

La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje contencioso-administrativo.

Hernando DÍAZ CANDIA*
Squire Sanders & Dempsey, S.C.

Sumario: I. Introducción. II. Posición tradicional en el Derecho civil: incompetencia o falta de jurisdicción. III. Evolución del arbitraje. IV. Expansión endógena del arbitraje. V. La noción de arbitrabilidad y el orden público. VI. Acceso al arbitraje: el consentimiento del ente estatal. VII. Poderes de los árbitros frente a los actos administrativos. VIII. Rol de la jurisdicción judicial contencioso-administrativa en el arbitraje contra actos administrativos: el recurso de nulidad y la ejecución del Laudo. IX. Conclusiones.

I. Introducción

En Venezuela se ha analizado doctrinariamente el avance en el uso del arbitraje como medio de resolución de controversias que involucran al Derecho público, particularmente cuando particulares demandan a un ente estatal en arbitraje en materia contractual¹. También se ha observado como la noción de arbitrabilidad se ha ampliado, aunque tímidamente, para incluir algunos aspectos económicos y procedimentales en materia tributaria, donde la supremacía y *ius im-*

* Abogado *Cum Laude* egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1993, promoción *Luis H. Farías Mata*; con Maestría en Leyes de la Universidad de Harvard, 1995. *Fulbright Scholar*. Ex Profesor de Derecho en el Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Ex Relator Externo de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Actualmente Socio del Escritorio Squire Sanders & Dempsey, S.C. Admitido para ejercer Derecho en la República Bolivariana de Venezuela y en el Estado de Nueva York. Miembro de la lista de árbitros de la Cámara de Caracas y del CEDCA.

¹ Cf. R. Badell Madrid, "Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano – Especial Referencia al Arbitraje en los Contratos Administrativos", Libro del *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006. pp. 103–182.

perium del Estado es innegable². Otros han estudiado, con gran profundidad académica, el sometimiento a arbitraje de la Administración Pública en cuestiones de Derecho privado concluyendo que ese sometimiento es válido como mínimo fuera de la esfera del *ius imperium* del Estado, en el denominado arbitraje administrativo³.

Este artículo analizará, más concretamente, la posición jurídica de los árbitros o tribunales arbitrales ante actos administrativos de efectos particulares, es decir, los poderes formales y materiales del tribunal arbitral cuando en la controversia se involucra un acto administrativo de efectos particulares⁴, no incluyendo por tanto a los actos de contenido normativo pues éstos deben ser analizados como integrantes del denominado bloque de la legalidad.

La posición pro arbitraje que aquí se planteará es relativamente novedosa y no refleja el estado o concepción actual de la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana ni latinoamericana, hasta donde se ha podido investigar. Es entendible que para algunos pueda resultar sacrílego postular que árbitros no especializados en Derecho procesal administrativo puedan, en el contexto de una institución originalmente concebida para pleitos entre comerciantes donde inclusive a veces la rigidez de la carga de la prueba supuestamente se relaja un poco a favor del convencimiento personal de los árbitros, decidir que un acto administrativo sea inválido y por lo tanto declararlo nulo⁵.

² Cf. G. Ruan Santos, Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Inédito, Caracas, 18 de mayo de 2004. Su trabajo de incorporación a la Academia se intituló "Visión Crítica sobre la Transacción y el Arbitraje en el Derecho Tributario – Hacia los Acuerdos Procedimentales".

³ Cf. L. Fraga Pittaluga, *El arbitraje en el Derecho administrativo*, Caracas, Editorial Torino, 2000. El autor denomina arbitraje administrativo no al conducido por la Administración –o en sede administrativa– sino aquel en el que la Administración es una de las partes en controversia.

⁴ Sólo para este artículo, y con admitida superficialidad, se definirá parcial –y por lo tanto incompletamente– al acto administrativo como una declaración unilateral de rango sub-legal emitida por la Administración Pública (centralizada o descentralizada funcional u orgánicamente, incluyendo a las Empresas del Estado) en ejercicio de la función administrativa, revestida de una presunción de legalidad y legitimidad que le otorga ejecutividad, ejecutoriedad, obligatoriedad y estabilidad. Los actos administrativos, una vez notificados, adquieren vinculación obligatoria para los particulares y la Administración, quienes no podrán oponerse a sus efectos, hasta tanto una autoridad legítimamente constituida y competente suspenda sus efectos o declare su nulidad.

