque débiles convicciones académicas-, y atacada por la mayoría por razones inconfesables.

nidas en la Ley de Arbitraje Comercial que se apartan de la Ley Modelo UNCITRAL, especialmente las referentes al recurso de nulidad, son ambiguas y crean enormes vacíos legislativos, sobre los cuales obviamente, por el escaso tiempo transcurrido desde la fecha de entrada en vigencia de la ley, no existe hasta la fecha jurisprudencia que se haya pronunciado al respecto. Por estas razones, si este trabajo tan solo llega a servir de guía para delinear un criterio doctrinal uniforme sobre esos aspectos, incluso contrario a las opiniones aquí expuestas, nos sentiremos complacidos por el esfuerzo emprendido.

II. NOCIONES GENERALES NECESARIAS PARA LA COMPRENSIÓN DEL TEMA:

La antigua polémica en torno a la naturaleza del arbitraje pareciera estar perdiendo el apasionamiento que la caracterizó en otro tiempo⁴. Sin embargo, pensamos que la mayor o menor flexibilidad del régimen del arbitraje en general, y especialmente la regulación de los recursos contra el laudo arbitral, depende en gran parte de la visión *contractualista* o *jurisdiccional* que se tenga.

Pretender resolver esa polémica en la que han participado los más calificados juristas, además de presuntuoso y utópico, escaparía del objeto de este trabajo, y por ello, nos limitamos aquí a sugerir que sea abordada desde una perspectiva pragmática como lo hace Pantaleón Prieto, al preguntar: "Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual-civil o un arbitraje jurisdiccional-procesal? La respuesta me parece obvia; un arbitraje lo más contractual-civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible), por lo que respeta al convenio arbitral, la designación de árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional-procesal posible en materia de ejecu-

4 Cfr. BARONA VILAR Silvia: "El recurso de anulación del laudo arbitral", *Rev. de la Corte Española de Arbitraje*, 1.988-1.989, p. 112.

toriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste propio de una sentencia judicial⁵.

En este mismo orden de ideas, debemos hacer énfasis en lo que constituye el principio rector del Derecho del arbitraje en general: "la autonomía de la voluntad". Por tanto, la revisión de los laudos está sujeta a lo que las partes hayan convenido al aceptar el arbitraje como mecanismo alternativo para solucionar sus controversias. No debe olvidarse que el sistema arbitral deviene de la voluntad de las partes sobre materia necesariamente disponible o en la que cabe transacción, y por ello, el alcance de la función que se atribuye a los árbitros queda determinada en primer término por lo pactado. Sólo en caso de silencio o en defecto de acuerdo particular corresponde aplicar las normas procesales, las cuales en términos generales son supletorias, a excepción de muy limitados supuestos en que la ley lo dispone con carácter imperativo⁶.

En cuanto a las normas legales que correspondería aplicar en caso de silencio de las partes, debemos señalar que en términos generales, y así lo corrobora al artículo 8 del Código de Procedimiento Civil venezolano, los Convenios Internacionales son de aplicación preferente si de arbitrajes internacionales se trata, y si se está en presencia de un arbitraje interno, no debe olvidarse que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre arbitraje no han sido derogadas; ellas siguen teniendo plena vigencia en todas aquellas materias que no han sido reguladas por la Ley de Arbitraje Comercial. Por tanto, en caso de silencio de las partes y de la Ley de Arbitraje Comercial, será entonces procedente la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de materia comercial y así disponerlo expresamente la legislación mercantil⁷.

5 PANTALEON PRIETO, "Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje", citado por CORDON MORENO Faustino: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Edic., Aranzadi, Navarra, 1.995, p. 32, nota 1.

6 Cfr. CAIVANO Roque J.; *Arbitraje, su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Buenos Aires, 1993, p. 252.

7 Negar la aplicación supletoria del CPC al arbitraje comercial, es tanto como negar la vigencia que éste ha tenido por más de un siglo, antes de la promulgación de la LAC. Por otra parte, no debe olvidarse que la costumbre mercantil

Otra noción que se debe tener presente, es la del laudo arbitral, el cual puede ser definido como la decisión de los árbitros que resuelve las cuestiones que las partes le sometieron y pone fin a la controversia que tiene sólo una instancia si no se consagra en el acuerdo arbitral o en el compromiso arbitral el recurso de apelación⁸. Tratándose del acto que denota, para un sector importante de la doctrina, la manera más clara del ejercicio de la función jurisdiccional⁹, el laudo arbitral reviste las características de una sentencia judicial¹⁰.

es fuente de derecho mercantil cuando el caso no está resuelto especialmente en esa legislación (art. 9 C. Com). Sobre este particular GOLDSCHMIDT Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas 1964, p. 45 y ss, quien sostiene que primero deben tomarse en cuenta las costumbres mercantiles antes de acudir supletoriamente al Código Civil. El art. 8 de la LAC establece que los árbitros tendrán siempre en cuenta los usos y costumbres mercantiles.

- 8 Art. 624 del CPC, en concordancia con el principio de que en el arbitraje rige la autonomía de la voluntad y las normas procesales son supletorias.
- 9 No sólo compete al Poder Judicial la función de administrar justicia, y por ello mal puede identificarse la función jurisdiccional con la judicial. Para un análisis de este asunto, véase MEZGRAVIS Andrés A.; "La unidad de la jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano", *Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 108, UCV, Caracas 1.998, p. 326-328.
- 10 Cfr. CAIVANO, ob cit., p. 251. En nuestro criterio, el laudo tiene fuerza de sentencia pero no es una verdadera sentencia judicial tal y como lo hemos sostenido en otras oportunidades: MEZGRAVIS Andrés A.: "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje", *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 50, Caracas 1.996. También en "La unidad de la jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano", *ob. cit.*, nota 209, p. 393. Para una análisis más detenido, véase además de la bibliografía ahí citada, las diferencias entre el laudo y la sentencia resaltadas por la jurisprudencia española, especialmente en el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 1) del 20-6-93, recogidas en la obra de CORDON MORENO, *ob. cit.*, p. 32 y ss. La reciente Ley de Arbitraje Comercial si bien aclara el alcance de las funciones de los árbitros comerciales, en puntos tan controvertidos como la declaratoria de su propia competencia, la nulidad del acuerdo arbitral, la facultad de dictar medidas preventivas, y además deroga la necesidad de pasar al Juez el laudo y los autos a los fines de su publicación, en nada hace variar esta postura, ya que lo que modifica la nueva ley es la oportunidad o momento en el cual comienzan a transcurrir los lapsos para los recursos a que haya lugar (art. 625 CPC). Es decir, no hace falta que el Juez publique el laudo arbitral para que comience a transcurrir el lapso para intentar el recurso de nulidad. Ninguna de las funciones decisorias antes enunciadas que acertadamente pre-

En principio el laudo es de obligatorio cumplimiento y por ello vinculante para las partes desde el mismo momento de su notificación. Esto se infiere del artículo 31 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana que establece textualmente: "Dictado el laudo el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante la entrega de una copia firmada por los árbitros, y el mismo será de obligatorio cumplimiento".

Para el ordenamiento jurídico venezolano, el laudo arbitral, independientemente del país en que haya sido dictado, debe ser cumplido como si se tratara de una sentencia judicial venezolana. No obstante, como sabemos, el tribunal arbitral carece de atribuciones para hacer cumplir coactivamente su propio laudo; por consiguiente en caso de que la parte vencida no cumpla voluntariamente el laudo, el vencedor, conforme al artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, podrá solicitar la ejecución forzosa del laudo al tribunal judicial de primera instancia que hubiera sido competente para conocer la controversia sometida a arbitraje¹¹.

cisa la Ley de Arbitraje Comercial, implica el uso del poder coactivo. Por ende, seguimos pensando que la postura (contractual o jurisdiccional) que se adopte frente a la antigua polémica sobre la naturaleza del arbitraje, dependerá del criterio que se tenga respecto a si la "coacción" es o no un elemento constitutivo de la jurisdicción.

- 11 Establece el art. 523 del CPC la ejecución de los laudos arbitrales en los siguientes términos: "La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia. Si fuere un Tribunal de arbitramento el que haya conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitramento". Por su parte, el artículo 48 de la LAC, establece: "El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario".

III. RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL: LA NULIDAD COMO ÚNICO RECURSO:

iii.a) *Planteamiento general:*

En su concepción original, el proceso arbitral excluía toda idea de impugnación¹². A mediados del siglo XIII, las Siete Partidas, gran monumento jurídico atribuido al gran rey llamado Alfonso el Sabio, establecen que las resoluciones dictadas "por buen varón", al que las partes acudieran, y que hoy conocemos con el nombre de laudos arbitrales, son del todo irrecorribles, salvo cuando hubieren sido dictadas maliciosamente o cuando estuvieren viciadas en alguno de sus requisitos fundamentales.¹³

Se ha dicho que por razones psicológicas y sociales, los recursos han existido en casi todas las épocas. Pareciera que el reconocimiento del derecho a impugnar una resolución responde a una tendencia natural del ser humano frente al temor de que se consumen vicios o irregularidades en los actos. La necesidad de sentir confianza en que una injusticia podría ser reparada por un nuevo juzgamiento de la situación, es lo que en definitiva provoca la consagración de los recursos; lo que a su vez plantea discusiones doctrinales desde muy antiguo respecto a si debe haber una, dos o más instancias¹⁴.

-
- 12 Cfr. VESCOVI Enrique; *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1.988, p. 16.
- 13 En este sentido GOÑI José Luis; "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Rev. de la Corte Española de Arbitraje*, 1.995, p. 105, quien señala que las Siete Partidas han estado vigentes en el Estado norteamericano de Lousiana, como Derecho supletorio, hasta fechas muy recientes. Para unas notas históricas: BARONA VILAR; *ob cit.*, pp. 112-116. Para un estudio sobre la evolución histórica: MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1.981, p. 261 y ss.
- 14 Cfr. VESCOVI Enrique; *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1.988, p. 25-29. Se pregunta por ejemplo, si el tribunal de segunda instancia predominara y, por otra parte, si es el que está mejor integrado, por qué no se suprime, entonces, la primera instancia?

El excesivo deseo de perfeccionar las formas y recursos procesales, han traído como consecuencia una distorsión de la finalidad del proceso, al punto de predominar en el respectivo juzgamiento la rigurosa revisión del cumplimiento de las reglas y hasta técnicas procesales, en lugar de determinar, en un tiempo razonable, la veracidad de los argumentos de fondo.

Pareciera que por esas razones, la tendencia actual de las legislaciones modernas es la de rescatar la principal finalidad del proceso: justicia y celeridad. Ello, quizás, explique el apogeo y fervor mundial con que actualmente se difunde, como una solución mágica, el mecanismo más antiguo de solución de las controversias (el arbitraje).

También por esas razones, el propio procedimiento arbitral que trató de "perfeccionarse" al punto de consagrarse en algunos países como España y Francia, el recurso de apelación y hasta el de Casación¹⁵ tienden hoy a concentrarse en los objetivos primordiales antes indicados.

Al igual que en los orígenes primitivos del arbitraje, se retoma actualmente la idea de que "es inherente a la naturaleza del laudo arbitral su carácter definitivo e incluso firme; por consiguiente, cualquier instancia interpuesta y con mayor razón si esa instancia no es arbitral, (sino judicial) supone una mala inteligencia sobre el alcance y naturaleza del proceso de arbitraje, y más concretamente sobre su resultado, esto es, el laudo arbitral"¹⁶.

Comienza nuevamente a reconocerse la importancia de los rasgos esencialmente contractuales del arbitraje, el cual versa nece-

sariamente sobre materia disponible. Las manifestaciones más modernas de la doctrina comienzan a rescatar estas nociones básicas que ayudan a comprender la libertad que tienen las partes de conducir el proceso arbitral de la manera que mejor les parezca y sin intervención de los tribunales judiciales¹⁷.

Tal y como el profesor belga Francois Rigaux enseña: "Es posible creer que la institución del arbitraje quedaría deformada e inclusive perdería su naturaleza esencial, si el proceso arbitral debe seguir subsecuentemente un proceso ante los tribunales del Estado"¹⁸.

Y es que en esto, luego de Malasia,¹⁹ Bélgica ha llevado la vanguardia, ya que su ley del 27 de marzo de 1.985, no sólo excluye el recurso de apelación, casación, invalidación etc., sino que además establece expresamente en su artículo 1.717, que los tribunales belgas no oirán el *recurso de nulidad* salvo que una de las partes reúna algún factor de conexión con ese ordenamiento. En efecto, establece dicha disposición legal:

"Las Cortes de Bélgica oirán el recurso de anulación únicamente si al menos una de las partes en la controversia decidida por el laudo es bien una persona natural que tenga su nacionalidad o residencia en Bélgica, o bien, una persona jurídica creada en Bélgica o que tenga una subsidiaria belga u otros establecimientos²⁰".

15 Consagrado en España a partir de la Nueva y *Novísima Recopilación* que se ratifica en la Constitución de Cádiz, en la *LEC de 1.855*; en la *LEC de 1.881*, en la *Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1.953*, y sustituido por el recurso de nulidad en la *Ley de Arbitraje de 1.988*. En Francia, hasta donde sabemos, todavía subsiste para el arbitraje laboral. Para unas notas jurisprudenciales y comentarios doctrinales en el Derecho francés: MOTULSKY Henri; *Études et notes sur L'arbitrage*, Dalloz, París 1974, p. 243 y ss. JARROSSON Charles; "La notion D'arbitrage", *Librairie Generale de Droit et Jurisprudence*, París, 1987, 63 y ss.

16 CHILLON MEDINA, y MERINO MERCHAN; *ob cit.*, p. 358-359, entre paréntesis nuestro.

17 En este sentido, CRAIG Willian Laurence: *The Uses and Abuses of Appeal From International Awards*, "Symposium Private Investors Abroad, Problems and Solutions. International and Comparative Law Center", Dallas, Texas, 1987.

18 RIGAUX Francois: *Souverainite 'de 'etats et arbitrage transnationale* in *Le droit des relations 'economiques internationales: 'etudes offertes 'a Berthold Goldman*, citado por CRAIG, *ob cit.*, p. 11. Traducción libre del inglés al castellano.

19 El art. 34 Sec. 1 del Estatuto de Arbitraje de Malasia reformado en 1.980, prevé que la ley no será aplicable a los arbitrajes sometidos al Centro de Arbitraje Kuala Lumpur, el cual excluye cualquier recurso ante los tribunales durante el arbitraje o luego de dictado el laudo. Cfr. BERGER Klaus: *International Economic Arbitration*, Kluwer law and taxation publishers, Boston 1.993, p. 712, nota 401.

20 Extraído de la obra de BORN Gary B.: *International Commercial Arbitration in the United States, Commentary & Materials*, p. 653. Traducción libre del inglés.

Entendemos que esta disposición tiene por fin incentivar el arbitraje internacional en ese país, ya que el laudo arbitral que allí se dictare conforme al acuerdo de partes extranjeras, no podría ser impugnado²¹.

La legislación suiza, por su parte, rompe los esquemas contemporáneos, al establecer en el artículo 192 de la Ley de Derecho Internacional Privado, del 18 de Diciembre de 1.987, que:

(1) "En caso de que ninguna de las partes tenga su domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial en Suiza, éstas podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante acuerdo escrito celebrado posteriormente, excluir todo procedimiento de impugnación o limitar dichos procedimientos a una o algunas de las causales de nulidad previstas en el artículo 190, Parágrafo 2 de la presente ley.

(2) En caso de que las partes hayan excluido todo procedimiento de impugnación y en caso de que el laudo arbitral vaya a ser ejecutado en Suiza, se aplicará por analogía la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de fecha 10 de junio de 1958²²".

La legislación española, que desde antiguo venía favoreciendo y hasta incrementando el control judicial del arbitraje, da un giro importante y, aunque en forma mucho más conservadora, se une a esta tendencia con la Ley 36/1.988, del 5 de diciembre. El Consejo General de la Abogacía en España, al referirse al anteproyecto de la

21 Para comentarios sobre la Ley belga: STORME: *Belgium: A paradise for International Commercial Arbitration*, 14 Int'l Bus. Law, p. 294 (1986). VANDERELST: *Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum*, 3 J. Int'l Arb. 77 (1986). PAULSSON: *Arbitration Unbound in Belgium*, 2 Arb. Int'l 68 (1986).

