

# Derecho y Sociedad

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

No. 17 - 2021



## Laudo arbitral y orden público

Pedro Rengel Nuñez

### Sumario

- I. Introducción
- II. Orden Público, Ley Modelo Uncitral y Derecho Comparado
- III. Orden Público y Derecho Arbitral Venezolano
- IV. Jurisprudencia Venezolana
  - A. Caso Van Raalte de Venezuela
  - B. Caso Inversiones Salazar y Marin Salymar
  - C. Caso Uniseguros
  - D. Caso Almacenadora Smartbox
  - E. Caso Albert Blanco
- V. Conclusión

#### *I. Introducción*

En el año 2013 en la Facultad de Derecho de Dijon se llevó a cabo un célebre coloquio sobre el arbitraje y el orden público y se publicaron varias ponencias muy importantes sobre el tema<sup>1</sup>. Nos referiremos a algunas de ellas. El profesor Racine nos dice que las relaciones entre el arbitraje y el orden público que generaron conflictos anteriormente se han apaciguado. Una gran confianza ha sido depositada en los árbitros y el orden público ya no está allí para obstaculizar el arbitraje. Esta es una evidente evolución del derecho del arbitraje, donde los árbitros se han estado encargando de aplicar y respetar el orden público en el laudo que profieren. Parece que las dificultades estriban más bien en qué orden público respetar, si el orden público interno del país de la sede del arbitraje, el del país de la legislación aplicable al procedimiento arbitral, el de la legislación aplicable al fondo de la controversia, o si más bien debe respetarse el llamado orden público internacional (el de los Estados susceptibles de controlar y ejecutar el laudo), o más allá, el llamado orden público transnacional (que el árbitro implementa por sí mismo) bajo la tesis del arbitraje deslocalizado o anacional no sujeto a una legislación estatal específica<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El Orden Público y el Arbitraje, Eric Loquin, Sebastien Manciaux, directores académicos (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016)

<sup>2</sup> Jean-Baptiste Racine, Las Normas que Estructuran el Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional, en *El Orden Público y el Arbitraje* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016) 3-35

## II. Orden publico, Ley Modelo UNCITRAL y derecho comparado

Las legislaciones arbitrales de la mayoría de los países están inspiradas en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *UNCITRAL* por sus siglas en inglés. De hecho, la Ley Modelo *UNCITRAL*, a la que también nos referiremos como Ley Modelo, es sin duda un instrumento pionero de las iniciativas de uniformidad, armonización y racionalización del derecho del comercio internacional, y en concreto de las legislaciones arbitrales de los distintos países.

El sistema o mecanismo de impugnación o control del laudo arbitral previsto en la Ley Modelo es el de un único recurso en sede judicial, el de anulación, ante un tribunal del Estado en que se haya dictado el laudo, y bajo las causales taxativas allí establecidas, que por cierto no comprenden la revisión sustantiva o de fondo o mérito del laudo. En general puede decirse que las legislaciones que adoptan o se inspiran total o parcialmente en la Ley Modelo, se acogen a este esquema de impugnación del laudo arbitral, limitado a solamente el recurso de anulación, y exclusivamente por las causales allí previstas<sup>3</sup>.

La Ley Modelo *UNCITRAL* en su Capítulo VII: Impugnación del Laudo, artículo 34, dispone que contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal (del Estado en el que se haya dictado el laudo) mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) de dicho artículo. Concretamente, bajo el artículo 34.2 b) ii), el laudo arbitral podrá ser anulado cuando el tribunal compruebe que el laudo es contrario al orden público de este Estado (en el que se haya dictado el laudo), por lo que ha de entenderse desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal, como lo asienta la Nota explicativa de la Secretaría de *UNCITRAL* acerca de la Ley Modelo, en su versión enmendada en 2006, sección 7 sobre la impugnación del laudo.

En legislaciones que adoptan la Ley Modelo, usualmente un laudo arbitral puede ser anulado si el tribunal de anulación competente encuentra que el laudo está en conflicto con el orden público interno (*ordre public*) de su país. Por ejemplo, un laudo arbitral que resuelva una disputa sobre la distribución de ganancias de juego en un casino puede ser una transacción comercial normal en determinadas jurisdicciones pero en otras puede ser ofensiva del orden público local al avalar una contratación ilegal. Las jurisdicciones arbitrales avanzadas tienen similares concepciones sobre el orden público, que denotan principios legales fundamentales, nociones fundamentales de justicia o valores nacionales

<sup>3</sup> En la página web de *UNCITRAL* <https://uncitral.un.org/es> puede encontrarse todo lo relacionado con la Ley Modelo y sus Notas explicativas; también se reportan los países que la han adoptado. A la fecha de este trabajo se reportan 83 países.

o económicos fundamentales. La diversidad de concepciones de orden público ha llevado al desarrollo del concepto de orden público internacional<sup>4</sup>.