⁵ Podrán decir, tal vez, que la propuesta aquí esbozada implicaría privatizar y por lo tanto acabar con el contencioso-administrativo, pero paradójico resulta que muchas veces quienes proponen a ultranza el principio de responsabilidad patrimonial del Estado paralelamente defiendan y expandan, también a ultranza, casi sindicalistamente, el alcance del contencioso-administrativo, que es donde la Administración goza de mayores

Con respecto a lo anterior, debe recordarse que si bien es cierto que, en sus orígenes ingleses y neoyorquinos el arbitraje puede haber surgido para escapar de la jurisdicción judicial en favor de que los comerciantes resolvieran sus problemas internamente, entre ellos, pues precisamente ellos conocían mejor las reglas del mercado, hoy en día el arbitraje ha progresado hacia su legalización y ha obtenido reconocimiento hasta constitucional como mecanismo para la resolución de controversias. Debe mencionarse, además, que dentro del contexto arbitral internacional han influido progresivamente instituciones como el arbitraje entre Estados (*v.gr.*, en asuntos limítrofes) y el arbitraje bajo tratados internacionales en materia de inversiones de particulares contra Estados, que si bien con el arbitraje comercial podrían tener pocas cosas en común más allá de su nombre y la constitución de tribunales accidentales, han contribuido de forma general a que el Derecho y las leyes en sentido formal incidan directamente en la resolución de disputas denominadas arbitrales.

Es muy cierto, no obstante, que el arbitraje no es ideal para todas las controversias, pues el mismo implica entre otras cosas sufragar gastos como honorarios de árbitros y de centros administrativos que no se sufragan en jurisdicciones judiciales, así como la constitución de tribunales *ad hoc* o tal vez accidentales. Obviamente, tampoco sería aceptable pretender compeler a la Administración Pública a arbitraje de manera generalizada, en contra de su consentimiento, siendo que éste en Derecho público puede estar naturalmente sometido a requisitos de formación especiales.

No obstante, no existe razón absoluta o *per se* para que personas de Derecho público no puedan consentir en el arbitraje, en ciertos supuestos especiales, para analizar la validez o nulidad de actos administrativos, pues contemporáneamente en arbitrajes de Derecho los árbitros deben aplicar la ley con la misma rigurosidad que lo haría un tribunal contencioso-administrativo. Siguiendo la clasificación del arbitraje en arbitraje de equidad y arbitraje de Derecho, no obstante, habría que admitir que el arbitraje de equidad no es propicio para dilucidar la nulidad de actos administrativos⁶.

beneficios adjetivos que muchas veces rayan incluso en lo sustantivo. Después de todo, debe recordarse que el angular *Arrêt Blanco* emitido en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873 reconoció, sí, que la Administración estaba sujeta a la ley, pero dentro de parámetros y en una jurisdicción especial.

⁶ El arbitraje de equidad es una modalidad relativamente emblemática en el ámbito comercial, y en el mismo el laudo se basa en el leal saber y entender del profesional que actuando como árbitro escuche de las partes, que aplica la práctica generalizada y univer-

El arbitraje especialmente el internacional es particularmente ideal, además, cuando en ciertos contratos de interés público (incluidos contratos administrativos) deseen atraerse a inversionistas o actores económicos extranjeros, tal como entre líneas lo refleja el art. 151 de la Constitución venezolana de 1999. Y especialmente en esos supuestos en los que el arbitraje de Derecho es loable, no existe racional jurídicamente defendible para sustraer de la jurisdicción arbitral ciertos asuntos directamente relacionados con el contrato relevante, so pretexto de que la incidencia objetable se ejerce formalmente a través de un acto administrativo. Si bien el art. 3 LA Comercial de Venezuela, en su literal b, pareciera excluir del arbitraje nacional la anulación de actos administrativos, no debe olvidarse que el arbitraje contencioso-administrativo, como arbitraje de Derecho, no es comercial.

II. Posición tradicional en el Derecho civil: incompetencia o falta de jurisdicción

La situación o posición jurídica de árbitros frente a actos administrativos que afectan individualizadamente a las partes en el arbitraje se presenta típicamente en actos administrativos relacionados con el ejercicio o aplicación de cláusulas exorbitantes en contratos administrativos⁷ que contienen una cláusula arbitral, o cuando se aplique un

salmente aceptada del sector en el que se encuadre la disputa. Puede decirse que el arbitraje en equidad se basa en dar a cada quien lo que le corresponda en vista de las circunstancias, sin importar en parte lo que establezca la ley.