22 BERGSTEN Eric; *International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, INC, NY, March, 1998, p. 5. Comentarios sobre la Ley suiza en LALIVE P.; *The new Swiss Law on International Arbitration*, 4 Arb. Int'l 2 (1988). BLES-SING. *The new International Arbitration Law in Switzerland*, 5 J. Int'l Arb. 9 (1988). Para algunas notas críticas sobre ésta ley: BERGER, *ob cit.*, p. 709 y ss.

nueva Ley de arbitraje española, señala que este texto es respetuoso de la voluntad de las partes, poco proclive a formulismos, abierto al arbitraje institucional, opuesto a la fácil impugnación, limitativo de las causas de nulidad, encauzador con prudencia de la intervención judicial y facilitador, en su caso de la ejecución forzosa²³

De allí, que los más conservadores convienen en que es necesario la búsqueda de un equilibrio entre, por un lado, la aceptación de la impugnación y, por el otro, la convicción de que ésta tiene que ser limitada²⁴.

"Con todo se va abriendo paso en las modernas legislaciones una tendencia en pro de la uniformización del régimen de recursos sobre lineamientos comunes"²⁵. En el procedimiento arbitral ese equilibrio parece haberse logrado con la eliminación de los diversos recursos tendiendo a concentrarse el control judicial de los laudos en la coordinación de dos aspectos distintos: el recurso extraordinario de nulidad, para los laudos internos o domésticos, y el *exequátur* para el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución²⁶.

23 Cfr. CORDON MORENO, *ob cit.*, p. 35.

24 Cfr. VESCOVI; *ob cit.*, p. 26.

25 CHILLON MEDINA, y MERINO MERCHANT; *ob cit.*, p. 993.

26 El interesante tema del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros o internacionales dictados fuera del territorio de la República, escapa del objeto de este trabajo, amerita un denso y extenso análisis, y por ello sólo nos permitimos resaltar, con el propósito de facilitar la mejor comprensión del recurso de nulidad, algunas características que diferencian a ambas figuras: la iniciativa de estos dos controles reside normalmente en partes contrapuestas: será la parte perdedora la que intente el recurso de anulación del laudo en el país en que se emitió el laudo, mientras que será la parte ganadora, interesada en ejecutar el laudo en el extranjero, la que inicie los trámites de reconocimiento en el país en que se quiere ejecutar. Puede decirse con propiedad que la negativa del *exequátur* o lo que es igual, el resultado negativo de los trámites de reconocimiento y ejecución del laudo, no produce los mismos efectos que la declaratoria de nulidad del laudo, a pesar de que las causales de nulidad y las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, normalmente coinciden. En efecto, ante el rechazo del reconocimiento y ejecución del laudo, la parte interesada puede dirigirse a otra jurisdicción en la que se presume que la parte condenada en el proceso arbitral tiene bienes, e intentar ahí nue-

La Ley de Arbitraje venezolana, sigue indiscutiblemente esta tendencia al reducir a su mínima expresión la intervención judicial en el proceso arbitral, y establecer expresamente que "contra el laudo arbitral *únicamente* procede el recurso de nulidad" (art. 43). Incluso, puede afirmarse que en este aspecto, la legislación venezolana es más avanzada que otras legislaciones (latinoamericanas y que la propia legislación española), que además del recurso de anula-

vamente dichos trámites. En cambio, la declaratoria con lugar del recurso de nulidad impide que el laudo sea reconocido y ejecutado en cualquier parte del mundo. Por ello, se ha dicho que la nulidad tiene mayor impacto, y que la negativa de reconocimiento o ejecución del laudo no produce efectos propiamente sobre éste. A estos fines: CRAIG Willian Laurence; *The Uses and Abuses of Appeal From International Awards*, Symposium Private Investors Abroad, Problems and Solutions. International and Comparative Law Center, Dallas, Texas, 1.987, p. 13-14. BERGER Klaus; *International Economic Arbitration*, Klauwer law and taxation publishers, Boston 1.993. DAVID Rene; *Arbitration in international trade*, 1985.

Asimismo, es importante destacar que el control de los laudos extranjeros o internacionales se rige por los Convenios internacionales, y sólo a falta de éstos es que tendría aplicación la LAC. En este sentido Venezuela ha ratificado en los últimos años, una importante cantidad de convenios internacionales, entre los que destacan principalmente: La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial; la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocidas como la Convención de Nueva York, la cual confiere jurisdicción para anular el laudo arbitral a los tribunales de dos países: 1) a los tribunales del país donde se dicta el laudo, y 2) a los tribunales del país conforme a cuya Ley se dictó ese laudo. En el campo de las inversiones, Venezuela ratificó el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el cual establece que las aclaratorias, recursos de revisión y anulación tienen que dirigirse al Secretario General de ese Centro. Asimismo, en estos últimos cinco años, Venezuela ha ratificado una importante cantidad de convenios bilaterales, relativos a inversiones, donde el mecanismo para solucionar las controversias, además de la conciliación, es también el arbitraje. Principalmente los países que han ratificado con Venezuela estos convenios bilaterales son: el Reino de los Países Bajos, Barbados, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ecuador, Argentina, Chile, Perú, Brasil, España, Paraguay, Canadá, Costa Rica, Portugal, Suiza y Alemania. Desde el año 1985, Venezuela es parte de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencia y Laudos Arbitrales y desde 1911 de la Convención Bolivariana para la Ejecución de Actos Extranjeros.

ción, todavía conservan el llamado *recurso de revisión*²⁷. Así lo reconoce la propia doctrina española al establecer: "El tipo único de recurso al que se tiende es el recurso de anulación, de características comunes en muchos ordenamientos²⁸".

Como puede inferirse de lo anteriormente expuesto, paradójicamente hoy en día los textos legislativos arbitrales más modernos son aquellos que mejor se aproximan a la concepción original y antigua del arbitraje.

iii.b) *Inadmisibilidad de apelación y casación:*

Antes de pasar a explicar por qué según la legislación venezolana, contra el laudo arbitral comercial resultan inadmisibles otros recursos distintos al recurso de nulidad, creemos conveniente dejar claramente diferenciado desde ya, que una cosa es el régimen de control judicial del laudo arbitral, y otra muy distinta, el régimen de control de la sentencia que resuelve el recurso de nulidad. Este segundo régimen que tiene por objeto una decisión judicial, será tratado más adelante (infra VI).

En lo que a los recursos contra el laudo se refiere, ciertamente la legislación venezolana en el arbitraje comercial se une a la corriente moderna al establecer categóricamente, como antes mencionamos, que contra el laudo arbitral *únicamente* procede el recurso de nulidad. Contrariamente a lo que algunos podrían pensar, la doble instancia no es un requisito constitucional, al menos no en Ve-

27 Las causales del recurso de revisión en estos países son similares a las previstas en Venezuela para el recurso de invalidación (art. 328 del CPC). Para un estudio del recurso de revisión en Colombia: GAMBOA SERRANO Rafael H.: *El proceso arbitral en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, N° 10, p. 212 y ss. Asimismo, BENETTI SALGAR, *El arbitraje en el Derecho Colombiano*, Temis, p. 118 y ss. Para España; CHILLON MEDINA y MERINO MERCHAN, *ob cit.*, p. 371 y ss. CORDON MORENO, *ob cit.*, p. 38.

28 GONI Jose Luis: "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Rev. de la Corte Española de Arbitraje*, 1.995, p. 104 y ss. CHILLON MEDINA y MERINO MERCHAN, *ob cit.*, p. 997.

nezuela²⁹, sino un derecho que la generalidad de las leyes establece en interés de los litigantes, que pueden o no ejercer, desistir después de ejercido, e inclusive renunciar, por común acuerdo, antes o después de comenzado el proceso³⁰. Por tanto, bien puede una ley especial como la Ley de Arbitraje Comercial, establecer como lo han hecho muchas otras legislaciones, que el arbitraje es un proceso de única instancia³¹.

Al igual que el Código de Procedimiento Civil, el control adoptado por la Ley de Arbitraje Comercial, es unívoco, en el sentido de que no distingue entre la impugnación del laudo de derecho y el laudo de equidad. A ambos se les aplica el mismo régimen, es decir, solamente pueden ser impugnados mediante el recurso de nulidad.

Vale hacer énfasis una vez más, en que el principio de impugnación antes enunciado no impide que las partes acuerden que el laudo puede ser objeto de apelación, inclusive ante una tercera o más instancias³². Debe quedar claro que los laudos arbitrales son *inapelables*, salvo pacto en contrario. La posibilidad que tienen las partes de pactar la *doble instancia* arbitral, no sólo encuentra fundamento en el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil³³, sino principalmente en la autonomía de la voluntad, que como antes apuntamos es el principio rector en esta materia³⁴. Asimismo, es claro que cuando se hubiese pactado la segunda instancia ante los

29 "En Latinoamérica, los procesalistas brasileños sostienen que es un principio constitucional" Cfr. VESCOVI, *ob cit.*, nota 4, p. 27.

30 Cfr. BORJAS, *ob cit.*, Tomo II, p. 209. En este mismo sentido la doctrina y jurisprudencia Argentina: CAIVANO, *ob cit.*, p. 252. PALACIO Lino; *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.994, Tomo V, p. 31.

31 BENETTI SALGAR, *ob cit.*, p. 105.

32 El CPC venezolano de 1.916 establecía expresamente la posibilidad de una tercera instancia (art. 517)

33 Disposición legal que no ha sido derogada por la LAC por no prever su texto una disposición especial o contraria.

34 Claro está que la posibilidad de que sea un tribunal judicial, y no un tribunal arbitral el que conozca la apelación es algo que encuentra sustentación en la ley (art. 624 CPC) y no en el acuerdo de voluntades, en razón de que es la ley, y no las partes, la que puede crear o atribuir funciones y competencias a los tribunales judiciales.

tribunales estatales. podrá proponerse el recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en última instancia la apelación de los laudos arbitrales, si el interés principal de la controversia cumple la cuantía exigida para tales fines. En efecto, establece el ordinal 4º del Artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que el recurso de casación puede proponerse "contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales".

Salvo esa posibilidad válida, pero poco usual e inconveniente de que las partes acuerden varias instancias, el laudo arbitral, una vez notificado, es obligatorio, adquiere firmeza, no cabe en su contra el recurso de apelación y, en consecuencia, tampoco el de casación. El laudo desde ese momento pasa a tener la fuerza de una sentencia judicial definitivamente firme.

iii.c) *Inadmisibilidad del recurso de invalidación:*

En cuanto a la posibilidad de intentar contra el laudo arbitral el recurso de invalidación, la propia doctrina patria mayoritaria se manifiesta en contra. Tan sólo Feo, hasta donde sabemos, y sólo en cuanto a los laudos de derecho, considera posible intentar el recurso de invalidación contra el laudo arbitral. En criterio de Feo, "la ley equipara el modo de obrar en los arbitramentos *juris* a un juicio ordinario, y es natural y lógico que los mismos remedios que para el uno, se den para el otro..."³⁵. Borjas, en cambio sostiene que "no establece la ley patria contra las decisiones arbitrales sino dos recursos: el ordinario de apelación y el especial de nulidad. Ya hemos visto, en efecto, que los laudos no son directamente accionables en casación; y debemos ahora agregar que tampoco procede contra ellos el recurso extraordinario de invalidación, a menos que, como sucede respecto del recurso de casación, la sentencia de última instancia recaída en el juicio haya sido dictada por un Tribunal ordinario. La invalidación, en efecto, no puede pronunciarse sino por el Tribunal que hubiere dictado la sentencia de última instancia en el

35 FEO, *ob cit.*, p. 21.

juicio que se trata de invalidar; y es sabido que los árbitros cesan en sus funciones desde el momento en que pronuncian su laudo, por lo cual no sería posible intentar ante ellos la demanda de invalidación, pues carecen de jurisdicción para conocer de ella. Los Jueces, por otra parte, no pueden ejercer válidamente atribuciones que no les confiera la ley; y no se podría suplir por interpretación el silencio de ésta, y atribuir a la autoridad judicial que hubiera debido conocer en la última instancia del negocio sometido a arbitramento, la competencia necesaria para ver y decidir el expresado recurso de invalidación³⁶.

Más adelante, Borjas transcribe la mencionada opinión de Feo y la critica señalando que "únicamente sería admisible la demanda de invalidación contra un juicio decidido en última instancia por un Tribunal de árbitros, cuando las partes hubieren previsto en el compromiso la posibilidad de dicho recurso y constituido un Tribunal arbitral con facultad para conocer de él, o cuando, por convenio posterior comprometan en árbitros el mencionado juicio de invalidación. Este procedería entonces, no por ministerio de la ley, sino por el acuerdo de las partes; y es obvio que sin ese pacto, mal podría uno sólo de los compromitentes demandar la invalidación ante árbitros que ya habrían dejado de serlo desde que pronunciaron su laudo"³⁷.

Duque Sánchez sostiene la misma posición de Borjas al señalar que "la invalidación no la puede dictar sino el tribunal que hubiere dictado la sentencia de última instancia en el juicio que se trata de invalidar (art. 730 del Código de Procedimiento Civil) y sabido es que los árbitros cesan en sus funciones desde el momento en que pronuncien el fallo o laudo, pues ni siquiera, como ya vimos, publican su sentencia, por lo que sería imposible intentar ante ellos la demanda de invalidación, pues carecerían de jurisdicción"³⁸.

36 Cfr. BORJAS Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo V, pp. 83 y 84.

37 *Idem*, pp. 84 y 85.

38 DUQUE SANCHEZ, José Roman: *Procedimientos Especiales Contenciosos*, UCAB, Caracas 1.981, p. 67

Gabaldón comenta las posiciones de Feo y de Borjas transcritas, rechaza la opinión de Feo por considerar que la duplicidad de recursos resulta contradictoria, y considera que los argumentos de Borjas "no son determinantes", por cuanto piensa que los árbitros son verdaderos jueces y bajo esa premisa no debería haber obstáculo para que conocieran la invalidación. Concluye Gabaldón afirmando que "la imposibilidad de ejercitar el recurso de invalidación radica en la existencia del recurso especial de nulidad"³⁹.

Matthies, al referirse al Código de 1.987, luego de mencionar que el recurso de invalidación procede contra el acto mediante el cual el tribunal declara la publicación del laudo y contra la decisión que declara válida la cláusula compromisoria, se limita a señalar que "el recurso de nulidad en materia arbitral es privativo de éste"⁴⁰.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de Borjas y pensamos que las críticas que le formula Gabaldón no son acertadas, toda vez que ciertamente, a la luz de las disposiciones del Código de 1.916, mal podía sostenerse que los árbitros podían conocer el recurso de invalidación o que los jueces tenían competencia para conocer la invalidación de un laudo arbitral. Es también claro para nosotros que, bajo la vigencia del Código de 1.987, una vez pronunciado el laudo, salvo acuerdo de las partes, los árbitros, aun considerándolos verdaderos jueces como piensa Gabaldón, cesan en sus funciones y están impedidos de realizar cualquier otra actuación.⁴¹ Ello, en nuestro criterio, no admite discusión alguna.

En cuanto a que sean los tribunales judiciales los competentes para conocer dicho recurso de invalidación, el artículo 329 del Código de 1.987, al igual que el artículo 731 del Código de 1.916, impide esa posibilidad, ya que establece que el recurso "se

39 GABALDON Frank: *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil*, Paredes Edit., Caracas 1.987, pp. 131-132.

40 MATTHIES Roland: *Arbitrariedad y arbitraje*, Caracas 1.996, p. 85. Suponemos que cuando utiliza el vocablo "éste" lo hace para referirse al recurso de invalidación.

41 Sólo a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial del 7 de abril de 1.998, es que los árbitros, luego de dictado el laudo pueden aclararlo, corregirlo y complementarlo.

promoverá ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoriada cuya invalidación se pida, o ante el tribunal que hubiere homologado al acto que tenga fuerza de tal"; y es que el laudo, ni lo dictan los tribunales judiciales⁴², ni es homologado por éstos⁴³.