La causal de contravención al orden público está modelada muy directamente en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que establece que sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral si se prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que dicho reconocimiento y ejecución sería contrario al orden público de ese país. En jurisdicciones como la de los Estados Unidos, donde no existe base legal específica para anular un laudo por infracción del orden público (*public policy*), la doctrina general, enraizada en el *common law*, es que una corte judicial puede rechazar la ejecución de un contrato que viole la ley o el orden público, siempre que éste sea explícito, bien definido y dominante. La violación del orden público puede ser invocada sólo cuando la decisión impugnada afecte el interés público, la confianza pública en la administración del derecho o la seguridad de los derechos individuales, o sea repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde la decisión pretende ejecutarse.

Otras jurisdicciones adoptan una posición similar en relación al orden público en el contexto de la anulación de laudos arbitrales que directamente contradigan una regla obligatoria claramente definida que sea fundamental para el orden legal y moral del Estado en cuestión, que desconozcan valores esenciales que sean base del orden legal, que impacten la conciencia, que sean claramente injuriosos del bien común y completamente ofensivos de un público ordinariamente razonable y bien informado, o violen las meas básicas nociones de moralidad y justicia. En definitiva, se considera que un laudo puede anularse si su dispositivo concretamente viola el orden público aplicable, considerado éste como aquellas disposiciones fundamentales para el orden legal o la moralidad básica de un Estado<sup>5</sup>.

El *English Arbitration Act* de 1996 (aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte) en su sección 68, contempla también la impugnación del laudo arbitral por seria irregularidad que lo afecte, incluyendo expresamente que el laudo haya sido obtenido por fraude o que el laudo, o la manera en que se obtuvo, sean contrarios al orden público<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Allan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, sixth edition (Oxford University Press, Oxford, 2015) 597-598

<sup>5</sup> Gary Born, International Commercial Arbitration, second edition, volume III (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014) 3312-3313.

<sup>6</sup> Bruce Harris, Rowan Planterose, The Arbitration Act 1996, a Commentary (Wiley Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2014) 334

El reconocido autor Paulsson, aunque crítico del tema del orden público en el ámbito del arbitraje internacional, reconoce que el orden público tiene el indispensable rol de controlar abusos y evitar ofensas a los valores esenciales de los ordenes legales con el cual el arbitraje internacional debe coexistir y cooperar, y sostiene que es importante considerar no sólo como los jueces deben hacer valer el orden público sin afectar el arbitraje internacional, sino también la responsabilidad que el arbitraje internacional tiene de respetar el orden público<sup>7</sup>.

Lo cierto es que respecto al tema del control del laudo arbitral, parece que existe una cuasi unanimidad en la necesidad de un control del laudo a la luz del orden público, aunque eso no debe conducir a un control de lo que haya sido mal juzgado, es decir, no debe tener ni por objeto ni por efecto la revisión de fondo del laudo. Ello se ve de una manera u otra en las legislaciones nacionales y en las convenciones internacionales justificadamente, puesto que es el contrapeso de la confianza depositada *a priori* en el arbitraje; puede decirse que el control del orden público es un elemento de equilibrio general del derecho del arbitraje. La legislación arbitral francesa, no específicamente basada en la Ley Modelo, incorpora también dicho control cuando establece respecto al arbitraje interno o doméstico que el recurso de anulación del laudo procede cuando éste es contrario al orden público, y respecto del arbitraje internacional, procede cuando el reconocimiento o la ejecución del laudo es contrario al orden público internacional<sup>8</sup>.

### *III. Orden publico y derecho arbitral venezolano*

En Venezuela la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 (LAC) adopta el sistema de impugnación del laudo arbitral de la Ley Modelo, a través de un único recurso, el de nulidad ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado el laudo, según lo dispone su artículo 43, y sólo por las causales establecidas en su artículo 44. La causal contenida en la letra f) dispone que la nulidad del laudo se podrá declarar cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.

Ya el artículo 3 de la LAC establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias que sean contrarias al orden público, es decir, se trata de un tema de arbitrabilidad del objeto de la controversia, que el propio artículo 44 letra f) consagra también como causal de nulidad del laudo arbitral, al establecer que podrá declararse la nulidad cuando según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

<sup>7</sup> Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press, 2013) 200

<sup>8</sup> Charles Jarrosson, *La Intensidad del Control del Orden Público*, en *El Orden Público y el Arbitraje* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016) 165

Por lo tanto, cuando la LAC en su artículo 44 letra f) establece que podrá declararse la nulidad del laudo cuando el tribunal compruebe que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público, se refiere no a la controversia en sí, sino al propio laudo y a la materia tratada en él, que no puede contrariar el orden público. Pensamos que es la interpretación más consona con el resto de la normativa de la LAC y con la disposición de la Ley Modelo, en la cual se inspira. En definitiva, el laudo arbitral no puede contrariar el orden público interno, pues de hacerlo estaría viciado de nulidad.