⁷ Los contratos administrativos están acompañados de poderes especiales a favor de la Administración a fin de asegurar la prevalencia del interés público sobre el interés privado del particular contratante. Estos poderes son referidos como cláusulas exorbitantes y han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Justicia venezolanos. Las cláusulas exorbitantes incluyen el poder de adoptar e implementar decisiones unilaterales de la Administración en relación con el manejo, interpretación, penalización y extinción de las relaciones contractuales, y es entendido que no requerirán estar expresamente consagrados en el contrato. Existen cuatro categorías principales de cláusulas exorbitantes inherentes a la Administración como parte de un contrato administrativo. En primer lugar, la Administración *controla y vigila la ejecución de las obligaciones contractuales*, esto es, la Administración tiene el poder de verificar que el contrato sea ejecutado de forma apropiada y transparente, desde el punto de vista financiero, legal, administrativo y técnico. En segundo lugar, la Administración tiene el poder de *interpretar el contrato unilateralmente* a fin de prevenir o resolver las controversias en relación con el ámbito de las cláusulas contractuales. Es un principio general en Derecho administrativo, en relación con la interpretación de contratos, que la Administración goza del poder exorbitante de interpretar un contrato administrativo de forma unilateral. De manera que, este poder se justifica en el principio de continuidad del servicio, por lo que la ejecución del servicio debe ser garantizada en forma permanente. En tercer lugar, la Administración tiene el poder de *modificar o terminar un contrato unilateralmente*, cuando

tratado internacional de protección de inversiones con acceso a arbitraje. Ello no quiere decir, sin embargo, que la extensión del arbitraje que aquí se propone no pueda aplicarse a ciertos actos administrativos fuera el ámbito contractual.

Ahora bien, lo cierto es que frente a actos administrativos, los abogados defensores del Estado o de la Administración Pública tienden a resistir la jurisdicción de un tribunal arbitral, o al menos parte de sus poderes, con base en la existencia de un acto administrativo⁸. El argumento típico sostiene que la revisión de actos administrativos, fuera de la propia Administración, está reservada a la jurisdicción judicial contencioso-administrativa. Se plantea el asunto como una cuestión de falta de jurisdicción o incompetencia del tribunal arbitral, debiendo tomarse en cuenta que en los foros de arbitraje tienden a usarse los conceptos de jurisdicción y competencia como sinónimos, a pesar de que en estricta técnica jurídico-procesal no lo son⁹.

Más correctamente debe decirse que la competencia es un concepto interno de cada jurisdicción, es decir, la competencia es la medida de la jurisdicción. Tradicionalmente la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela sostuvo que la falta de jurisdicción del Poder Judicial venezolano podía declararse frente a la Administración Pública (Poder Ejecutivo) o frente al juez extranjero, pero más recientemente el Tribunal Supremo de Justicia, tanto en Sala Político-Administrativa como en Sala Constitucional, ha señalado que, en vía judicial, la denominada excepción de arbitraje debe proponerse como una cuestión previa de falta de jurisdicción con base en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil venezolano¹⁰. Parece

dichas acciones se fundamentan en beneficio del interés público y son necesarias para garantizar la satisfacción del interés público, que es, el propósito del contrato. Finalmente, *la Administración puede imponer sanciones a los co-contratantes*. Dichas sanciones van desde multas hasta la resolución del contrato debido a un incumplimiento del co-contratante.

⁸ De recordarse, en todo caso, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha dejado claro que los contratos administrativos, incluyendo en ellos a los que también satisfagan la volátil definición de contratos de interés público, pueden incluir válidamente cláusulas arbitrales. Cf. Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 11 de febrero de 2009, expediente 08-0306, caso *Fermin Toro Jiménez y otros*, referido a la interpretación del art. 151 de la Constitución; y de fecha 17 de octubre de 2008 publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, n° 39.055 del lunes 10 de noviembre de 2008, referida a la interpretación del art. 258 de la Constitución.

⁹ El art. 7 Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela dispone que el “tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia”.

¹⁰ La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que si se declara sin lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción, sólo procede contra la deci-

entonces que, al menos en vía judicial la falta de jurisdicción procede además de con respecto al juez extranjero y a la Administración Pública frente a lo que puede denominarse la jurisdicción o el sistema arbitral, pero que una vez en vía o sede arbitral la diferencia entre jurisdicción y competencia podría ser irrelevante.¹¹

La resistencia a la jurisdicción del arbitraje como institución cuando median actos administrativos se presentó en Venezuela, por ejemplo, en el caso *Mineras Las Cristinas, C.A. (Minca) vs. Corporación Venezolana de Guayana (CVG)*¹², relativa a una solicitud para compeler a una de las partes para ir al arbitraje contractual. En ese caso, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que ciertas decisiones unilaterales realizadas por la CVG, aún cuando afectaban a una relación contractual entre las partes, constituían actos administrativos y, por lo tanto, cualquier disputa acerca de su legalidad o validez no podía estar sujeta a arbitraje. Así las cosas, la Sala Político-Administrativa decidió no obligar a las partes a someterse a arbitraje.