Una razón adicional, y en esto sí coincidimos con Gabaldón, es que la ley establece un recurso especial para impugnar el laudo: el recurso de nulidad, especialidad ésta que queda plasmada sin duda alguna en la Ley de Arbitraje Comercial, al disponer su artículo 43, que contra el laudo arbitral *únicamente* procede el recurso de nulidad.

iii.d) *Inadmisibilidad del amparo:*

Mayores dudas se presentan, en nuestra opinión, respecto a la viabilidad del amparo contra el laudo arbitral.

En ocasiones, nos hemos visto favorecidos con las bondades del amparo, pero muchas otras veces y cada vez con mayor frecuencia, hemos sufrido los nefastos efectos de su utilización abusiva. El arbitraje, y sobre todo el arbitraje interno requiere, para poder consolidarse, del apoyo judicial. No obstante, si el amparo frente al arbitraje, débil todavía en el escenario venezolano, se le concibe como un medio ordinario de impugnación, entonces no es difícil imaginar que el reciente intento legislativo por fortalecer el arbitraje puede convertirse en letra muerta y los arbitrajes internos seguirán brillando por su ausencia.

No nos corresponde aquí analizar la efectividad de los posibles correctivos que entendemos se proyectan para una inmediata reforma de la Ley Orgánica de Amparo. Sólo aprovecharemos la ocasión para señalar que distintos serían los resultados de las reformas si los correctivos se centraran más en los jueces que en las leyes que éstos tienen que aplicar.

42 Salvo en el excepcional caso de que conozcan en apelación por acuerdo de las partes.

43 Sería errado sostener que el acto de publicación del laudo, que sólo es exigido por el CPC, es una homologación. En la publicación el juez no realiza control alguno, simplemente por mandato legal está obligado a cumplir con ella al día siguiente de la consignación del laudo y de los autos (art. 625 CPC).

Ahora bien, al margen de los abusos que en Venezuela se han cometido con el amparo, son varios los puntos que debemos analizar previamente para poder fijar una posición sobre el particular.

En primer lugar, se plantea la siguiente interrogante: por tener el laudo fuerza de sentencia correspondería estudiar los requisitos relativos al amparo contra sentencias judiciales contemplados en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo? o si por emanar la decisión de un árbitro, quien en definitiva no es más que un particular, la disposición a considerar es la contenida en el artículo 2 eiusdem?⁴⁴.

En segundo lugar, habría que determinar si frente al arbitraje se cumplen los presupuestos exigidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo, es decir, el carácter subsidiario o como ahora lo denomina la jurisprudencia, "residual" del amparo.

Por último, si frente al laudo arbitral opera alguna de las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo previstas artículo 6 de la referida ley.

iii.d.1) *¿La acción de amparo contra decisiones judiciales o contra actos de particulares?*

En cuanto al primer aspecto, establece el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo que:

"Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva."

Ya antes dijimos (supra nota 7), que si bien el laudo tiene fuerza de una sentencia judicial, no es una verdadera sentencia ju-

44 Actos originados por particulares que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esa ley.

dicial. No obstante, ello a nuestro modo de ver, no es lo que excluye la aplicación de la precitada norma, puesto que la Ley Orgánica de Amparo se refiere simplemente a cualquier *resolución o sentencia*, y no específicamente a una *sentencia judicial*, sin contar que quienes se adhieren a la tesis jurisdiccional del arbitraje, jamás aceptarían que laudo no es una verdadera sentencia. Lo que en nuestro criterio hace inaplicable esta disposición legal en materia de arbitraje, es que se refiere a las resoluciones o sentencias dictadas por un *Tribunal de la República*. Los tribunales arbitrales por más funciones jurisdiccionales que tengan, no son Tribunales de la República, ni siquiera dictan el laudo en su nombre. Los Tribunales de la República son aquellos constituidos de conformidad con la Constitución y las leyes y forman parte del Poder Judicial. Este es el sentido técnico de las palabras utilizadas por el legislador, y no sería válido recurrir a una interpretación extensiva, puesto que para el momento de sancionarse la Ley Orgánica de Amparo, el arbitraje ya tenía en Venezuela más de un siglo de vigencia⁴⁵.

Por tanto, pensamos que de ser viable una acción de amparo, cuestión que como veremos más adelante rechazamos, ésta tendría que fundamentarse en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo, que la prevé contra actos de particulares.

iii.d.2) *El carácter residual del amparo y el recurso de nulidad contra el laudo arbitral como medio idóneo:*

La generalidad de la doctrina coincide en que la acción de amparo, es una vía para la tutela específica de las garantías constitucionales. También la generalidad de la doctrina es conteste en que esta vía requiere, entre otros requisitos, que no exista otro medio

45 Se consagra por primera vez en la Constitución de 1.830. En todo caso, vemos muy cuesta arriba construir una tesis que solucione el problema de cuándo un tribunal arbitral es de la República, y cuándo es extranjero o internacional; sin contar la dificultad adicional de tener que determinar cuál es el "tribunal superior al que emitió el pronunciamiento". A pesar de que todas esas dificultades pudieran ser superadas, se llegaría a una absurda distinción: sólo contra los laudos domésticos cabría la acción de amparo.

(ordinario o extraordinario) para resolver la situación, o cuando el empleo de ese medio no sea eficaz para impedir la producción inminente de lesiones o perjuicios irreparables. Por ello, la doctrina más calificada sostiene que la acción de amparo es *subsidiaria*⁴⁶.

En la jurisprudencia venezolana, la interpretación del carácter subsidiario de la acción de amparo ha pasado por varias etapas,⁴⁷ comenzando por la absoluta, que niega el amparo en caso de existir alguna otra vía⁴⁸, siguiendo luego la etapa relativa que admite el amparo si la otra vía existente no es eficaz o idónea⁴⁹, y culminando con otras dos en las que se sustituye el término "subsidiario" por el de "extraordinario"⁵⁰, y éste último por el de "excepcional y residual."⁵¹ En nuestro concepto, estas dos últimas etapas más que marcar alguna diferencia sustancial con la etapa relativa, configuran simplemente cambios terminológicos (quizá más apropiados) que pretenden precisar el carácter *subsidiario* de la acción de amparo y mostrar algún tipo de evolución⁵².

46 Cfr. 478.GONZALEZ PEREZ Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid 1.980, pp. 279-280. VESCOVI, *ob cit.*, p. 478. SENES MONTILLA Carmen: *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid, 1.994.

47 Cfr. AYALA CORAO Carlos M.: *La acción de amparo constitucional en Venezuela*, Colección de textos legislativos N° 5, EJV; Caracas, 1.988, p. 175 y ss. LINARES BENZO Gustavo: "El amparo y los demás medios procesales", *Revista de Derecho Público*, N° 34, Abril-Junio 1.988, p. 6 y ss.

48 Véase Acuerdo de la CSJ del 22-4-72; y sent de la CSJ del 20-10-83, citada en nota 11, *Revista de Derecho Público* N° 16, p. 170.

49 Véase sent. CPCA, del 14-8-85 citada por AYALA CORAO, *ob cit.* p. 177.

50 Véase sent. CPCA del 13-2-86 citada en la nota 90, *Revista de Derecho Público* N° 25, pp. 111 y 112.

51 Véase sent CSJ del 22-4-93, y del 29-11-96 en PIERRE TAPIA, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Nov 1.996, p. 32 y ss. También sent de la CSJ del 4-2-98, en PIERRE TAPIA, *ob cit.*, Feb 1.998, p. 29 y ss.

52 El profesor Carlos Ayala, señala que son tres las "condiciones alternativas" que pueden determinar la procedencia preferente de la acción de amparo. Esto es, cuando las otras vías: 1) no son idóneas; 2) no sean suficientes, o 3) no sean oportunas. *Ob cit.*, p. 180. En realidad, pensamos que no se trata de una vía preferente, ya que si alguna otra fuera idónea, no procedería el amparo. La acción de amparo procede, no porque sea el mejor medio, sino porque precisamente no existe o no es idóneo algún otro. Por otra parte, pensamos que si se quiere hablar de supuestos de procedencia, son dos, y no tres los supuestos alternativos, puesto que el primero comprende a los dos restantes. Si la vía es

No vamos a entrar aquí a analizar la discutida naturaleza del amparo y fijar posición en torno a si es un recurso, un derecho, una acción, un medio de impugnación o un medio cautelar. Pero si se quiere sostener que el amparo es un *recurso*, lo cual ha sido negado por un sector calificado de la doctrina encabezada por el profesor Fix Zamudio⁵³, entonces habría que coincidir con Vescovi en que se trata de un recurso *extraordinario*⁵⁴. Y si se quiere calificar de proceso o de medio, también habría que coincidir con Vescovi en que se trata de un proceso o medio *especial*⁵⁵.

Sin embargo, la realidad tribunalicia, al menos la venezolana, pareciera darle la razón al profesor Brewer-Carías, quien sostiene que la acción de amparo "era y es un medio *ordinario* de protección de los derechos fundamentales"⁵⁶. Lo lamentable, es que la razón la

idónea es porque es suficiente y oportuna. Gustavo Linares Benzo al analizar la jurisprudencia concluye que de los cuatro supuestos que ésta postula debe desecharse la inexistencia de medios de operatividad inmediata, porque de ser ello así el amparo sustituiría todo el ordenamiento procesal. En segundo lugar Linares Benzo propone reconducir las circunstancias excepcionales en tres criterios: 1) Ausencia de vías; 2) Ausencia de medios de protección que sean capaces de evitar daños irreparables al derecho constitucional en juego y 3) Circunstancias excepcionales del asunto que hagan necesario el restablecimiento inmediato de la situación infringida. LINARES BENZO Gustavo: "El amparo y los demás medios procesales", *Revista de Derecho Público* N° 34, Abril-Junio 1.988, p. 18. Pensamos que el primero y el tercero de los criterios están implícitos en el segundo y simplemente ayudan a determinar su alcance. En efecto, el primero no sólo está contenido expresamente en el segundo, sino que además por sí sólo configura la denominada primera etapa absolutamente superada por la jurisprudencia. El tercero de los criterios si bien aisladamente considerado es acertado, no tiene concordancia con el segundo, puesto que si están dados los extremos de éste último, es decir, no existe un medio (mediato o inmediato) capaz de evitar el daño irreparable, entonces es porque es necesario el restablecimiento de la situación mediante el amparo. Lo determinante no es el carácter inmediato o mediato del medio, sino su idoneidad. Si hubiere un medio inmediato pero ineficaz, sería igualmente viable el amparo, y si existe un medio que no es inmediato sino mediato, pero es idóneo, entonces sería innecesario el amparo.

53 Cfr. FIX ZAMUDIO Héctor: *El juicio de amparo*, México, 1.964.

54 Cfr. VESCOVI, *ob cit.*, p. 470.

55 *Idem*, p. 471. En este mismo sentido LINARES BENZO, *ob cit.*, p. 25.

56 BREWER-CARIAS Allan: *Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales*, Colección de textos legislativos N° 5, EJV, Caracas. 1.988, p. 61.

tiene el profesor Brewer-Carías, no porque su tesis nos parezca desde el punto de vista procesal, superior a la del insigne maestro uruguayo, sino por el número tan alarmante de amparos que cada día son admitidos en nuestros tribunales, al punto de que pareciera haberse convertido en el recurso más ordinario de todos.

Afortunadamente, nuestro más Alto Tribunal, ha advertido esa delicada situación que, como una vez pronosticara la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, "puede hacer estallar todo el sistema procesal"⁵⁷. En sentencia de fecha 22 de abril de 1.993, ratificada el 29 de noviembre de 1.996, la Sala de Casación Civil reprodujo los ilustrativos razonamientos de Linares Benzo:

"En efecto, muy atinadamente opina el autor venezolano antes citado 'que el resto del ordenamiento procesal (excluido el amparo), es también, de rango constitucional. Ni la más progresiva de las exégesis es capaz de afirmar que la Constitución creó un orden procesal cuyo único elemento es el proceso de amparo. Basta leer su artículo 68... Encontramos aquí toda jurisdicción ordinaria, desarrollada por la Ley: civil, mercantil, penal, del trabajo, etc., ... En otras palabras, la Constitución funda un sistema procesal complejo y reparte pretensiones determinadas a cada una de sus jurisdicciones. Al determinar las relaciones entre esas jurisdicciones previstas en la Constitución, debe respetarse esta pluralidad y este reparto de pretensiones... *Este razonamiento desvirtúa cualquier tesis que haga del amparo un medio procesal sustitutivo. Como se vio, ese proceso no es el único establecido en la Constitución y expandir su alcances hasta la eliminación de los demás sería no sólo inconveniente sino inconstitucional*'. (Linares Benzo, Gustavo José, ob. Cit. P. 11). Pág. 35.

"Es decir, la residualidad como requisito o condición de admisibilidad de la acción de amparo constitucional contra providencias judiciales contempladas por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, requisito de

57 RONDON DE SANZO Hildegard: *Amparo Constitucional*, Caracas 1.988, contraportada.

admisibilidad el cual, como se ha visto, ha sido consagrado por la jurisprudencia diuturna y pacífica emanada de este Supremo Tribunal, exhibe una manifiesta progenie constitucional, circunstancia ésta que justifica plenamente que el mismo sea examinado con carácter prioritario respecto a los restantes requisitos o condiciones de admisibilidad que revistan carácter *infra* constitucional, esto es, de naturaleza simplemente legal".⁵⁸

Ahora bien, no nos queda la menor duda de que el recurso de nulidad previsto especialmente en la Ley de Arbitraje Comercial, constituye un medio idóneo para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Las causales de nulidad, a pesar de ser taxativas, son lo suficientemente amplias para que en ellas se pueda subsumir cualquier eventual violación de derechos o garantías fundamentales. En efecto, ante todo debe recordarse que para que pueda haber arbitraje, la materia de la controversia debe ser susceptible de éste. El laudo que recaiga sobre cualquier materia que sea contraria al orden público o que no sea susceptible de transacción, puede ser impugnado a través del recurso de nulidad (literal "f" del art. 44). Asimismo, el principio de la tutela jurisdiccional efectiva está consagrado de la manera más amplia (literal "b" y "c" del art. 44). Finalmente, si se diera el absurdo caso en que siendo la materia susceptible de arbitraje y habiéndose cumplido las garantías del debido proceso, el árbitro se excediera al pronunciar el laudo violando derechos o garantías fundamentales, imponiendo, por ejemplo, una pena privativa de la libertad, entonces igualmente sería procedente el recurso de nulidad por referirse el laudo a un punto no previsto en el acuerdo de arbitraje o que excede de éste (literal "d" del art. 44).

No logramos imaginar algún supuesto que, dentro del campo del arbitraje, pueda violar un derecho o garantía fundamental y no pueda subsumirse en el aludido recurso de nulidad. En este sentido, es interesante señalar que en España, poco después de la entrada en

58 Sent del 29-11-96 en PIERRE TAPIA, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Nov 1.996, p. 35.

vigencia de la Ley de Arbitraje de 1.988, el profesor Albaladejo publicó un artículo titulado "La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas a aplicar". En este trabajo, propone el profesor Albaladejo recurrir en amparo al Tribunal Constitucional, ante la imposibilidad de subsumir en las causales taxativas de nulidad la impugnación del laudo que sea contrario a la ley que ha debido aplicarse al asunto sometido a arbitraje⁵⁹.

Muñoz Sabaté, a través de un artículo titulado "Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de derecho"⁶⁰, rebate la tesis de Albaladejo, y al poco tiempo, no sólo la doctrina mayoritaria, sino también la jurisprudencia española en forma reiterada pasan a sostener que el contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, *en sede constitucional*; que ni el juicio de equidad ni el de derecho, exclusivos de los árbitros, pueden transferirse a los órganos judiciales. Que la revisión que opera mediante el recurso de nulidad, es un juicio externo que se limita al examen de las formas del juicio y de las mínimas garantías formales que la propia Ley exige, y por tanto, no puede entrar a conocer el fondo del asunto o la *ratio decidendi*⁶¹. Específicamente, el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 1) de fecha 20 de junio de 1.993, sostuvo que "no es viable el amparo respecto del laudo arbitral".

Las observaciones de Ramón Mullerat, nos ayudan a comprender esta posición cuando señala que en materia de arbitraje, la ley se desinteresa en cierta manera por la justicia o adecuación a derecho de la decisión de los árbitros y de la 'ratio decidendi'. "No se sorprenda nadie: tampoco le interesan los resultados de una transacción (con pocas excepciones, y parecidas a las del arbitraje) o las renunciaciones de ciertos derechos privados (con excepciones también

59 ALBADALEJO GARCIA; "La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas a aplicar", *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1.990, p. 171 y ss.