Así opina Gabaldon, quien sostiene que el inciso f) del artículo 44 de la LAC está inspirado en la Ley Modelo, y casi con seguridad tiene su origen en el aparte b) del párrafo 2) de su artículo 34, razón por la cual puede asegurarse casi con plena certeza que el segundo supuesto del literal f) del artículo 44 de la LAC -la materia sobre la cual versa- está referido al laudo. En otras palabras, el laudo es nulo cuando el objeto de la controversia que decidió no es arbitrable y también lo es cuando la decisión que contiene es contraria al orden público, aún cuando el objeto de la controversia sea arbitrable<sup>9</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Rodner, quien señala que la segunda parte de la norma en la ley venezolana -el artículo 44 letra f) de la LAC-, se refiere a que la materia sobre la cual versa el laudo es contraria al orden público, mientras que en la Ley Modelo se habla de el laudo es contrario al orden público de este Estado, por lo que la diferencia es que bajo la Ley Modelo lo que debe ser contrario al orden público es el laudo mismo. Para este autor, por un error del legislador venezolano se habla de que la materia sobre la que verse el laudo sea contraria al orden público y no el laudo, cuando resulta que no es posible hablar de una materia contraria al orden público, ya que por muy grosera u odiosa que sea una materia, el hecho de que se trate por un tribunal arbitral o de otro tipo no hace la controversia de por sí contraria al orden público, sino que lo que puede ser contrario al orden público es la decisión del tribunal arbitral, de manera que la disposición de la ley venezolana debe hacerse dentro del contexto de la Ley Modelo<sup>10</sup>.

Por su parte Mezgravis también apunta que la causal de la letra f) del artículo 44 de la LAC está basada en las mismas establecidas en el literal b) apartes i) y ii) del artículo 34 de la Ley Modelo, es decir, referida a las materias no arbitrables conforme al artículo 3 de la LAC, entre ellas las controversias contrarias al orden público, y señala que no basta simplemente que una materia interese al orden público para que sea procedente la causal, sino que es

<sup>9</sup> Frank Gabaldón, Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial (Livrosca, Caracas, 1999) 147

<sup>10</sup> James Rodner, La Anulación del Laudo Arbitral, en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca* (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N.º. 6, Caracas, 2002) 881

indispensable que sea contraria a los principios esenciales del orden público venezolano<sup>11</sup>.

Partamos entonces de la base de que la causal de nulidad del laudo arbitral contenida en la segunda parte de la letra f) del artículo 44 de la LAC, atinente a que la materia sobre la cual versa el laudo es contraria al orden público, se refiere a que lo que afecta de nulidad al laudo arbitral es que éste contrarie el orden público interno venezolano. Decimos esto porque no es objeto de este trabajo la distinción, muy propia del arbitraje internacional, entre el orden público interno, el orden público internacional, e incluso el orden público transnacional<sup>12</sup>, ya que nos concentraremos en el análisis de la violación del orden público interno venezolano en el arbitraje doméstico y en el laudo arbitral nacional, aunque también está claro que un laudo arbitral extranjero que pretenda ejecutarse en Venezuela, no debe contrariar el orden público interno venezolano, so pena de poder denegarse su reconocimiento y ejecución en Venezuela, tal como lo establece el artículo 49 letra f) de la LAC.

De igual forma, pensamos que la letra f) del artículo 44 de la LAC se refiere al orden público interno venezolano respecto a la ley aplicable al fondo de la controversia (*lex contractus*), pues el orden público referido a la ley aplicable al procedimiento arbitral está más bien vinculado con el tema de las garantías procesales, con el debido proceso, con el derecho a la defensa y con el mandato de los árbitros y el acuerdo arbitral, que están abarcadas en otras causales de nulidad del laudo arbitral, tales como las previstas en las letras b), c) y d) del citado artículo 44, que contemplan los supuestos de falta de notificación de la parte, de su derecho a la defensa y a hacer valer sus derechos, de que el procedimiento arbitral esté ajustado a la ley, de que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o contenga decisiones que excedan del acuerdo mismo.

En este sentido parece claro que la aplicación de la ley aplicable, valga la redundancia, al fondo de la controversia, no debe eludir la aplicación de normas imperativas ni de orden público de dicho derecho aplicable, incluso sin que las partes puedan excluir convencionalmente la aplicación de normas de orden público sobre las que no pueden disponer, precisamente por su carácter de orden público. La propia institución arbitral se desnaturalizaría si la autonomía de la voluntad de las partes pudiera extenderse a impedir a los árbitros que tengan en cuenta el orden público, actitud a todas luces carente de lógica en la contratación,

<sup>11</sup> Andrés Mezgravis, Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999) 249-250

<sup>12</sup> Para profundizar sobre esto, ver Jean-Baptiste Racine, Las Normas que estructuran el orden público en el Arbitraje Comercial Internacional, en *El Orden Público y el Arbitraje* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2016) 3-35

tanto nacional como internacional, donde el árbitro es un juez y no un mero ejecutor de intereses privados, que se encuentra obligado por la máxima de hacer justicia, garantizando el respeto y la aplicación de normas de orden público aplicables al caso controvertido. Las partes no pueden albergar esperanzas de posibilidad de fraude a la ley ni de fuga de normas de orden público a través de la elección de la ley aplicable recurriendo al arbitraje<sup>13</sup>.