60 Publicado en "La Ley", núm. 2.601, 23 de octubre de 1.990.

61 Para una reseña de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, además de CORDON MORENO, *ob cit.*, p. 34 y ss., más ampliamente en MULLERAT, *ob cit.*, especialmente en p.161 y ss.

conocidas). El legislador deja a las partes en libertad en la resolución de sus conflictos de intereses, privados y en la determinación de los medios: uno de ellos es el arbitraje, de las que ya en el convenio arbitral deban expresar aquéllas la obligación de cumplir tal decisión arbitral⁶²".

El operar así, sostiene este autor, no es contrario a la Constitución Española, porque el que una ley permita a los ciudadanos arreglar sus intereses privados confiándolos a la decisión de un tercero, renunciando al propio tiempo a un control judicial de la 'ratio decidendi' y de su adecuación a derecho, no infringe en su criterio el artículo 1.1 de la Constitución (la justicia como valor superior institucionalmente confiada a los tribunales), ni el artículo 9.3 (principios de legalidad y de jerarquía normativa), ni el 10.1 (respeto a la Ley), ni el 24.1 (derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales). Máxime cuando, a través de la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje, se puede controlar la validez de la decisión arbitral⁶³.

Apunta Mullerat, que los interesados saben 'ab initio' que someter sus controversias a arbitraje "supone fiarlo todo a la decisión de unas personas privadas en actuación privada, sin más control judicial de esa decisión que el de su posible anulación: pero sólo por ciertas causas; y donde después sólo cabe el recurso de revisión⁶⁴. Fuera de eso no hay ningún otro recurso o intervención jurisdiccional"⁶⁵.

Para finalizar, agrega Mullerat que "la acción de anulación es imprescindible por exigencia de los aludidos principios constitucionales. Pero únicamente eso. La inexistencia de toda otra intervención judicial y todo recurso contra el laudo se basa, no tanto en que la decisión arbitral proceda de un órgano especializado, en instancia última, (como ocurre en algunos casos en el orden jurisdiccional),

62 MULLERAT, *ob cit.*, p. 159.

63 *Ibidem*.

64 Como antes indicamos entre nosotros no cabe el recurso de revisión (invalidación) contra el laudo.

65 MULLERAT, *ob cit.*, p. 159-160.

sino en que las partes asumen anticipadamente su decisión sabiéndola irrecurrible en tales términos (son las reglas del juego), y conscientes de ello han expresado en el convenio arbitral 'la obligación de cumplir tal decisión (arbitral)' (art. 5.1 LA). Al optar por ese camino arriesgado, han mostrado preferirlo incluso a una mayor seguridad de justicia y a la protección de otras instancias judiciales⁶⁶.

Por nuestra parte, compartimos plenamente los comentarios de Mullerat, salvo el relativo a que la acción de anulación (recurso de nulidad) debe estar necesariamente prevista en la ley por razones constitucionales. En nuestra opinión sólo en el arbitraje obligatorio, es decir, en el impuesto por la ley, debería consagrarse algún tipo de control, porque no puede suponerse que las partes al acudir forzosamente y sin alternativa alguna al arbitraje, han renunciado voluntariamente a la tutela judicial efectiva. Distinta es la situación, si el arbitraje es voluntario o convencional, y la ley que lo regula expresamente establece, como lo hace la ley belga, que contra la decisión de los árbitros no cabe recurso alguno. En ese caso, al no ser el arbitraje obligatorio, se debe entender que las partes libremente han renunciado a todo tipo de control judicial, al someterse voluntariamente y sin que nadie las obligara al arbitraje regulado en esa ley, con preferencia a cualquier otro tipo de procedimiento que sí prevea esa posibilidad, incluso los seguidos por los tribunales judiciales que sí contienen diversos controles.

Por otra parte, y volviendo a la idoneidad del recurso de nulidad, es cierto que la simple interposición de este recurso no suspende la ejecución del laudo arbitral, y ello podría significar la ineficacia de ese medio, pero no menos cierto es que, al igual que el recurso de invalidación⁶⁷, la Ley de Arbitraje Comercial establece la posibilidad de que el recurrente constituya una caución a los fines de suspenderla. En efecto, establece textualmente el único aparte del artículo 43:

66 *Idem*, p. 160.

67 Arts. 327 y ss., del CPC.

"La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado"

Entonces, al prever la ley un medio especial para la impugnación del laudo, como lo es el recurso de nulidad, y al ser este medio idóneo, dado que, presentado junto con la caución suspendería inmediatamente la ejecución del laudo, no resultaría admisible la acción de amparo.

Las disposiciones legales de este tipo no encuentran objeciones en el Derecho comparado⁶⁸ ni, como mencionamos, son extrañas a nuestro Derecho. Por el contrario, configura la regla en la generalidad de los países en que los recursos extraordinarios no suspenden la ejecución de la sentencias ejecutorias. Sería arbitrario que con una acción de amparo se derogara la voluntad de una ley que se ajusta perfectamente a las exigencias constitucionales. Además, frecuentemente se olvida que, si bien por un lado está el derecho del recurrente de impugnar el laudo, por otro, con la misma o mayor intensidad, y dentro del mismo campo constitucional de la tutela judicial efectiva, está *el derecho a la ejecución*⁶⁹. Ese derecho a la ejecución que tiene la parte que hubiere resultado favorecida por el laudo, cobra mayor nitidez cuando nos encontramos en el campo, no de los recursos ordinarios, sino en el de los recursos extraordinarios de nulidad⁷⁰.

Para finalizar, es oportuno transcribir lo señalado por la doctrina argentina y reiterado por nuestra jurisprudencia en sentencias del 31 de julio de 1.996 y del 29 de noviembre de 1.996:

68 Cfr. VESCOVI, *ob cit.*, p. 223-224.

69 ESPARZA LEIBAR Inaqui: *El principio del proceso debido*, Barcelona 1.995, p. 226-228. Asimismo, SENES MONTILLA, *ob cit.*, p. 132.

70 VESCOVI, *ob. cit.* P. 224.

"Ahora bien, la doctrina especializada en la materia -en absoluta consonancia con la acertada postura que concibe que la exigencia de la residualidad de la acción autónoma de amparo constitucional en sus distintas variantes, constituye un requisito de admisibilidad de rango directamente constitucional cuya constatación por el órgano jurisdiccional, en consecuencia, debe cumplirse con carácter prioritario- con relación a: 1) la necesidad de que se establezca en forma de plena prueba el requisito de la residualidad del amparo constitucional autónomo; 2) la determinación del específico sujeto procesal pasible de la carga de alegar y probar en forma plena dicho presupuesto de admisibilidad; y 3) la sanción que para ese sujeto procesal comporta el incumplimiento de la indicada carga procesal, con indiscutible asidero jurídico, ha expuesto:

‘Como se trata de un presupuesto de admisibilidad del amparo, al actor le toca alegar y probar que no existen otras vías idóneas para tutelar su derecho. De no invocarse y demostrarse tal extremo, el amparo resulta inadmisibile. El silencio del promotor del amparo va, por ende, en su perjuicio, al incumplir aquella carga procesal... *esa prueba tiene que ser concluyente, más allá de toda duda... la mera alegación de que existen trámites idóneos para justificar el amparo, no es suficiente...* pensamos que por no haberse causado a alguien un perjuicio muy importante, cabe inferir que no hay otras vías útiles (salvo el amparo) para protegerlo. Lo primero alude a un presupuesto de amparo: la existencia de lesión. Lo segundo a otro distinto (ausencia de vías administrativas o judiciales previas o paralelas al amparo, útiles para reparar el dalo causado). Dicho de otro modo, es perfectamente posible que un agravio cuantioso sea perfectamente atacable por otra ruta procesal distinta a la acción de amparo; y que siendo ésta de índole residual, le toca al interesado demostrar lo contrario. Coincidentemente, la jurisprudencia ha puntualizado que para obviar el tránsito de las vías legales y previstas no basta invocar meras conjeturas sobre su posible fracaso, o argüir razones de urgencia, comodidad o economía, ya que lo que debe demostrarse es *‘un verdadero vacío o falencia procesal, hasta el punto de que el particular quedaría privado de justicia sino se reconociera la vía rápida del amparo, todo ello ex-*

presado no en abstracto sino con relación a las circunstancias concretas de autos". (Sagues, Nestor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional-Acción de Amparo*, 3a. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 180, 181 y 182). (El subrayado es de la Sala)". Págs. 37-38. N° 11. Año XXIII, noviembre 1996.⁷¹

Por todo lo antes expuesto, resulta claro para nosotros que el recurso de nulidad previsto en la Ley de Arbitraje Comercial constituye, en caso de que el laudo incurra en violaciones de derechos o garantías fundamentales, un medio idóneo capaz de restablecer la situación jurídica infringida, lo cual hace inadmisibles la figura del amparo.

iii.d.3) Causales adicionales de inadmisibilidad del amparo:

Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe observar que dictado el laudo pueden presentarse dos situaciones: 1) que la parte vencida lo cumpla voluntariamente, o 2) que la parte vencida se niegue a cumplirlo.

En el primer caso es muy sencillo, se habría consumado *el consentimiento tácito* de la violación del derecho o de la garantía constitucionales, según la causal cuarta de inadmisibilidad de la acción de amparo prevista en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo. En efecto, establece el ordinal 4 de esta disposición legal que será inadmisibles la acción de amparo:

"Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres...El consentimiento tácito es aquél que entraña signos inequívocos de aceptación"

71 Sent del 29-11-96 en PIERRE TAPIA, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Nov 1.996, p. 35.

Si bien esta disposición ha sido objeto de severas críticas, especialmente en lo referente a la redacción de lo que debe entenderse por consentimiento expreso, lo relativo al consentimiento tácito no arroja mayores dudas. La doctrina admite que pueden existir violaciones a derechos constitucionales que no afectan al orden público, y pueden ser por tanto consentidas⁷². Qué mejor ejemplo que el del arbitraje que supone una controversia sobre materia disponible, y qué mejor signo inequívoco de ese consentimiento tácito que el propio cumplimiento voluntario del laudo.

El segundo supuesto relativo a la negativa de la parte vencida a cumplir voluntariamente el laudo, puede generar a su vez dos situaciones distintas. La primera de ellas, es que al no tener el tribunal arbitral la potestad de ejecutar su propio laudo (supra II), es claro entonces que le es imposible realizar la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales. En otras palabras, sería el Tribunal judicial encargado de la ejecución del laudo el que podría cumplir la amenaza, pero nunca el tribunal arbitral. Establece textualmente el ordinal 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo, que no se admitirá la acción de amparo:

"Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado". (Subrayado nuestro).

La amenaza contenida en el laudo arbitral podría calificarse de posible, cierta, inminente, pero jamás podría ser realizada o ejecutada por el imputado, o sea, en esta hipótesis, por el tribunal ar-

72 LINARES BENZO Gustavo: *El proceso de amparo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.993, p. 97. También la Corte en Pleno, ha tenido oportunidad de señalar que dicha disposición legal no colide con el artículo 68 de la Constitución Nacional, y que sólo las violaciones de tal gravedad que constituyan un hecho lesivo de la conciencia jurídica no podrían ser renunciados: privación de libertad, sometimiento a tortura, vejaciones, lesiones a la dignidad humana y otros casos extremos. Carlos Ayala, con algunas dudas, sugiere la tesis sobre los derechos disponibles y los indisponibles, siendo éstos últimos, los únicos que violan el orden público y las buenas costumbres. *Ob cit* p. 142.

bitral. De manera que, en caso de que se intentara una acción de amparo contra el tribunal arbitral, pensamos que resultaría aplicable la causal de inadmisibilidad antes transcrita, además de la inadmisibilidad derivada de la existencia de un medio idóneo explicada anteriormente.

La segunda situación, se originaría en caso de que la parte interesada en ejecutar el laudo acuda a tales fines al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitraje (art. 523 CPC). Es este Tribunal judicial quien en definitiva, previa petición de la parte interesada, decretará la ejecución del laudo fijando un lapso para el cumplimiento voluntario, y una vez que se hubiere agotado íntegramente el lapso para el cumplimiento voluntario del laudo, podría realizar efectivamente la referida amenaza librando un mandamiento de ejecución forzada⁷³.

Nótese, sin embargo, que se trataría de la acción prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo (contra decisiones judiciales), es decir, la acción de amparo no sería contra el laudo sino contra el decreto de ejecución o contra el mandamiento de ejecución forzada. En este sentido, cabe recordar que el amparo contra decisiones judiciales supone el cumplimiento de presupuestos adicionales, entre lo cuales destaca que el tribunal haya incurrido en usurpación de autoridad o haya actuado "*fuera de su competencia*", lo cual difícilmente puede ocurrir en el supuesto bajo análisis, ya que es la propia ley la que le impone al juez decretar la ejecución cuando la sentencia o el laudo hayan quedado definitivamente firmes (Art. 524 CPC)⁷⁴.

73 Art. 524 del CPC en concordancia con los arts. 526 y 527 *eiusdem*.

74 Se ha señalado que la expresión "actuando fuera de su competencia", no ha sido definida de manera unívoca: "abuso de poder" o "extralimitación de funciones", considerando un sector de la doctrina que debe entenderse como error grave en la interpretación del derecho debatido. Cfr. CHAVERO GAZDIK Rafael: *La acción de amparo contra decisiones judiciales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 120.

iii.d.4) *Consideraciones finales sobre la acción de amparo:*

Quienes están predispuestos a sostener que sí procede el amparo contra el laudo arbitral, olvidan que, ni el amparo, ni el arbitraje, son invenciones nuestras, y que esa problemática, sólo es "novedosa" para nosotros, pues la gran mayoría de los ordenamientos (incluyendo el de varios países latinoamericanos) en los que el amparo y el arbitraje han estado vigentes antes que en el nuestro, han transitado durante varias décadas por el mismo proceso de reflexión científica que apenas en Venezuela comienza⁷⁵. En otras palabras, no somos los únicos que tenemos una Constitución, una Ley de Amparo y una Ley de Arbitraje que limita el control judicial del laudo al recurso de nulidad exclusivamente. Los resultados en el Derecho comparado, son desalentadores para quienes pretenden sustituir todo el sistema procesal con el amparo.

Por último, el amparo, "desde el punto de vista jurídico y procesal, es una *pretensión* más"⁷⁶ y "por tanto, más que una acción en concreto, el amparo es una *pretensión* que debe formularse con las acciones y recursos que están establecidos en el ordenamiento jurídico"⁷⁷. Partiendo de esta premisa, y siguiendo la línea de pensamiento de la corriente más avanzada, no resulta descabellado sostener que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, el acuerdo de arbitraje en sí implica que las partes "*renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*", salvo obviamente, que esas pretensiones estuvieren contenidas en el correspondiente recurso de nulidad que se ajustare a los términos y condiciones exigidos en esa misma ley. Dicho de otra manera, las partes, salvo pacto en contrario, al someterse al arbitraje, renuncian a cualquier *pretensión*, vía, medio, acción o recurso judicial, excepto únicamente al recurso de nulidad. Las partes, como diría Mullerat, asumen anticipadamente la decisión de los árbi-

75 No olvidemos que la Convención de Nueva York de 1.958 fue ratificada por Venezuela en 1.994, cuando ya casi un centenar de países eran parte de ésta.

76 BREWER-CARIAS, *ob cit*, p. 53.

77 *Ibidem*.

tros⁷⁸ y consienten cualquier vicio distinto a los señalados en el recurso de nulidad⁷⁹.

Debe comprenderse que esa renuncia no la hace individualmente una de las partes, sino todas las que suscriben el acuerdo de arbitraje. También debe comprenderse, que la renuncia no la hacen las partes para disminuir simplemente sus derechos o facultades procesales; la hacen porque están convencidas, sobre todo en el campo comercial o económico, de que comparativamente adquieren un beneficio mayor: la certeza de que cualquier controversia será resuelta rápidamente por las personas que ellas libremente determinen.

El riesgo de no saber cuánto tiempo puede requerir la resolución de la controversia en los Tribunales judiciales, que en cualquier caso seguramente será mayor que en el arbitraje; el riesgo de que la controversia sea resuelta por un juez que no tenga conocimientos especiales sobre el objeto de la controversia; el riesgo cada vez mayor en Venezuela de que el juez no tenga las condiciones morales y de imparcialidad, y finalmente la posibilidad de que el fallo último de la Corte Suprema de Justicia pueda incurrir en errores igualmente irrevisables, son tan sólo algunas de las razones que motivan a las partes a asumir libremente el arbitraje como un riesgo menor. Ello, lejos de constituir un menoscabo de los derechos y garantías fundamentales, es una de la más elevadas manifestaciones de la libertad privada y económica. Claro está, que quien no quiere asumir este último riesgo, entonces, según esa misma autonomía, no está obligado ni debería pactar un acuerdo arbitral.

Tratándose de controversias sobre derechos disponibles, no puede la autonomía de la voluntad libremente manifestada en un acuerdo, quedar a la merced del eventual deseo individual de quien, habiendo sido desfavorecido por el laudo, invoque con ropajes constitucionales principios que paradójicamente atentaría contra la propia Constitución.

78 Lo cual se puede apreciar con mayor facilidad en el arbitraje de equidad.

79 Debe evitarse toda confusión entre la renuncia a la pretensión y renuncia a la demanda. Cfr. CARNELUTTI Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTHEA, Buenos Aires, 1944, vol 1, pp. 198-199.

El consentimiento tácito de la violación de cualquier derecho o garantía fundamental que en el ámbito del arbitraje todos recaen necesariamente sobre materias privadas y disponibles, no infringe el orden público o las buenas costumbres, y está implícito inequívocamente en el acuerdo de arbitraje. Así lo dispone la propia ley⁸⁰.

IV. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE NULIDAD:

iv.a) *Causales taxativas:*

El recurso de nulidad se prevé en la ley no para atacar una decisión arbitral *injusta*, sino *nula*. Con el recurso de nulidad no se trata de sustituir el laudo arbitral por el fallo judicial, pues, a los jueces no les está permitido entrar a juzgar la correcta aplicación o interpretación de la ley por parte de los árbitros de derecho, y menos aún, juzgar las convicciones de los árbitros de equidad. Ante la existencia de un acuerdo de arbitraje, la potestad de resolver la controversia es exclusiva de los árbitros.

El recurso de nulidad, desde el punto de vista de su función, tiene una naturaleza extraordinaria, en cuanto no puede fundamentarse sino en las causales taxativas previstas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial; refiriéndose todas estas causales -excepto la última- a vicios o defectos formales del proceso, con lo

80 Esta tesis merece un estudio más detenido, pero es indudable que en esa dirección apuntan los ordenamientos más avanzados. La Corte Suprema de Justicia Argentina, pareciera haber seguido esa orientación cuando estableció que "es inatendible el agravio de que el laudo dictado en sede arbitral -libremente pactada- viola la garantía de la defensa en juicio al ser inapelable ante la justicia, puesto que dicho agravio deriva de la propia conducta discrecional del recurrente (Fallos, 237-392, 289-158, 292-157, 302-1280)...La intervención de árbitros con facultades para resolver en forma irrevisable las cuestiones que se les someten, no vulnera la garantía de los arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional, si los interesados han consentido el procedimiento o aceptado con anterioridad la jurisdicción arbitral pactada (Fallos 256-61, JA, 1962-II-515), en virtud de que la convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los árbitros (Fallos, 187-458)" CAIVANO, *ob cit*, pp. 273 y 274.

cual se excluye el examen de cualquier aspecto de fondo resuelto en el arbitraje. En otras palabras, los jueces, salvo las excepciones que puntualiza el referido artículo 44, no tienen competencia para conocer si el laudo es justo o no, si hubo o no errores "*in iudicando*", esto es errores en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas correspondientes, o si hubo o no infracciones en el establecimiento o en la valoración de los hechos o de las pruebas⁸¹. Con el recurso de nulidad se trata tan sólo de controlar en forma restringida las formalidades esenciales del proceso arbitral que el recurrente denuncie y que la propia ley exige. Así lo han destacado la doctrina y jurisprudencia extranjeras⁸².

Dicho esto, pasaremos de inmediato a analizar las referidas causales:

- a. "*Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje*":

Esta es una causal que se inspira en el literal a), aparte i) del artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL, pero mucho más restringida al no prever la posibilidad de que los jueces revisen la legalidad del acuerdo arbitral.

81 Al igual que en el recurso de casación, el juez debe limitarse al examen de las denuncias formuladas por el recurrente. En este sentido, DEVIS ECHANDIA Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo III, 6ta Edic., Bogotá, 1.985, p. 832.

82 A los tribunales judiciales, "en su cometido revisor, sólo le es dable emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de árbitro a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto lo que constituye exceso en el laudo, pero sin entrar en mayor o menor fundamento de lo decidido (Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 13 de octubre 1986, 12 de junio de 1987, 17 de marzo de 1988)". MULLERAT Ramón; "La anulación del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1.995, p. 116-117.

Aplaudimos esta restricción, ya que así sólo los árbitros exclusivamente pueden pronunciarse sobre la validez del acuerdo de arbitraje.

En cuanto a la incapacidad, debe tenerse ya presente que conforme a la reciente Ley de Derecho Internacional Privado venezolana⁸³, vigente a partir del 6 de febrero de 1.999⁸⁴, la capacidad de las personas se regirá por el Derecho de su domicilio (art. 16), entendiéndose por éste, en el caso de las personas físicas, el lugar donde tienen su residencia habitual. En cuanto a la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, establece la referida ley en su artículo 20, que se rige por el lugar de su constitución⁸⁵.

En cuanto a la capacidad que es exigida a las empresas públicas (art. 4), la ley incurre en una barbaridad. Ni siquiera en la Constitución de 1.830, en la que se prevé por primera vez el arbitraje en Venezuela, ni en alguno de los Códigos de Procedimiento Civil del siglo pasado, se exigió semejante clase de requisitos para que las empresas públicas pudieran someterse a arbitraje. A nuestro modo de ver, es una norma discriminatoria, ya que tales requisitos no le son exigidos ni a los particulares ni a la República, ni a los Estados ni a los Municipios.

83 G.O.N° 36.511, del 6-8-98.

84 Mientras tanto rige el derecho ordinario vigente.

85 Observamos que el artículo 16 de la Ley de Derecho Internacional Privado, establece, por un lado, que la capacidad de las personas en general, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas, se rige por el Derecho del domicilio, y por otro lado, en el artículo 20 establece que la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por el lugar de su constitución. Qué priva entonces en el caso de las personas jurídicas, su domicilio o el lugar de su constitución?, ya que el domicilio de una persona jurídica podría estar en un lugar distinto al de su constitución, con la agravante de que la ley no define, como sí lo hace en el caso de las personas físicas, lo que debe entenderse por domicilio de las personas jurídicas. En nuestro criterio, salvo mejor opinión de los entendidos en esta materia, el artículo 16, aunque no lo dice, se refiere exclusivamente a personas físicas o naturales y no a las personas jurídicas, para quienes el domicilio, a los efectos de determinar su capacidad, resulta irrelevante y lo determinante es el lugar de su constitución.

- b) "Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos":

Esta segunda causal se basa en la causal establecida en el literal a), aparte ii) del artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL. Con esta causal, lo que se pretende es anular aquel laudo que ha sido dictado en violación al debido proceso. La falta de notificación de alguna actuación arbitral que, conforme a las normas de procedimiento escogidas por las partes, debe ser notificadas a éstas, sólo será procedente en la medida de que dicha omisión le hubiere causado a la parte recurrente un menoscabo de su derecho de defensa. La ley no sanciona la falta de notificación *per se* de alguna actuación que en modo alguno le impidió a la parte recurrente ejercer su defensa. La ley se refiere a la falta de notificación absoluta que amerita el *debido proceso*. Debe tenerse presente que conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los vicios en la citación judicial para la contestación de la demanda no son de orden público, lo que es de orden público es la falta absoluta de ésta que atenta contra el derecho de defensa⁸⁶. De manera que los vicios en la notificación de una actuación arbitral, exigida por la ley o conforme a las normas de procedimiento convenidas por las partes, pueden ser convalidados de conformidad con los principios establecidos en los artículos 206 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y especialmente por lo previsto en el ordinal 3 del artículo 626 *eiusdem*⁸⁷.

Asimismo, cuando la ley establece que procede la nulidad del laudo si el recurrente no ha podido "por cualquier razón hacer valer sus derechos", se refiere obviamente a razones incontrolables o no imputables a éste.

86 Así lo ha establecido la Corte: Sent, SCC, del 13 mayo de 1.992, Carpintería Díaz Mata, SRL vs Astroberto Gutiérrez.

87 En este mismo sentido se pronuncia la doctrina extranjera: PALACIO, *ob cit*, Torno IX, p. 167. BENETTI SALGAR, *ob cit*, p. 113. GAMBOA SERRANO, *ob cit*, p. 209.

- c) "Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajusta a esta ley":

Esta causal podría decirse que se inspira en la causal establecida en el literal a), aparte iv) del artículo 34 Ley Modelo UNCITRAL, pero con una redacción inadecuada. Ya antes dijimos que el procedimiento arbitral debe ajustarse a lo convenido por las partes, y que sólo en ausencia de dicho pacto es que tienen aplicación las normas de procedimiento previstas en la ley. Esto a se infiere de los artículos 12 y 15 de la propia ley, y por ello, en modo alguno tendría sentido sostener que las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial son de orden público o de obligatorio cumplimiento.

Por ello, no tiene cabida la interpretación gramatical de esta causal. Si las partes son libres de escoger el procedimiento que más les conviene, entonces no puede luego ser una causal de nulidad no haberse ajustado el proceso arbitral al procedimiento establecido en esa ley, que de paso, es bastante precario.

Por tales motivos, pensamos que dicha causal debe ser interpretada en el sentido de que procederá la causal de nulidad cuando el proceso arbitral verificado no se hubiere ajustado al procedimiento convenido por las partes, bien en el acuerdo de arbitraje, bien en el transcurso del proceso, o cuando a falta de acuerdo de las partes en cuanto al procedimiento, no se hubiese observado el procedimiento establecido en la ley.

En cuanto a la composición de tribunal arbitral, no compartimos la opinión de quienes señalan que conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, no se requiere ser abogado para ser árbitro. Ello solamente es válido en nuestro concepto, cuando el arbitraje es de equidad, porque cuando es de derecho el árbitro sí debe ser abogado, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Abogados. Es cierto que la Ley de Arbitraje Comercial, nada establece al respecto, pero también es cierto que la Ley de Arbitraje Comercial sólo deroga al Código de Procedimiento Civil, en los asuntos que regula especialmente⁸⁸.

88 Conforme a las enseñanzas del maestro Sánchez-Covisa, para que pueda hablarse de una derogación de la ley, bien sea expresa o tácita, debe haber una

Respecto a los arbitrajes en que participa una empresa pública, debe tenerse en cuenta que el tribunal arbitral debe estar integrado por un número de árbitros, que en ningún caso, podrá ser inferior de tres.

- d) "Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo":

Esta es una causal que tiene como base la causal establecida en el literal a), aparte iii) del artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL, pero lamentablemente, nuestro legislador omitió copiar el resto de su contenido en el que se regulan, como veremos de inmediato, efectos muy importantes.

Esta causal se refiere a la incongruencia entre el alcance del laudo y las cuestiones sometidas por las partes a los árbitros. La redacción de la norma no presenta dudas en cuanto al vicio de *ultrapetita*, es decir, cuando los árbitros, al resolver la controversia, se exceden de los puntos que las partes sometieron a su consideración. Tampoco se presentan dudas en cuanto al vicio de *extra petita*, o sea, cuando en el laudo se resuelven temas extraños a los que las partes sometieron a los árbitros. En cambio, sí se presentan dudas en cuanto al vicio de *citra petita*, es decir, cuando se omite decidir cuestiones que las partes sometieron a los árbitros. La doctrina en este aspecto, está dividida en las legislaciones que tienen una redacción similar.⁸⁹ Por nuestra parte, nos llama especialmente la

colisión de normas o de preceptos legales. A nuestro modo de ver esta colisión, necesaria para que haya una derogación de la ley, no está dada en este supuesto, ya que la ley de arbitraje comercial nada establece sobre este particular. Distinta sería nuestra posición si la Ley de Arbitraje Comercial dijera que no se requiere ser abogado para ser árbitro. Cfr. SANCHEZ COVIZA Joaquín: *La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano*, Obra Jurídica, Caracas, 1.976.

- 89 A favor de que sí queda comprendido el vicio de *citra petita*: En Argentina: PALACIO, *ob cit*, tomo IX, p. 168. En Colombia: BENETTI SALGAR, *ob cit*, p. 115, y GAMBOA SERRANO, *ob cit*, p. 211. En contra, Argentina: ALSINA, citado por PALACIO, *ibídem*, en España: MULLERAT, *ob cit*, p. 143.

atención que el ordinal 2 del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil vigente, sí contempla la causal de nulidad del laudo por *citra petita*, lo cual pareciera constituir una evidencia de que el legislador al regular este asunto lo quiso hacer de una manera especial y distinta a la prevista en el Código de Procedimiento Civil. Por tanto, pensamos que el laudo viciado de incongruencia omisiva o de *citra petita*, no dará lugar en materia comercial a la nulidad del laudo, y sólo podrá exigirse la responsabilidad del árbitro por tal omisión⁹⁰.

Otro punto que genera dudas, es que la Ley Modelo UNCITRAL establece que si las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo podrán anularse éstas últimas. De esta forma, la Ley Modelo UNCITRAL acaba con una vieja polémica en la que la doctrina también estaba dividida. Bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1.916, y también bajo el vigente de 1.987, la polémica fue reseñada por nuestros autores patrios⁹¹. El legislador de 1.998, en lugar de acabar con esa polémica acogiendo expresamente la tesis de la nulidad relativa que es la más justa y sensata⁹², la incrementa al omitir, no sabemos si por voluntad o descuido de los proyectistas, el referido texto de la Ley Modelo UNCITRAL que la contempla. En todo caso, pensamos que la jurisprudencia en atención al principio de economía procesal debería inclinarse por la tesis de la nulidad parcial del laudo⁹³.

90 En este sentido MULLERAT, *ob cit*, p. 145. La Ley Modelo UNCITRAL no contiene este inconveniente puesto que su art. 33 contempla la figura del laudo adicional.

91 Cfr. BORJAS, *ob cit*, tomo V, pp. 87 y 88, y DUQUE SANCHEZ, *ob cit*, p. 67, se inclinan por la tesis de la nulidad total. GABALDON, *ob cit*, p. 141, se pronuncia en contra de esta tesis y señala que sí es posible admitir la nulidad parcial del laudo en casos de *ultra petita*.

92 Como lo hizo la Ley de Arbitraje española de 1.988 en su art. 45.

93 En materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros la Convención de Nueva York acoge esta misma solución (literal "c" del art. V.1.). Para evitar inconvenientes, sugerimos que las partes al inicio del proceso arbitral suscriban un documento, el cual quede claramente establecido el objeto del arbitraje. Este documento ha sido denominado por algunos como "los términos de referencia".

- e. "Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral":

Esta causal constituye un exabrupto del legislador. Obviamente, no está prevista en la Ley Modelo UNCITRAL como causal de nulidad del laudo, sino exclusivamente como causal para denegar el reconocimiento o ejecución del laudo, porque precisamente, eso es lo que es. En efecto, es lógico que se niegue el reconocimiento y ejecución del laudo si éste aún no es vinculante, porque cabe contra él algún recurso convenido por las partes como sería, por ejemplo, el recurso de apelación. También es lógico, que si el laudo ha sido *anulado en el extranjero* donde se dictó, en Venezuela se niegue su reconocimiento y ejecución. También es lógico que se niegue el reconocimiento y ejecución del laudo, si las partes han acordado voluntariamente la suspensión de su ejecución, porque, por ejemplo, el demandante le concede al demandado un tiempo adicional para el cumplimiento voluntario del laudo.

Ahora bien, lo que sí no tiene lógica ni sentido alguno, es que un laudo pueda anularse porque esté pendiente la sentencia de una instancia superior convenida por las partes que, inclusive, podría confirmar la absoluta validez del laudo. Tampoco tiene sentido, que pueda anularse un laudo por el simple hecho de que las partes han convenido la suspensión de la ejecución del laudo por un tiempo, y más absurdo es, que proceda la anulación del laudo por haber sido precisamente éste anulado con anterioridad.