En este mismo sentido puede decirse que el arbitraje es siempre posible en tanto no contravenga las disposiciones fundamentales de orden público del Estado en el que se esté llevando a cabo el arbitraje, en el que tengan efecto medidas cautelares dictadas o en el que se busque la ejecución del laudo arbitral. Como sabemos, en el arbitraje pueden confluír distintos derechos, según la elección de las partes, aplicable a distintos aspectos, a la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral, al acuerdo arbitral mismo y a su cumplimiento, al tribunal arbitral, al procedimiento arbitral, al fondo sustantivo de la controversia, al régimen de anulación, reconocimiento y ejecución del laudo<sup>14</sup>. En nuestro caso nos concentraremos en el orden público sustantivo interno venezolano aplicable al mérito o fondo de la controversia, que no puede ser contrariado por el laudo arbitral, so pena de poder anularse o denegarse su reconocimiento y ejecución en Venezuela.

Comencemos analizando el orden público y las normas imperativas, que como nos enseña Madrid Martínez (citando a Melich Orsini), difieren en que éstas últimas hacen referencia a límites explícitos impuestos a la autonomía privada de las partes, mientras que el orden público alude a un sistema unitario de valores y principios, y donde el carácter positivo constituye la línea divisoria entre ambos conceptos, derivándose que, en principio, es al legislador a quien le corresponde calificar la norma como imperativa y al juez concretizar el orden público. En todo caso, ambas instituciones protegerían intereses fundamentales del Estado contra la injerencia de la voluntad privada de los individuos, y en la actualidad, cuando el legislador califica una norma como imperativa lo hace señalando que se trata de una norma de orden público, en una especie de positivización del orden público.

Continua esta autora indicando que el orden público está llamado a desempeñar una nueva función en el marco de una política social que ha desechado el individualismo para avocarse a la protección de los débiles jurídicos, categoría especialmente dirigida a designar a los trabajadores, los inquilinos, los consumidores y usuarios, entre otros. Aparece así el orden público

<sup>13</sup> Marta Gonzalo Quiroga, Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial (Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003) 197-198

<sup>14</sup> Fernando Sanquírigo Pittevil, Orden Público Adjetivo y Arbitraje, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* No. 3 (Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2019)



de protección, para garantizar los derechos de los más débiles, al lado del orden público de dirección, que ordena el sistema económico<sup>15</sup>.

La misma autora nos dice que en la actualidad se considera que el orden público pone freno a la autonomía de la voluntad, tal como lo consagra el artículo 6 del Código Civil venezolano cuando dispone que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres. Igualmente limita la aplicación del derecho extranjero, como lo consagra el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuando dispone que las disposiciones del derecho extranjero que resulten aplicables sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano<sup>16</sup>.

Por su parte Mezgravis señala que la doctrina mayoritaria coincide en limitar la noción de orden público a los principios fundamentales atinentes a la justicia y la moral, o a los intereses fundamentales del Estado requeridos en materia política, social y económica, que no pueden ser violados por el laudo arbitral, sea por el procedimiento según el cual fue dictado, sea por su contenido sustantivo. Al respecto trae a colación la resolución adoptada por la Asociación de Derecho Internacional en su LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi, India en abril 2002, referente al triple origen del orden público internacional, (i) el relacionado con los principios fundamentales relativos a la justicia y moralidad que el Estado desee proteger, tanto sustantivos como procesales, (ii) las normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, conocidas como “*lois de police*”, como sería el caso de las leyes antimonopolio, y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales como las Naciones Unidas<sup>17</sup>.

En general por orden público se entiende “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”. Suele citarse la decisión del caso *Termorio v. Electranta*, de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Estados Unidos, que razonó diciendo: “Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que repugne las nociones

<sup>15</sup> Claudia Madrid Martínez, El Rol de las Normas Imperativas en la Contratación Internacional Contemporánea, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019) 133-134

<sup>16</sup> Claudia Madrid Martínez, El Rol del Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV* No. 126 (Universidad Central de Venezuela, Caracas, julio 2006)

<sup>17</sup> Andrés Mezgravis, El Orden Público Sustantivo, el Orden Público Procesal y la Arbitrabilidad como Causales de Denegación del Laudo, en *La Convención de NY, 50 Años Después, III Congreso Internacional de Arbitraje* (Club Español del Arbitraje, Madrid, junio 2008) 19-20

fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución”.

También se cita la jurisprudencia francesa, que establece que el orden público es el conjunto de reglas y valores que no pueden ser desconocidos al ejecutar un laudo, aunque al analizar su validez, el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la decisión ni la apreciación de los árbitros sobre los derechos de las partes<sup>18</sup>.