Se trata obviamente de un grave descuido del legislador que la jurisprudencia debe superar acudiendo, como enseña Coviello, a la llamada *interpretatio abrogans*⁹⁴.

94 "La interpretación puede conducir a un resultado más atrevido aún, esto es, a negar todo significado a una norma determinada de ley, a reputarla como no escrita. Es la llamada comúnmente *interpretatio abrogans*, no porque el intérprete se abrogue la autoridad de abolir una ley en vigor, sino porque se llega a

- f) "Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria el orden público":

Esta es una causal basada en las mismas causales establecidas en el literal b), apartes i) y ii) del artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL. Las materias que conforme a la Ley no pueden ser sometidas a arbitraje, son las establecidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial⁹⁵, o sea, controversias que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas; las concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; las relativas a bienes y derechos de los incapaces, sin previa autorización judicial; las controversias sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme.

demostrar que una norma de ley, aparentemente en vigor, debe considerarse en sustancia como abolida por el legislador mismo. En el fondo, no es más que una interpretación restrictiva llevada hasta el último límite posible; no se elimina únicamente de la palabra de la ley el significado más amplio, para reconocerle sólo el menor extenso; eliminase también éste, hasta el punto de que la norma de ley queda letra muerta, una forma vacía de contenido espiritual. La cual consecuencia no puede ser sino una aplicación del mismo principio, esto es, que no hay que apegarse a la letra de la ley, sino que debe descubrirse el sentido que lleva oculto, la voluntad, el espíritu. Así como es justo limitar el significado de la letra cuando repugne sólo en parte a la voluntad de la ley, así es fuerza excluirlo sin rodeos cuando repugne del todo. Por eso, esta interpretación no debe hacerse a la ligera, dondequiera que se encuentre una norma que nos parezca poco racional o poco justa, no digo poco conforme a nuestro deseos o intereses, sino sólo cuando exista contradicción entre la norma que debe interpretarse y otra norma no dudosa, o un principio de derecho, aunque no esté expreso, y cuando han resultado vanas todas las tentativas para removerla". COVIELLO Nicolás; *Doctrina General del Derecho Civil*, Edit Hispano-Americana, Mexico, 1.949, p. 88.

95 Es completamente innecesario, y por ello se presta a confusión, prever en el literal "c" del art 3, que las controversias que versan sobre estado y capacidad civil de las personas quedan excluidas de arbitraje. En primer lugar, porque no cumplen el requisito general expresado en el encabezado del artículo, y segundo, porque ello es una materia esencialmente civil y jamás podría ser vista como una materia comercial.

En cuanto al orden público, conviene señalar que no basta simplemente que una materia *interese* al orden público para que sea procedente esta causal, es indispensable que sea *contraria* a los principios esenciales del orden público venezolano⁹⁶.

iv. b) *Oportunidad para interponer el recurso de nulidad:*

Según lo previsto en el artículo 625 del Código de Procedimiento Civil, desde el día de la *publicación* del laudo comienzan a correr los recursos a que haya lugar⁹⁷. La Ley de Arbitraje Comercial deroga esta disposición legal en lo que al arbitraje mercantil se refiere, al establecer en su artículo 43 que, el recurso de nulidad debe interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la *notificación* del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complementa.

Como puede observarse, en el arbitraje comercial ya no se requiere que el Juez publique el laudo arbitral a los fines de que éste adquiera firmeza en caso de que las partes hubieren estipulado la apelación para ante el Tribunal Superior natural o para ante otro tribunal de arbitraje que hayan constituido las partes con ese fin. Tampoco será necesario la publicación del laudo a los fines de poder hacer valer el recurso de nulidad, puesto que ahora, la notificación del laudo constituye el acto a partir del cual se computa el lapso para interponer el recurso de nulidad.

Es importante advertir, que conforme al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, el comienzo del lapso para interponer el recurso de nulidad, o el de apelación si fuere el caso, no presenta duda alguna. El artículo 627 de este Código, señala

96 Para un análisis de lo que debe entenderse por orden público, véase MEZGRAVIS, *ob cit.*, "La unidad de la jurisdicción...", pp. 311-316, y la bibliografía ahí citada. Para un análisis de la evolución del concepto de orden público en materia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Tribunal Supremo y en las Audiencias Provinciales en España, véase MULLE-RAT, *ob cit.*, pp. 161-172

97 Para hacer valer el recurso de nulidad, el art. 627 del CPC establece un lapso de diez días posteriores a la publicación.

muy claramente que dicho lapso comenzará a correr a partir de la publicación del laudo. En cambio, bajo el régimen de la Ley de Arbitraje Comercial, en el cual no se contempla la figura de la publicación podría, en un primer momento, pensarse, sobre todo por la práctica forense, que el lapso para interponer el recurso de nulidad comienza a contarse a partir de la última notificación de las partes, lo cual evita una duplicidad de lapsos indeseables según los principios procesales.

En nuestro criterio, tal posición no encuentra sustentación en el recurso de nulidad de un laudo arbitral. Es cierto que en el campo judicial, al menos en el venezolano, los lapsos deben comenzar y finalizar el mismo día para todas las partes. También es cierto, que el recurso de nulidad se hace valer, no en el proceso arbitral, sino ante un verdadero proceso judicial y como tal, se rige por los mismos principios procesales, y por ello, los cinco días hábiles para interponer el recurso se cuentan por días de despacho verificados en el Tribunal competente.

Sin embargo, en nuestro criterio otro principio, no menos importante, está en juego: la certeza de los lapsos. Recordemos que en la generalidad de los arbitrajes no existe propiamente un único expediente el cual revisan periódicamente las partes; por el contrario, las actuaciones, según la mayoría de los Reglamentos que regulan el arbitraje institucional, se presentan en tantas copias como partes y árbitros haya. De allí, que la parte recurrente jamás podría tener certeza inmediata de la notificación de la parte contraria.

Adicionalmente, si partimos de la base de que toda actuación en el arbitraje debe ser notificada, luego entonces caeríamos en el absurdo de que el eventual recurrente no sólo tendría que ser notificado del laudo, sino que, además, tendría que ser notificado de que la otra parte le fue ya notificado el laudo, con la agravante de que aún así, se plantearía una duda adicional: ¿cuál de las dos notificaciones recibidas por el eventual recurrente prevalecería a los efectos de computar el lapso para interponer el recurso? Aún más ¿acaso la otra parte no tendría derecho a que igualmente se le notificara que a la otra le fue comunicada su notificación? ¿O es que siempre debe suponerse que la parte vencida es la que está legitimada para recu-

rrir? ignorándose así el supuesto en el cual el resultado del proceso arbitral arrojará un vencimiento parcial y la parte "vencedora", o casi vencedora, tuviere también razones para recurrir.

Como puede observarse, la cadena de notificaciones sería interminable. Es por esto, que también la generalidad de los Reglamentos establecen que los lapsos comienzan a transcurrir a partir del recibo de la correspondiente notificación⁹⁸. En fin, si el arbitraje es institucional, y salvo pacto en contrario, debe tenerse muy presente lo establecido en el correspondiente Reglamento, y si es independiente o ad-hoc, y las partes no han acordado algo al respecto, entonces, pensamos que, según lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, el lapso para cada parte debe comenzar a computarse desde el mismo momento en que sea notificado el laudo⁹⁹.

Por último, conviene hacer una breve aclaratoria respecto a los casos en que las partes hayan pactado una segunda instancia. En estos casos, podría plantearse la duda de si el lapso para interponer el recurso comienza a computarse a partir de la notificación del laudo dictado en segunda instancia o del último laudo dictado, es decir, a partir de la notificación del laudo ejecutorio, o si por el contrario, como la Ley de Arbitraje Comercial no establece expresamente el agotamiento previo de los recursos que las partes hubieren podido acordar, el recurso de nulidad puede interponerse contra el laudo arbitral de primera instancia una vez que éste le hay sido notificado al recurrente, independientemente que contra éste hayan convenido las partes la apelación para ante otro tribunal arbitral o para ante el Tribunal Superior natural.

98 Así lo establecen entre otros, el Reglamento de la CCI (art. 3)

99 En este mismo sentido: VAZQUEZ SOTELO apunta, "al referirse la ley a la notificación del recurrente quiere decir que no es posible que el que pretende impugnar el laudo pueda aprovecharse de la notificación hecha a otro de los interesados, posterior a la suya, ya que la LEC no dice en esta ocasión, como en otras, que el plazo se cuente desde la última de las notificaciones practicadas sino precisamente desde el siguiente día al de la notificación del recurrente"; *ob cit.*, por BARONA VILAR Silvia: "El recurso de anulación del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1.988-1989, p. 130.

En nuestra opinión, la naturaleza especial del recurso de nulidad supone que éste procede contra el laudo susceptible de ser ejecutado y no contra aquél que aún no está definitivamente firme. Esta es la intención del legislador, ya que la otra tesis podría acarrear sentencias contradictorias al permitir tantos recursos de nulidad como laudos se dicten. La posición que sostenemos, es la que plasma el Código de Procedimiento Civil en su artículo 627, al referirse expresamente al "*Laudo Arbitral ejecutoriado*.."

iv.c) Órgano competente para conocer el recurso de nulidad:

Según el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, el recurso de nulidad debe interponerse ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado el laudo. A primera vista, podría pensarse que el tribunal competente es el Tribunal Superior propiamente dicho, es decir, el así denominado de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando lo cierto es, que ello no tendría ningún fundamento. En efecto, ni los Tribunales Superiores propiamente dichos, ni algún otro, son órganos jerárquicamente superiores de los tribunales arbitrales. Únicamente y de conformidad con lo establecido en el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales judiciales en general conocen en apelación los laudos arbitrales cuando así lo acuerden las partes. Y cuando ello ocurre, la competencia funcional, por mandato expreso de este mismo artículo, corresponde al Tribunal Superior *natural* del Tribunal que hubiese sido competente para conocer el asunto de no haberse efectuado el arbitraje¹⁰⁰.

De manera que, cuando la Ley de Arbitraje Comercial se refiere al "Tribunal de Primera Instancia competente", o "Juez competente de Primera Instancia", debe entenderse, por aplicación del Código de Procedimiento Civil, que se refiere al que lo fuere para conocer el asunto sometido a arbitraje, y cuando se refiere a "Tribunal Superior competente", debe entenderse que es el "Tribunal Superior *natural*", es decir, el Tribunal Superior de aquél que hubiere conocido la controversia de no haberse efectuado el arbitraje.

100 Arts. 628, 624 y 523 del CPC.

Esta es la solución legislativa adoptada por Italia¹⁰¹, y a esta misma solución llega la doctrina argentina al interpretar una norma del Código Nacional, cuya redacción es igualmente poco feliz. Así lo apunta Caivano al señalar que "el recurso de nulidad contra los laudos emanados de árbitros de derecho se tramita por ante el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido entender en la cuestión de fondo resuelta por los árbitros, si el pleito no hubiese sido sometido a arbitraje. Este tribunal, que debe ser entendido como la segunda instancia del fuero de que se trate, es el mismo que entendería también el recurso de apelación contra el laudo, de no haberse renunciado¹⁰²".

iv.d) *Motivos de inadmisibilidad y de improcedencia del recurso de nulidad:*

El artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, establece dos motivos de inadmisibilidad del recurso de nulidad. A saber: 1) cuando sea extemporánea su interposición, y 2) cuando las causales en que se fundamenta no se correspondan con las establecidas en dicha Ley.

Asimismo, el mencionado artículo 45, el cual aparentemente se inspira en la legislación colombiana, establece que en el auto por medio del cual se admite el recurso de nulidad, se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso. Agrega esta disposición legal, que si no se presta la caución en el término de diez días hábiles, el tribunal "lo declarará sin lugar".

Como puede observarse, este motivo, a diferencia de los dos anteriores, es un motivo de *improcedencia* del recurso, cuando en realidad debió haberse tratado como una causal más de inadmisibilidad, pues, la declaratoria sin lugar supone un pronunciamiento

101 Así por lo menos estaba consagrado en los arts. 827 y 828 del CPC italiano. Cfr. REDENTI Enrico; *Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1.957, Tomo III, p. 136. SATA Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1.971, vol II, p. 299.

102 CAIVANO, *ob cit*, p. 266. En este mismo

sobre el mérito o fondo del asunto, y bajo este supuesto únicamente se está declarando que el recurrente no cumplió con uno de los requisitos exigidos por la ley para poder darle curso al recurso. En todo caso, si no se quería como causal de inadmisibilidad debió establecerse, como lo hace la legislación colombiana, que si no se presenta la caución oportunamente, el tribunal lo "declarará desierto"¹⁰³, o "*perecido*" si se prefiere una terminología más común en nuestro foro.

Entendemos que la exigencia de la caución tiene por justa finalidad evitar la interposición maliciosa del recurso de nulidad, cuestión que es muy realista si se tiene en cuenta la creciente y vergonzosa falta de ética que reina entre los litigantes que actualmente ejercen en Venezuela. No obstante, es hartamente conocida la inconstitucionalidad del principio *solve et repete*. En efecto, no sólo ha sido declarada por el excelso Tribunal Constitucional Italiano y por otras Cortes Constitucionales de Europa¹⁰⁴, sino también por la Corte Suprema de Argentina¹⁰⁵ y, lo que es más grave, por nuestra propia Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁶

Una multa al finalizar el proceso o una condena en costas con un porcentaje mayor al ordinario, hubiese sido en nuestro concepto una mejor solución, no tanto por los efectos pecuniarios que ello

103 BENETTI SALGAR, *ob cit*, p. 109.

104 GARCIA de ENTERRIA Eduardo, y FERNANDEZ Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, quinta Edic, 506.

105 VESCOVI, *ob cit.*, 223.

106 BREWER-CARIAS Allan; *Nuevas tendencias del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.993, pp. 155-158. En contra HERIQUEZ LA ROCHE, quien al referirse al recurso de nulidad de la Ley de Arbitraje Comercial sostiene: "Esta regla no es inconstitucional por el hecho de que tutele -reconduzca al cumplimiento de una condición pecuniaria- el ejercicio de la defensa; el artículo 68 de la Const. Nac. no consagra la defensa como un derecho público ilimitable. La causal 6a. del secuestro prevé una solución similar al conceder tal medida preventiva si la parte perdedora apelare de la sentencia definitiva sin dar caución)". HERIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*, Tomo V, Caracas 1.998, p. 62. Disentimos de este criterio porque la fianza a que se refiere el ord. 6° del art. 599 del CPC, no es exigida para poder apelar, sino para que no prospere el secuestro.

podría representar, sino porque sería una forma de combatir esa lamentable realidad, sin el riesgo de que pudiera ser declarada inconstitucional.

Distinta es la situación con la caución prevista en el artículo 43 eiusdem para suspender la ejecución del laudo. Además de ser una solución efectiva, este tipo de caución no encuentra objeciones en la doctrina¹⁰⁷.

V. SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE NULIDAD:

En cuanto a la sustanciación del recurso de nulidad, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que "admitido el recurso y dada la caución, el Tribunal Superior conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento ordinario".

La redacción de esta norma, que a primera vista luce muy sencilla y clara, se presta, sin embargo, a serias confusiones. Algunas de las distintas interpretaciones que podrían plantearse son: 1) El recurso de nulidad es en realidad una acción autónoma que se rige por el procedimiento ordinario de primera instancia, el cual comenzará por demanda. (art. 339 y ss. del CPC); 2) Que trata de un verdadero recurso y no de una acción autónoma, y que al ser un Tribunal Superior el que conoce el "recurso", el procedimiento ordinario que resulta aplicable es el previsto para la Segunda Instancia (arts. 516 y ss. del CPC) y 3) El procedimiento ordinario a seguirse es el contemplado en el Código de Procedimiento Civil para la nulidad de los laudos arbitrales (art. 627 del CPC).

El asunto se complica aún más, si tenemos en cuenta que no sólo la doctrina patria al referirse a la norma equivalente en el Código de Procedimiento Civil de 1.916 y de 1.987, está dividida, sino que, también, en la doctrina extranjera existen criterios contrarios.