Un caso emblemático es el de *Thales v. Euromissile*, donde la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentó que éste era contrario al orden público francés porque el contrato en cuestión incluía una práctica monopólica al dividir el mercado entre competidores. La Corte de Apelación francesa rechazó el argumento sosteniendo que la violación al orden público debía ser “flagrante, efectiva y concreta”, y la ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez (“*illicéité qui ‘crève les yeux’*”).

Se trata de la pugna entre la tesis maximalista y la minimalista, la primera que postula una concepción amplia del orden público internacional que incluya las leyes de policía, así como un control profundo de los laudos para verificar que el orden público aplicable está siendo respetado, lo cual conlleva a una revisión de fondo de los laudos, y la segunda que considera que, aún en presencia de leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o de ejecución debe ser mínimo y no puede anular o dejar de ejecutar el laudo sino en casos excepcionales, de manera que si es necesario emprender un análisis forzado y exhaustivo que admita una argumentación alternativa, no estaríamos en presencia de un auténtico orden público susceptible de anular el laudo<sup>19</sup>.

Particular mención debemos hacer a lo que sostiene Díaz-Candia, acerca de que la letra f) del artículo 44 de la LAC permite al juez que conoce del recurso de nulidad anular el laudo cuando éste ha incurrido en error inexcusable. Este autor plantea que en la jurisprudencia de los Estados Unidos se ha desarrollado como causal de nulidad del laudo arbitral la ignorancia manifiesta de la ley o derecho aplicable (*manifest disregard of the law*), y que en Venezuela, aunque no esté consagrada en el derecho positivo, debe ser reconocida como susceptible de anular el laudo, “integrando” la causal de orden público. Para este autor, no establecer o apreciar los hechos correctamente puede violar un principio básico del derecho como lo es el derecho a la defensa y acceso a la justicia sustantiva, aunque reconoce que el laudo sólo podría ser anulado por ignorancia manifiesta de la ley aplicable cuando la fijación de los hechos haya sido flagrantemente

<sup>18</sup> Francisco González de Cossío, Orden Público y Arbitrabilidad: Duo Dinámico del Arbitraje, en *Revista Internacional de Arbitraje No. 9 (Legis, Bogotá, diciembre 2008)* 61-83

<sup>19</sup> González de Cossío, Orden Público y Arbitrabilidad, 7-9

injusta, desbalanceada, irracional y arbitraria, siendo contrario al orden público no anular un laudo que ha incurrido en un error inexcusable<sup>20</sup>.

Entendemos que este autor considera que la causal de anulación prevista en la letra f) del artículo 44 de la LAC debe integrarse, es decir, interpretarse en el sentido de abarcar el error inexcusable en que haya incurrido un laudo como contrario al orden público. No parece limitarlo al error inexcusable de derecho, pues también habla del error en la fijación y apreciación de los hechos, lo cual ya de por sí implica que en ese examen el juez de anulación deba entrar a analizar, no sólo las normas de derecho aplicadas en el laudo sino también la labor de los árbitros en la determinación y apreciación de los hechos y su subsunción en las normas legales concretas, y lo peor de todo, determinar si la interpretación de los árbitros es la correcta. Sigue la pregunta: ¿correcta según quién, según el recurrente, según el juez de anulación? Es sabido que ello no es posible pues el recurso de anulación del laudo arbitral no es una apelación, y sólo permite una revisión del laudo limitada a las causales taxativas de la LAC, tal como el propio autor a su vez reconoce, y no le está dado al juez de anulación entrar en el fondo o mérito de la controversia.

Estará a cargo del juez de anulación diferenciar entre una violación del orden público sustantivo venezolano y el mero desacuerdo o inconformidad del recurrente con la apreciación e interpretación de los árbitros acerca de lo convenido por las partes en el contrato objeto de la controversia, acerca de los hechos controvertidos en el caso y sus respectivas pruebas, y acerca de las normas legales consideradas aplicables y la subsunción de los hechos en dichas normas. A modo de ejemplo, un laudo que incurra en anatocismo al condenar al pago de intereses calculados a su vez sobre intereses en vez de sobre el capital de la deuda, podría ser anulado por contradecir una prohibición considerada de orden público venezolano, no susceptible de ser relajada por las partes. El juez de anulación no estaría inmiscuyéndose indebidamente en la apreciación de los hechos y del derecho hecha por los árbitros, sino que estaría haciendo respetar el orden público.

#### *IV. Jurisprudencia venezolana*

Dicho lo anterior, pasamos ahora a revisar los criterios establecidos en nuestra jurisprudencia nacional, tanto del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) como de los Tribunales Superiores Civiles y Mercantiles (TS) competentes en materia de nulidad de laudos arbitrales. En estos ya más de 20 años de vigencia de la LAC, con más de 200 laudos que se han dictado según reportan los principales centros de arbitraje del país, a la fecha de este trabajo conocemos de

<sup>20</sup> Hernando Díaz-Candía, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje* (LEGIS, 3ra edición ampliada, Caracas, 2016) 225-231

sólo 31 que han sido impugnados ante los tribunales, 24 han sido confirmados, 6 han sido anulados totalmente, y uno ha sido anulado parcialmente.