Nos enseña Vescovi que, tradicionalmente, al menos en el sistema iberoamericano, se habla de recurso como medio impugna-

107 Cfr. VESCOVI, *ob cit.*, pp. 223 y 224.

tivo. En realidad, el recurso es sólo uno de los distintos medios impugnativos, independientemente de que sea el más importante. Como dice Devis Echandía, la impugnación es el género: el recurso, la especie. En Italia, por ejemplo, el nombre de recurso se reserva, generalmente, para la casación; los demás se califican como impugnaciones¹⁰⁸.

Según Guasp, si bien el proceso de impugnación recibe, generalmente, el nombre de "recurso", es una categoría unitaria, pero que se desdobra en una multitud de manifestaciones cuya existencia suscita el problema de la calificación de las impugnaciones procesales, que puede ser resuelta de modo distinto por las legislaciones positivas¹⁰⁹.

Asimismo, en el sentir de la doctrina mayoritaria, cabe distinguir entre el recurso y la acción impugnativa (autónoma), que puede dar lugar a un nuevo proceso, como sucede con el recurso de invalidación (de la cosa juzgada)¹¹⁰. Sin embargo, señala también Vescovi, que mientras una parte importante de la doctrina considera que la impugnación no es autónoma, sino que siempre forma parte del proceso existente, otro sector, en cambio, menciona los recursos de nulidad como acciones autónomas o procesos independientes¹¹¹.

En lo que a nuestra doctrina se refiere, el término *recurso* da a entender, según Borjas, que "el legislador quiere con ello equiparar el procedimiento que ha de observar en este medio de impugnación con el recurso ordinario de alzada, o sea el de segunda instancia en cuanto le sea aplicable, siendo dicho recurso especial, no una nueva instancia del proceso sometido a árbitros, pero si una continuación de él, y no un nuevo juicio como el de invalidación, en que se requiere citación de la contraparte y toda la tramitación del juicio ordinario en primera instancia"¹¹².

108 Cfr. VESCOVI Enrique: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamerica*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1.988, p. 14.

109 Cfr. GUASP Jaime; *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1.956, p. 1379. Igualmente VESCOVI, *ob cit.*, p.15, nota 2.

110 Cfr. VESCOVI, *ob cit.*, p. 14.

111 *Ibidem*.

112 BORJAS, *ob cit.*, Tomo V, p. 89.

Sanojo y Cuenca, estiman que el legislador ha utilizado equivocadamente la expresión "recurso", y en contra de la doctrina antes expuesta, señalan que: "no se trata propiamente de un "recurso", sino de una acción de nulidad autónoma, que se desenvuelve en juicio ordinario..."¹¹³.

Loreto, al interpretar la frase "por vía de recurso" del artículo 521 del Código de Procedimiento Civil de 1916, reproducida por el Código vigente, sostiene que "el término 'recurso' empleado por el legislador da a entender que no se trata de una acción autónoma, separada, distinta e independiente, sino que es un verdadero recurso de naturaleza especial, *sui generis*, que el tribunal comenzará a 'ver' dentro de tres días con todas las formalidades legales. No siendo la impugnación de nulidad el ejercicio de una acción autónoma sino el cumplimiento de una situación procesal *sui generis*, tiene los caracteres propios de un verdadero recurso, cuya vista comienza el tercer día después de la publicación del laudo. Por tanto, no inicia un juicio ordinario, sino que el Tribunal procederá a la 'vista' como se dispone en el artículo 409 del indicado Código, debiendo cumplirse todas las formalidades legales pertinentes."¹¹⁴. "El vocablo 'ver', utilizado por el legislador debe ser interpretado en el sentido de que la sustanciación del recurso de nulidad se inicia con la vista de las actas y recaudos que corren en el expediente"¹¹⁵.

Gabaldón, por su parte, señala que "el artículo 627 al establecer un plazo de tres días para que el juez proceda a la vista mueve a pensar que se trata efectivamente del inicio de la relación de la cau-

113 CUENCA Humberto: *Curso de Casación Civil*, Tomo II, Caracas, 1.963, p. 58. En este mismo sentido, además de MATTIROLLO, citado por Cuenca, véase ROCO Ugo; *Tratado de Derecho Procesal*, Temis-Depalma, 1.969, Tomo I, p. 164, y también BARRIOS DE ANGELIS Dante: *Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina*, Depalma, 1.989, p. 416, quien a la vez cita a SCHLOSSER.

114 LORETO Luis: "Dictamen de fecha 8-5-83", citado por GABALDON Frank, en su obra *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil*, Paredes edit., Caracas 1.987, p. 127-128, quien en la nota 52, sostiene que el vocablo "recurso" usado en materia de arbitraje por el CPC de 1.897 y por los posteriores incluyendo al de 1.985 (sic), no tenía ni tiene un significado técnico". *ob cit.* p. 127.

115 *Idem*, p. 128.

sa y no de otra cosa, pues parece ilógico que si legislador deseara que el llamado 'recurso' se iniciara con una demanda formal apenas conceda a la contraparte tres días para preparar su contestación, aparte de que la ley no señala ese plazo de tres días como posterior a la citación de uno de los compromitentes y por ende el plazo en cuestión corre automáticamente al intentarse el recurso de nulidad"¹¹⁶.

De las tres posibles interpretaciones antes enunciadas, la última es la que menos apoyo encuentra. En efecto, si partimos de la premisa de que el legislador conoce que existe un Libro en el Código de Procedimiento Civil titulado "Del procedimiento ordinario", y sabe que el arbitramento está dentro del Libro Cuarto referente a los "procedimientos especiales", es ilógico que se refiera a uno de estos procedimientos o a una norma de éste, utilizando la terminología del primero.

En nuestra opinión, las dos primeras interpretaciones son las que encuentran apoyo en la doctrina, y nos corresponde ahora fijar nuestra posición. En primer lugar, observamos que la redacción del artículo 47 de la Ley de Arbitraje Comercial, difiere en varios aspectos de la redacción del artículo 627 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, la Ley de Arbitraje Comercial abandona la frase "procederá a ver" y la frase relativa a los "de tres días", frases éstas que permitían sostener que no se estaba en presencia de un juicio ordinario, sino ante un procedimiento equivalente al de segunda instancia. Además, la ley agrega expresamente que se aplicará el *procedimiento ordinario*, previsto en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual se causa la impresión de que se trata de una acción autónoma que se ventila por las normas del juicio ordinario. Sin embargo, la Ley de Arbitraje utiliza la expresión "*procedimiento ordinario*" en lugar de "*juicio ordinario*", y conservó el vocablo más importante para quienes sostienen la tesis contraria: la palabra "recurso".

116 GABALDON, *ob cit.*, p. 129.

La frase "juicio ordinario" no plantea duda alguna en cuanto a que se inicia por demanda, pero ésa no fue la frase empleada por el legislador, quien utilizó la expresión por el "procedimiento ordinario", que unida a la palabra "recurso", genera una idea distinta. En efecto, el procedimiento para la segunda instancia está comprendido en el Libro Segundo, titulado "Del procedimiento ordinario". De manera que la simple alusión al procedimiento ordinario no puede configurar un argumento a favor de la tesis de la acción autónoma, porque tan ordinario es el procedimiento de primera instancia como el de segunda instancia.

Lo cierto es que la Ley de Arbitraje Comercial, así como introdujo nuevas frases que favorecen la tesis de la acción autónoma, introdujo otro cambio muy importante, que a nuestro modo de ver, contrarresta la tesis de la acción autónoma de manera considerable. A la luz del Código de Procedimiento Civil, la competencia para conocer el recurso de nulidad correspondía al juez de Primera Instancia, mientras que bajo la Ley de Arbitraje Comercial la competencia es atribuida, como antes indicamos, al Tribunal Superior natural, es decir, que el legislador dispone que el recurso de nulidad lo conoce *per saltum*, la segunda instancia. Ello, sin duda alguna, constituye ahora uno de los argumentos más sólidos para defender la tesis relativa a que se trata de un recurso propiamente dicho y no de una acción autónoma que se ventila en juicio ordinario.

Más exactamente, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral es, como enseña Carnacini, "*un medio de impugnación totalmente especial e independiente, no susceptible por tanto de ser clasificado ni entre los ordinarios ni entre los extraordinarios...*"¹¹⁷.

En este mismo orden de ideas, señala Sata que, para comprender bien lo que es la impugnación del laudo arbitral por nulidad, es necesario tener presente que el juicio arbitral está considerado tendencialmente como un juicio de primer grado, y la sentencia arbitral como el equivalente de la sentencia de primer grado. La

117 CARNACINI Tito; *Arbitraje*, EJE, 1.961, p. 184. Conforme MORALES MOLINA Hernando; "Naturaleza del Recurso de anulación del laudo arbitral", en *Estudios de Derecho Civil*, Edic. Rosaristas, Bogotá 1.982, p. 233 y ss.

prueba de esto, aclara Sata, se tiene en que la competencia para conocer este recurso corresponde al juez superior a aquél que habría sido competente para decidir en primer grado la controversia; y en el hecho de que si la impugnación es admisible, el juicio se desarrolla en segundo grado, utilizando, en cuanto sea posible, el material recogido en el juicio arbitral. Se puede decir, según Sata, que el recurso de nulidad del laudo se presenta como una especie de apelación limitada en lo que se refiere a los motivos, de donde parece admisible que las normas propias del procedimiento de apelación se apliquen a este recurso¹¹⁸.

Adicionalmente, no debe olvidarse que en el Derecho comparado la tendencia es la de simplificar la sustanciación del recurso de nulidad. Sin ir muy lejos, en Argentina, por ejemplo, el recurso de nulidad se resuelve sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente; es decir que se tramita "inaudita parte", debiendo limitarse el tribunal judicial a examinar las causales invocadas por el recurrente.¹¹⁹

En realidad, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje Comercial no puede ser interpretado aisladamente, sino en el contexto de la ley, y conforme a su intención. La *ratio legis* no puede dejarse a un lado. Uno de los principales *objetivos prácticos* de la Ley de Arbitraje Comercial, es el de "asegurar la agilidad en la resolución de conflictos,"¹²⁰ lo cual choca abiertamente con la idea de establecer un procedimiento desmesurado y largo -como el juicio ordinario- para resolver el recurso de nulidad.

En Colombia, se dió un caso muy interesante: "mediante el decreto 2304 de 1989 se reforma el art. 206 del Código Contencioso Administrativo (art. 45) para decir que la nulidad de los laudos arbitrales se tramita por el procedimiento ordinario previsto en el mismo Código Contencioso, con lo cual se consagra un procedimiento desmesurado para estos casos, que no se compadece con los

118 SATA, *ob. cit.*, pp. 299 y 300.

119 CAIVANO, *ob. cit.*, p. 267.

120 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial, de mayo de 1.997, p. 2.

finés del recurso, pues implica formularlo por medio de una demanda con los requisitos que le son propios, fijación en lista, intervención del ministerio público, notificaciones específicas, apertura a pruebas, traslados para alegar, etc., todo lo cual redundará en que la celeridad que la ley le imprime al proceso arbitral se frena con el recurso de anulación ante el Consejo de Estado, entidad que puede demorar bastante tiempo en tramitarlo y decidirlo, siguiendo al efecto el procedimiento ordinario contencioso-administrativo. Por fortuna, el Consejo de Estado ha reaccionado contra este desatino de la legislación de 1989, y al efecto, en sentencia del 3 de abril de 1992, aceptó el criterio del ponente de declarar probada la excepción de inconstitucionalidad del citado art. 206 del Código Contencioso, porque las facultades extraordinarias de la Ley 30 de 1987 se dieron al gobierno para simplificar los trámites judiciales, no para hacerlos más dispendiosos y complicados, por lo cual negó su aplicación y dispuso que el recurso se tramitara conforme al estatuto arbitral¹²¹.

Como puede observarse, también se trata de un desatino del legislador venezolano, quien no estableció con precisión que el procedimiento ordinario a seguirse en el recurso de nulidad es el previsto para la segunda instancia. Las palabras del legislador se quedaron cortas en este asunto, y por ello, para alcanzar el verdadero sentido de la ley, es preciso acudir a la interpretación extensiva¹²², cuyo resultado aclara que el Tribunal Superior competente debe conocer el recurso de nulidad conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento ordinario de segunda instancia. Esta es en nuestra opinión la intención del legislador.

121 BENETH SALGAR, *ob cit.*, p. 111.

122 COVIELLO, *ob cit.*, p. 82 y ss.

VI. RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA LA DECISIÓN JUDICIAL QUE RESUELVE EL RECURSO DE NULIDAD:

Ya dijimos que uno de los objetivos principales de la Ley de Arbitraje Comercial, era ofrecer un mecanismo alternativo que agilizará la resolución de las controversias.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje Comercial no prohíbe, como sí lo hace, por ejemplo, la ley española, que contra la decisión que resuelve el recurso de nulidad se pueda intentar el recurso de apelación o el de casación si fuere el caso, y en razón de que la sentencia que resuelve el recurso de nulidad proviene en definitiva de la justicia estatal, pareciera lógico sostener que ésta sería susceptible de los mismos recursos ordinarios y extraordinarios que son admisibles contra las sentencias judiciales en general.

vi. a) *Inadmisibilidad de la apelación*

Sin embargo, partiendo de la base de que el recurso de nulidad, se inicia *per saltum* en la segunda instancia, no cabría el recurso de apelación¹²³. Ya antes concluimos que resulta aplicable al recurso de nulidad el procedimiento ordinario de segunda instancia, y a éste debemos ceñirnos para determinar si contra la sentencia que resuelve el recurso de nulidad procede el recurso de casación.

vi. b) *Recurso de casación, de invalidación y de amparo.*

De allí, que en atención a que se trataría de una sentencia de última instancia que pone fin a un juicio especial contencioso, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, sería procedente el recurso de casación, pero sólo obviamente contra las sentencias que resuelvan los recursos de nulidad relativos a arbitrajes cuyo interés principal ascienda a la cuantía exigida¹²⁴.

123 En este mismo sentido HERIQUEZ LA ROCHE, *ob cit.*, p. 62.

124 Véase al respecto Decreto 1029 del 17-1-96, en el que se exige una cuantía superior a Bs. 5.000.000,00. En consecuencia, actualmente, contra las decisio-

Siguiendo la línea de pensamiento de Cuenca, de la sentencia que resuelva la nulidad del laudo habrá recurso de casación, no sólo si se trata de un arbitraje de derecho, sino también de árbitros de equidad, porque la limitación del ordinal 4º se refiere a decisiones de equidad, y la decisión sobre el recurso de nulidad, entendemos que es con arreglo al Derecho¹²⁵.

La Casación italiana en reiterados fallos, ha ratificado la doctrina antes expuesta, en los siguientes términos:

"La sentencia de la autoridad judicial emitida en el juicio de nulidad del laudo arbitral, a tenor del art. 829 del Cód. Proc. Civ., debe considerarse como sentencia pronunciada en grado de apelación, y como tal, impugnabile mediante recurso en casación, a tenor del art. 360 de dicho Código. Este principio es aplicable también en la hipótesis de que los árbitros hayan sido autorizados para decidir según equidad; también en tal caso se admite, efectivamente, contra el laudo la acción de nulidad, con la única diferencia de que ella sólo puede fundarse en *errores in procedendo*, y no también en *errores in iudicando*. Por consiguiente, la sentencia del juez de las nulidades debe considerarse pronunciada igualmente en grado de apelación, y como tal, impugnabile en casación". (Casación, 24 de marzo de 1952, n. 805)¹²⁶.

Por último, consideramos que por las mismas razones antes apuntadas, también cabría la posibilidad de que contra la sentencia judicial que resuelve el recurso de nulidad, procedería el recurso de invalidación y la acción de amparo prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo, es decir, contra decisiones judiciales.

nes que dicten los Tribunales de Primera Instancia actuando como Tribunales Superiores naturales de los Tribunales de Municipio y las que dicten éstos actuando como Tribunales Superiores naturales de los Tribunales de Parroquia, no habría ni recurso de apelación ni de casación.