Tres de los laudos anulados lo fueron por razones de no arbitrabilidad de controversias sobre arrendamiento. Se trata de sentencias dictadas en el año 2007 por el TS5 el 27 de febrero y 13 de agosto (caso Fletes y Acarreos Furia, caso Emidio Palumbo y caso Juan Carlos Cacique), basadas en un antiguo criterio de la Sala Político Administrativa (SPA) del TSJ en sentencias de fecha 5-2-2003 (caso Inversiones Tata 88 C.A. vs. Inversiones Farmashop 2000 C.A.), y de fecha 27 de enero de 2004 (caso Plaza Suites I C.A. vs. Codemar C.A.), según las cuales no era posible en un contrato de arrendamiento la inclusión de una cláusula de arbitraje al estar involucrado el orden público.

Este erróneo criterio de la SPA fue afortunadamente desechado en la célebre sentencia de la Sala Constitucional (SC) del TSJ del 17-10-2008 (caso Hildeward Rondón y otros sobre la interpretación del artículo 258 de la Constitución). Esta sentencia sin duda sentó importantes criterios en materia de derecho arbitral en Venezuela, algunos de los cuales tienen relevancia respecto al tema que venimos analizando. En efecto, dice la sentencia:

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

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

*Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a*

*que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deben aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.*

*La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia -vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato- sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes”.*

*“...las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que, en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el estricto marco de sus competencias, siendo imposible someter el control constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos”.*

*“...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habría duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de la autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (Vgr. En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por ‘remarcaje’ de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva)”*.

Vemos entonces que la SC ha dejado claro que las protecciones, derechos y garantías sustantivas en beneficio del débil jurídico, establecidas en las leyes como de orden público, no pueden ser renunciadas ni relajadas por las partes, y por ello deben también ser aplicadas en todo caso por los árbitros, al igual que por los jueces.

Por su parte nuestros Tribunales Superiores han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la impugnación de laudos arbitrales bajo la causal de violación del orden público prevista en la letra f) del artículo 44 de la LAC. En todos los casos las denuncias de violación del orden público hechas por la parte recurrente han sido desestimadas, excepto en un único caso donde un laudo arbitral fue anulado por considerarse violatorio del orden público.

#### A. Caso Van Raalte de Venezuela

Se trata de la sentencia del TS9 de fecha 22 de febrero de 2010, que decide un caso sobre un contrato de arrendamiento de un galpón industrial. La recurrente recurrió la nulidad del laudo con base al citado artículo 44 letra f), por el carácter de orden público de la materia arrendaticia. La sentencia, apoyándose y transcribiendo la decisión antes citada de la SC de fecha 17-10-2008 (caso

Hildegard Rondón de Sansó y otros), consideró que la argumentación planteada por la recurrente en modo alguno se subsume dentro del supuesto de hecho de la norma alegada, por cuanto la solución de los conflictos entre las partes derivados de contratos que versen sobre la materia arrendaticia no está de ninguna forma excluida de la posibilidad de ser decidida mediante arbitraje, por lo que el Tribunal negó la admisión del recurso de nulidad del laudo arbitral por cuanto lo alegado no se corresponde con las causales señaladas en la LAC. La recurrente intentó recurso de revisión de la sentencia, el cual fue declarado inadmisibile por la SC en sentencia de fecha 30-11-2011.

#### B. Caso Inversiones Salazar y Marin Salymar

Otra sentencia del TS2 de fecha 13-3-2013, también declaró sin lugar el recurso de nulidad de un laudo arbitral que había declarado resueltos unos contratos de obra e inexistente un compromiso de dación en pago, con indemnización de daños y perjuicios. La recurrente alegó entre otras la causal de nulidad de la letra f) del artículo 44 de la LAC, bajo el argumento de que el caso no era susceptible de arbitraje pues estaban afectados los intereses del Estado, en virtud de existir un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a favor de Central Banco Universal, institución intervenida y luego fusionada con el banco Bicentenario propiedad del Estado venezolano, y que en todo caso debió notificarse a la Procuraduría General de la República como lo pautó su Ley. La sentencia asentó que el hecho de que una empresa del Estado tenga un interés directo o indirecto en determinado contrato con cláusula arbitral, no significa que sea un contrato inarbitrable conforme al artículo 44 letra f), pero además en el presente caso se trata de dos empresas en las que el Estado no tiene ninguna participación accionaria, por lo que no se encuentran afectados los intereses patrimoniales de éste.

#### C. Caso Uniseguros

Otra sentencia del TS3 de fecha 22-6-2016, declaró sin lugar el recurso de nulidad y definitivamente firme el laudo arbitral recurrido. La recurrente había invocado entre otras, la causal de nulidad del literal f) del artículo 44 de la LAC porque el laudo arbitral infringió el orden público al carecer la actora de interés jurídico para incoar la acción mero declarativa contenida en la demanda arbitral, que además era inadmisibile conforme al artículo 16 del CPC, pues la actora contaba con la acción resolutoria mediante la cual podía obtener la satisfacción completa de su interés. La sentencia concluyó que el artículo 16 del CPC no es aplicable al arbitraje donde se dictó el laudo recurrido, y en el Reglamento del CEDCA y el Acta de Términos de Referencia, no se encuentra ninguna limitación ni restricción respecto a la admisibilidat de la acción mero declarativa, sea que se interponga solamente dicha acción o sea que se acumule

con una acción de naturaleza extracontractual. La sentencia sostuvo además que revisar el punto de la falta de interés jurídico de la actora para incoar la acción es una cuestión de mérito o fondo relacionada con el establecimiento y apreciación de los hechos que sólo podría ser conocida por un Juez de apelación y no por el Juez que conoce el recurso de nulidad del laudo arbitral, como ocurre en este caso, aparte de que la falta de interés jurídico no está prevista en la LAC como causal de nulidad del laudo arbitral.

#### D. Caso Almacenadora Smartbox

En otra sentencia del TS2 de fecha 20-6-2017, también se desechan las denuncias de la recurrente en nulidad del laudo arbitral relacionadas con la violación del orden público. La recurrente sostuvo que el laudo arbitral la condenó como agente del daño causado sin establecer el vínculo de causalidad entre el supuesto agente y la víctima, lo cual es en sí mismo contrario al orden público.

Sin embargo, la sentencia desechó el argumento diciendo que el nexo de causalidad del daño fue producto de la apreciación soberana del panel arbitral en el mérito de la causa, habiéndose constatado de un hecho no controvertido, por lo que no existe el pretendido vicio de violación del orden público por inversión de la carga de la prueba. Asienta la sentencia que *“se pretende desnaturalizar la labor de este Tribunal con Asociado y convertirlo en un juez de mérito, lo que es ajeno al proceso de nulidad del laudo arbitral, conforme a las sentencias que desarrollan el principio pro arbitraje y expresamente niegan la posibilidad de convertir en una apelación al recurso de nulidad.”* En su análisis la sentencia apunta que en este caso *“se trata más bien de un asunto de valoración de pruebas y del mérito de la causa producto de la apreciación soberana del panel arbitral y ajeno al recurso de nulidad del laudo al no ser una apelación”*.

Con esta sentencia vemos que la jurisprudencia de nulidad de laudos arbitrales no ha admitido que pretenda disfrazarse de violación del orden público lo que en realidad constituye un desacuerdo o insatisfacción con lo decidido por los árbitros respecto al fondo o mérito del asunto.

#### E. Caso Albert Blanco

En Venezuela hasta ahora el único caso donde ha sido anulado un laudo arbitral bajo la causal de orden público es este, en sentencia del TS5 de fecha 30-10-2015. En este caso el laudo arbitral recurrido había declarado la resolución de un contrato de compromiso de compraventa de un local comercial por incumplimiento de pago de cuotas, donde a la vez había una Resolución del INDEPABIS que había dictado una medida preventiva de suspensión de pago de cuotas pendientes. El laudo arbitral había declarado que el tribunal arbitral



era el facultado para decidir sobre las cláusulas contractuales, sobre si las obligaciones contractuales se habían cumplido o no y si procedía o no la resolución del contrato demandada, y que la denuncia efectuada por el comprador ante el INDEPABIS y la medida preventiva acordada de suspensión de pago de las cuotas contractuales que sirvió de pretexto al demandado para dejar de pagar, constituía un incumplimiento a las obligaciones principales del contrato, del principio de buena fe contractual y de los preceptos de las sentencias de la SC de fechas 17-10-2008 y 3-11-2010, caso Hildegard Rondón de Sansó y otros y caso Astivenca, respetivamente.

La recurrente denunció entre otras cosas la nulidad del laudo arbitral bajo la causal del literal f) del artículo 44 de la LAC por haber contravenido el orden público. La sentencia declaró con lugar el recurso y anuló el laudo recurrido, sosteniendo que *“el incumplimiento endilgado al demandado se fundamentó en la utilización de la vía administrativa para neutralizar los efectos del contrato, así como en la medida innominada preventiva que lo autorizó a suspender las cuotas restantes del contrato, lo que a juicio de quien decide, no pueden bajo ningún argumento válido, constituirse en causal resolutoria de la referida convención; menos, determinar deslealtad en su accionante, puesto que es la protección legal que le otorga el ordenamiento jurídico a las personas, para determinar las prácticas abusivas y contrarias al orden público en resguardo de los bienes y servicios prestados dentro de la comunidad”*.