125 Cfr. CUENCA *ob cit.*, p. 58. Igualmente SATA, *ob cit.*, p. 302.

126 ROCO, *ob cit.*, pp. 176-177.

VII. LA RENUNCIA DEL RECURSO DE NULIDAD:

El tema de la renuncia de los recursos, no ofrece dificultad alguna frente al supuesto de que, dictada una sentencia, la parte perjudicada por ella se abstenga de ejercer el recurso correspondiente durante el plazo fijado por la ley, o bien desista expresamente en ese momento de la facultad de apelar o recurrir. El asunto comienza a complicarse, cuando se analiza la posibilidad de renunciar al ejercicio de un recurso por vía de un convenio celebrado entre las partes con anterioridad al pronunciamiento de la respectiva sentencia o cuando se renuncia anticipadamente a una acción.

La doctrina mayoritaria, que no tiene sino escasos opositores, enseña que el recurso de alzada es un derecho renunciabile, pues, la institución de una segunda instancia no es exigida por necesidades de orden público sino por el exclusivo interés de los litigantes.¹²⁷ Se admite que en líneas generales, toda situación jurídica subjetiva puede ser objeto de renuncia anticipada, bien sea de naturaleza sustancial, o procesal¹²⁸. Es cierto, que la ley prohíbe la renuncia anticipada de ciertos derechos, como la renuncia a la prescripción (art.1.954 C.C) y la renuncia a la herencia de una persona viva (1.022 C.C). Pero no menos cierto es que, en principio, y salvo disposición legal especial, las cosas futuras, y entre ellas, los derechos futuros, pueden ser objeto de contratos, y por ende, también de renuncia. En efecto, establece textualmente el artículo 1.156 del Código Civil:

"Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario.

127 FEO Ramón: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1.907, p. 175. BORJAS, *ob cit.*, Tomo II, p. 209 y Tomo V, p. 71. PALACIO, *ob cit.*, tomo V, p. 31.

128 Cfr. MACIOCE, Francesco en *Enciclopedia del Diritto*, voz rinuncia (dir priv), p. 941. Asimismo, BOZZI, Aldo en *Novissimo Digesto Italiano*, voz rinuncia (dir potestativo), N° 9, p. 1.144, y MOSCARINI, Lucio Valerio en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voz rinuncia all' azione, N° 2.1.

Sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trata".

La doctrina es pacífica en sostener que las excepciones expresamente contempladas en la ley obedecen a razones de orden público¹²⁹. También la doctrina es unánime en sostener que, la expresión "cosas futuras," comprende, no solamente los objetos materiales, sino también los derechos futuros¹³⁰.

Ahora bien, existe consenso en que las acciones sobre materias indisponibles no pueden ser renunciadas¹³¹, pero el problema precisamente se presenta en ciertas materias en que no es fácil determinar esa disponibilidad. El mejor ejemplo de todos es el proceso de quiebra, que tal y como ha señalado la doctrina, constituye una mezcla de interés público y privado¹³². No hay duda de que el orden público está interesado en varios aspectos del proceso de quiebra, pero ello no supone que *todas* las normas que lo regulan son de orden público, y menos aún, que la acción que tienen los acreedores para provocar su declaratoria lo sea.

Hasta donde sabemos, tan solo PROVINCIALI y De SEMO, fundamentados en razones de orden público, se pronuncian concretamente en contra de la validez del pacto por medio del cual el acreedor renuncia a la acción de quiebra¹³³. En cambio, el sector

mayoritario de la doctrina admite categóricamente la validez de ese pacto, entre los que destacan los italianos BONELLI¹³⁴, SRAFFA,¹³⁵ NAVARRINI,¹³⁶ VIDARI¹³⁷, SATTA¹³⁸, AZZOLINA,¹³⁹ el alemán JAEGER¹⁴⁰, y el venezolano BURGOS VILLASMIL¹⁴¹.

Respecto al arbitraje, y específicamente en relación con el recurso de nulidad, la cuestión es mucho más fácil, porque se trata de materia necesariamente disponible. Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene que el recurso de nulidad es irrenunciable por razones atinentes al orden público¹⁴². Otro sector en cambio, admite que se pacte anticipadamente su renuncia¹⁴³, y hay otros autores como Vescovi que admite la renuncia de los recursos extraordinarios en general, siempre y cuando se haga dentro del proceso y durante el plazo del recurso¹⁴⁴.

La solución pareciera depender de lo que establece cada legislación en particular. Así, por ejemplo, en el Derecho italiano¹⁴⁵ y Derecho argentino se prohíbe expresamente tal posibilidad¹⁴⁶, mientras que ordenamientos como Bélgica adoptan, como vimos (supra iii.a), la regla inversa: no hay recurso de nulidad contra el

129 Respecto al carácter de orden público de estas prohibiciones, véase SANOJO, MELICH ORSINI, MADURO LUYANDO, PALACIOS HERRERA y LOPEZ HERRERA, todos citados en la obra "Código Civil de Venezuela" realizada por el Instituto de Derecho Privado de la UCV, y el Colegio de Abogados del Distrito Federal, art. 1.156, p. 301 y ss. Específicamente sobre interés público en la imposibilidad de renunciar a la prescripción, sino después de adquirida, véase PLANIOL M. y RIPERT J.: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo 3, p. 634.

130 Cfr. CASAS RINCON, MELICH ORSINI y MADURO LUYANDO en "Código Civil...", *ob. cit.*, p. 292 y 293.

131 En este sentido se pronuncia PROVINCIALE, *ob. cit.*, p. 384.

132 RAMIREZ José A.: "Derecho Concursal Español", "La Quiebra", Tomo 1, p. 79.

133 El español RAMIREZ LOPEZ, en sus notas a la traducción de la obra de PROVINCIALE, aunque se refiere a un problema distinto y lo resuelve con apoyo de GARRIGUES, parece acoger la doctrina de aquel. Cfr. PROVINCIALE, *ob. cit.*, p. 386.

134 Citado por el propio PROVINCIALE, *ob. cit.*, en nota 43.

135 *Idem*.

136 Cfr. NAVARRINI Humberto: "La Quiebra", p. 62. *ob. cit.*, p. 62.

137 Citado por NAVARRINI, *ob. cit.*, p. 62, nota 3.

138 SATTA, Salvatore: "Instituciones del Derecho de Quiebra", p. 35. *ob. cit.*, p. 63, nota 57.

139 Citado también por PROVINCIALE, *ob. cit.*, p. 384, nota 384.

140 *Idem*.

141 BURGOS VILLASMIL, José R.: "Lecciones sobre Quiebra", p. 36.

142 Cfr. BORJAS, *ob. cit.*, Tomo V, p. 85. PALACIO, *ob. cit.*, p. 31 y ss. CHILLON MEDINA, y MERINO MERCHAN; *ob. cit.*, p. 562, porque consideran que la tutela judicial efectiva es irrenunciable.

143 TARSIA, citado por VESCOVI, *ob. cit.*, p. 228 nota 8, porque considera que ninguna disposición o principios procesales impiden que se pacten, ni existen normas sustantivas que resulten lesionadas, háganse ellas residir en la moral, las buenas costumbres o el orden público.

144 VESCOVI, *ob. cit.*, pp. 33, 53 y 227.

145 REDENTI Enrico: *Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1.957, Tomo III, p. 134.

146 Art 760 del CPN. Sobre el particular: PALACIO, *ob. cit.*, Tomo IX, p.166.

laudo arbitral, salvo que alguna de las partes tenga específicos contactos con dicho país, y otros como Suiza consienten expresamente la renuncia anticipada de los recursos si ninguna de las partes está domiciliada en ese país.

Sin embargo, la generalidad de las legislaciones y en nuestra opinión, utilizando una mejor técnica legislativa, guardan silencio al respecto. En Suecia, por ejemplo, la ley es silente sobre el particular; sin embargo, la Corte de Suprema de Justicia de Suecia, en sentencia de fecha 18 de abril de 1.989, declaró (*obiter dictum*) que la exclusión del recurso de nulidad es admisible bajo la Ley de Arbitraje Sueca¹⁴⁷.

Por nuestra parte, pensamos que es sano que las legislaciones prevean el recurso de nulidad contra el laudo, y que sean las partes las que libremente resuelvan renunciar a las causales de nulidad que puedan ser objeto de renuncia. Y aquí es donde se hace necesario precisar ciertas ideas. Una cosa es que las causales de nulidad sean irrenunciables por cuestiones de orden público, y otra muy distinta, es que algunas de las causales de nulidad no entran en el campo de la renuncia por razones subjetivas o por que escapan de la esfera de ésta. Veamos específicamente las causales.

a) Si la renuncia se hace en el acuerdo de arbitraje, y alguna de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse dicho acuerdo, mal podría haber quedado renunciado el recurso de nulidad, pues, si no se tenía capacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje, es de suponer que tampoco se tenía capacidad para renunciar al recurso de nulidad. Distinto sería el resultado si celebrado el acuerdo de arbitraje viciado por la incapacidad de alguna de las partes, luego éstas renunciaran al recurso de nulidad teniendo capacidad para ello. Esto simplemente configuraría una convalidación del vicio contenido en el acuerdo de arbitraje que en modo alguno atentaría contra el orden público.

b) La segunda causal relativa a que el recurrente no pudo en el proceso arbitral hacer valer sus derechos, es perfectamente

147 Cfr. BERGER, *ob cit.* p. 712 y nota 399. Para un cuadro comparativo de los recursos en distintos países p. 725.

renunciable, de la misma manera que puede ser resuelta la controversia con arreglo a la equidad, o de la misma manera que el demandado puede convenir en la demanda, o de la misma forma en que puede ser renunciado, cedido o donado el objeto entero de la controversia en favor de la otra parte o de un tercero.

c) La tercera causal, referente a la composición del tribunal arbitral, también podría ser renunciada en algunos casos, ya que el hecho de que el tribunal esté integrado, por ejemplo, por un número *par* de árbitros en modo alguno violenta el orden público. Sin embargo, entendemos que las empresas públicas no podrían renunciar a ésta causal por cuanto el artículo 4 de la ley es una disposición *imperativa*. En cuanto al procedimiento, ya vimos, al analizar las causales de nulidad, que puede ser libremente pactado por las partes, lo cual supone obviamente que esas normas no son de orden público, y por ello pudiera convalidarse anticipadamente su no cumplimiento. No queremos decir con esto que el procedimiento arbitral, enteramente disponible, jamás pudiera invadir cuestiones de orden público. Naturalmente, que si se pacta en el procedimiento la discriminación de alguna de las partes, o la imposición de penas privativas de la libertad, torturas, o se conculcase algún otro derecho fundamental indisponible, tales pactos serían nulos y el recurso contra tales violaciones irrenunciable por no ser materia disponible. La clave está en determinar la disponibilidad o no de la materia. El derecho de propiedad, por ejemplo, tiene rango constitucional, pero ello no implica que no se pueda renunciar a la propiedad de un determinado bien. Asimismo, ocurre con el derecho de defensa. El hecho de que se renuncie anticipadamente a un recurso o a una acción respecto una controversia determinada y que verse sobre materia disponible, no supone la renuncia al derecho de defensa sobre la totalidad de las controversias o respecto a la generalidad de los derechos, bienes e intereses. Esto último sí atenta contra el orden público y por ello resulta indisponible¹⁴⁸.

148 CALAMANDREI, al referirse al diverso modo de reacción del Estado contra la inobservancia del derecho apunta que es necesario advertir que "el Estado, frente a la concreta inobservancia de una norma jurídica, no reacciona siempre

de una manera igualmente inmediata: mientras, frente a la violación de ciertas normas, el Estado interviene inmediatamente, por iniciativa oficial de los propios órganos ('de oficio', como se dice) para poner en obra la coacción y para restablecer el derecho violado, frente a la violación de ciertas otras normas, el Estado permanece inerte e indiferente, en tanto, la petición de poner en práctica la coacción no le sea dirigida por el particular que se siente lesionado en su interés individual por la inobservancia de la norma jurídica. La reacción del Estado contra la sinrazón no tiene, pues, en todos los casos la misma rapidez y la misma energía: en unos, el Estado provee a hacer observar el derecho independientemente de toda consideración de interés individual; en otros, el Estado provee a ello sólo en cuanto el interés individual lo reclame para tutela propia"...Elemento característico e inconfundible del derecho subjetivo en sentido propio es, por el contrario, esta preeminencia de la libre voluntad del individuo, a disposición del cual se halla establecida la norma jurídica que directamente tutela su interés individual; de suerte que el individuo, al que la ley deja como árbitro de exigir la satisfacción del propio interés o de dejarlo insatisfecho, es libre de invocar o de no invocar en favor propio la protección jurídica que el Estado está dispuesto a darle, si él la reclama. Aquí el Estado, después de haber establecido la norma jurídica dictada directamente para tutela de un determinado tipo de intereses individuales, siente como público el interés en la observancia de esta norma sólo en el momento y a condición de que tal observancia sea reclamada por el individuo titular del interés tutelado; si hay en el Código Civil una norma que establece que el comprador tiene la obligación de pagar el precio, el Estado no interviene para hacer observar esta norma, sino en cuanto ello sea reclamado por el vendedor, para tutela del cual se ha dictado tal norma; a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en cuanto a la norma que castiga el hurto, la observancia de la cual, aun cuando sirva mediatamente para reformar la defensa del derecho individual de propiedad, se promueve por el estado sin esperar que el interés individual del robado tome la iniciativa". .."En este sentido, el derecho subjetivo es señorío del querer: se forma en torno al individuo una esfera de autonomía, y se podría decir que de soberanía individual, dentro de la cual el poder de disponer de los propios intereses y de exigir la satisfacción de los propios derechos, está reconocido por la ley solamente a él, de un modo exclusivo: dentro de estos límites, la ley quiere lo que el individuo quiere, y el estado no tiene razón para reaccionar contra la inobservancia de las normas jurídicas, sino en cuanto el individuo haya reclamado su observancia en tutela del propio interés. A este poder soberano de disposición que el individuo tiene sobre la propia 'esfera jurídica', que es, además, la esfera de la libertad individual dentro de la cual el individuo puede, para tutela de los propios intereses, querer o no querer sin que otro pueda intervenir para imponerle un diverso comportamiento, hace alusión el nuevo Código cuando habla de 'derechos disponibles'." Cfr. CALAMANDREI Piero: *Instituciones de Derecho Procesal*, EJEA, 1962, Vol. 1, pp. 129, 132 y 133.

d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo, la renuncia difícilmente podría abarcar tales supuestos, puesto que la renuncia en principio se extiende hasta los mismos límites que comprende el acuerdo de arbitraje. La esfera que delimita tanto al acuerdo de arbitraje como a la renuncia del recurso de nulidad es en principio la misma. En consecuencia, si el laudo traspasa los límites del acuerdo de arbitraje, también, por ende, estará traspasando los límites de la renuncia, y naturalmente que ese exceso, al no estar comprendido en el ámbito de la renuncia podrá ser impugnado de nulidad. La renuncia indeterminada o general, como antes indicamos, no es válida, pero tampoco es indispensable que la renuncia se mantenga dentro de los mismos límites del acuerdo de arbitraje. Toda renuncia a un derecho subjetivo que sea determinada o determinable y que recaiga sobre materia disponible es válida. Por tanto, la renuncia a los vicios que pudiera tener el laudo por *ultra petita*, sería válida en tanto que la renuncia delimite el alcance de esos vicios y que éstos recaigan también sobre materia disponible.

e) La quinta causal, como antes indicamos, es un gazapo del legislador, por lo que nos ahorraremos cualquier comentario.

f) La última causal referente a que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público, no puede ser renunciada porque sólo cabe la renuncia en materia disponible.

En resumen, de las cinco causales de nulidad previstas en la ley, tres de ellas podrían ser objeto de renuncia.

Para finalizar, queremos dejar bien claro que la justicia estatal puede y debe ser el mayor aliado del arbitraje, sobre todo en estos momentos en que éste último trata de consolidarse. El arbitraje descansa en la justicia estatal y requiere frecuentemente de su auxilio, pero también el arbitraje ayuda a la justicia estatal a descongestionarse. El fracaso que nuevamente puede sufrir el arbitraje, ya no podrá ser atribuido a la ley, que con todas las severas críticas que se le pueden hacer, lo impulsa, junto con los Convenios internacionales recientemente ratificados, hasta colocarlo en la plataforma ideal,

en la que puede lograr un desarrollo igual o mejor que el obtenido en otros países. Ojalá que la jurisprudencia y nuestro gremio permitan alcanzarlo.