Continúa la sentencia asentando: “vulnerar la actividad administrativa por un tribunal arbitral, sin la debida participación del contencioso administrativo, determina y consolida lesión por demás abusiva del ordenamiento jurídico y del orden público, que por demás debieron proteger y resguardar dentro de su competencia, en base a una prejudicialidad administrativa y judicial que impedía la competencia del tribunal arbitral hasta la solución definitiva de la voluntad del Estado, reflejada en el acto administrativo con carácter de cosa juzgada administrativa, ya sea por agotamiento de los recursos o por aceptación del propio acto administrativo”.

Agrega la sentencia: “Ciertamente que el tribunal arbitral está determinado a establecer su propia competencia por el principio de competencia-competencia, pero eso no determina la consolidación de una jurisdicción capaz de juzgar sin la determinación del propio objeto de la controversia, más aún cuando la administración pública determinó mediante un acto capaz de impedir cualquier juzgamiento hasta los resultados finales de dicho acto administrativo. La materia y el objeto pretendido en la demanda intentada ante el tribunal arbitral, al estar penetrada de forma directa por la providencia administrativa que suspendió cualquier pago pendiente en el contrato objeto de la pretensión resolutoria, se reviste del orden público que hace susceptible al presente laudo de nulidad por estar inficionado de ilegalidad y haber contrariado el orden público dentro de una normativa legalmente establecida.”

Concluye la sentencia: “Ahora bien, la inconsistencia jurídica del laudo arbitral de fecha 9 de septiembre de 2013, es tan grave, que resuelve el contrato objeto de la pretensión, existiendo providencia administrativa N° DEC-06-00250-2013 DEL 26 DE AGOSTO DE 2013, dictada por Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), que le otorga validez y ordena a la parte accionante de la pretensión resolutoria el recálculo de las cantidades percibidas y el reintegro si hubiere lugar a ello, lo que crea una decisión arbitral arbitraria y contraria al orden público y al ordenamiento jurídico nacional vigente.”

Contra esta sentencia la parte actora en el arbitraje solicitó revisión constitucional, que fue declarada sin lugar por la SC en sentencia del 30-11-2017. Sostuvo la SC que el Tribunal Superior no desconoció, como lo alegó la solicitante de la revisión constitucional, el criterio sostenido en la sentencia de la Sala del 17-10-2008 (caso Hildegard Rondón de Sansó y otros) por cuanto el sentenciador verificó que el asunto sometido a su conocimiento estaba inmerso en el literal f) del artículo 44 de la LAC (arbitrabilidad objetiva de la controversia), en virtud de estar involucrado el orden público al existir providencias administrativas del extinto INDEPABIS mediante las cuales se dictaron medidas preventivas de prohibición de venta del inmueble y suspensión de pago de las cuotas, así como la presunta existencia de usura genérica. Asentó la Sala que no puede pretenderse que la revisión constitucional sustituya ningún medio ordinario o extraordinario, incluso el amparo, por cuanto mediante esta facultad discrecional de la Sala, no procede de manera directa la protección y garantía de derechos constitucionales supuestamente infringidos sino que por el contrario busca de manera general, objetiva y abstracta, la obtención de criterios unificados de interpretación constitucional y no el resguardo de derechos e intereses subjetivos y particularizados de la solicitante. Según la Sala, el Juzgado Superior no incurrió en errores grotescos en la interpretación del texto constitucional y tampoco inobservó el criterio vinculante de la Sala que amerite el ejercicio de la facultad de revisión constitucional, por lo que no encontró razones suficientes que hicieran procedente la nulidad del fallo objeto de revisión, ya que lo pretendido no corresponde con la finalidad que persigue la solicitud de revisión.

En este caso, a pesar de tratarse de una controversia derivada de un contrato de clara naturaleza mercantil, que contenía una cláusula o acuerdo arbitral para someter la solución de controversias a arbitraje, con base en la cual el laudo arbitral resolvió la controversia, involucraba un asunto sometido a la vez al conocimiento del un órgano administrativo como lo es el INDEPABIS, y el criterio de prejudicialidad administrativa privó para que el juez de anulación considerase que el laudo arbitral no podía decidir el asunto sin que se resolviese lo planteado en la jurisdicción administrativa, independientemente de que el órgano administrativo tuviese facultad o no para inmiscuirse en los temas

contractuales entre las partes y se hubiere extralimitado en las funciones de supervisión, control y sanción conferidas por la legislación de protección al consumidor.

#### *V. Conclusión*

En definitiva, puede concluirse que en Venezuela han sido muy pocos los casos en que se ha recurrido la nulidad del laudo arbitral por contravención al orden público, habiéndose desechado el argumento, sobre todo por pretender que el juez de anulación entrase en la revisión de fondo o mérito del asunto como si se tratase de una apelación, y sólo en un caso se anuló el laudo, esencialmente al considerarse que, al no respetarse la prejudicialidad administrativa, se contravino el orden público.