Otro ejemplo más reciente e internacional es el caso *Occidental Petroleum Corporation vs. República del Ecuador*¹³, en el cual, mediante un acto administrativo que declaró “caduco” (resuelto) un contrato de participación petrolera, se alegó que la Constitución ecuatoriana le otorgaba competencia exclusiva a los tribunales judiciales de lo contencioso-administrativo para revisar la legalidad de actos administrativos unilaterales del Estado, bajo casos que posteriormente podían ser apelados ante la Sala Contencioso-administrativa de la Corte Suprema de Ecuador. Se alegó también que la mencionada competencia exclusiva estaba reflejada en el art. 1 de la Ley Ecuatoriana de Arbitraje y Mediación (que reconoce el Contrato de Participación), la cual califica como no arbitrables los asuntos que se encuentran dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales. Si bien en ese caso el tribu-

sión el recurso de regulación de jurisdicción. Cf. Sentencia de fecha 13 de febrero de 2007, caso: *Urbanizadora Sebucán, C.A. vs. Junta de Administración del Centro Comercial Los Chaguaramos*, exp. 2006-0574.

¹¹ El preferido uso en el ámbito arbitral del término competencia por sobre el de jurisdicción podría basarse, tal vez, en que lingüísticamente *Kompetenz-Kompetenz* se asimila más a competencia. Se cree que el término *Kompetenz-Kompetenz* fue acuñado por primera vez en una sentencia de un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955, que sostuvo que debía atribuírseles a los árbitros la facultad de determinar el alcance del acuerdo arbitral así como de su competencia y autoridad con base en aquél.

¹² Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 12 de julio del 2004, expediente 2002-0464.

¹³ Cf. laudo arbitral (Decisión sobre Competencia) de 9 de septiembre de 2008, caso CIADI ARB/06/11, consultada en <http://www.worldbank.org/icsid>.

nal arbitral internacional no señaló propiamente que tenía competencia para anular actos administrativos, rechazó con base en el principio de universalidad del arbitraje la defensa y declaró que sí tenía competencia para conocer el caso y decidir el fondo del asunto.

Ante lo anterior, en cierto modo la solución ecléctica mayoritariamente aceptada parece ser que en vista de la presunción de legalidad y legitimidad que da ejecutividad al acto administrativo sólo un juez judicial natural puede desaparecer del mundo jurídico el acto administrativo, debiendo limitar los árbitros su examen y competencia a los aspectos meramente económicos o patrimoniales que se deriven de dichos actos administrativos¹⁴. Podrían inclusive plantearse en arbitraje asuntos relacionados con la responsabilidad patrimonial objetiva o sin falta del Estado, basada en la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, para los cuales no haga falta declarar nulo un acto administrativo.

El basamento que suele invocarse es que la legalidad o validez de un acto administrativo escapa la esfera de lo transable, y por lo tanto de lo arbitrable, pues no existe libre disponibilidad para las partes sino más bien el denominado orden público sustantivo. Ese argumento, no obstante, desconoce tres principios fundamentales: la universalidad de la cláusula arbitral (sea contractual o derivada de un tratado), la autonomía y separabilidad de cláusula compromisoria y la definición de su propia competencia (o jurisdicción), por el tribunal arbitral, los cuales se analizan *infra* en el capítulo 3. Y desconoce, además, que tal como se trata *infra* en el capítulo 4, la transabilidad ha tendido a ser sustituida por el denominado principio tuitivo como *test* fundamental para establecer la arbitrabilidad de un asunto determinado¹⁵.

III. Evolución del Arbitraje

En los inicios estrictamente comerciales del arbitraje era entendible la posición bajo la cual el arbitraje no era admisible para analizar la validez de actos administrativos, pues, aparte de haber nacido en el

¹⁴ Al respecto la jurisprudencia Colombiana ha manifestado: “Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento se radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida al juzgamiento de árbitros desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp 7809 – Sentencia de julio 12 de 1972).

¹⁵ *Cf.*, en general, G.A. Guerrero Rocca, “Breve Resumen al Tratamiento Jurisprudencial de la Sala Constitucional Venezolana sobre Arbitraje”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 27, Caracas, 2008, pp. 353–388.

ámbito *ius privatista* comercial, aquél se concebía como un medio de heterocomposición “amigable”, donde las partes debían consentir, de alguna forma, en relajar sus derechos para no entrar a la esfera del Poder Judicial. Bajo la Constitución de la República de Venezuela de 1961 ello era particularmente defendible ante los tribunales judiciales con competencia en lo contencioso–administrativo, al tener éstos una especial mención a veces denominada “rango” constitucional en el art. 206.

Podía sostenerse que el art. 206 de la Constitución de 1961 no sólo ratificaba que la Administración y el Estado estaban sometidos a la ley, por una parte; sino que por otra parte establecía un monopolio para la anulación de actos administrativos. Pero en esa argumentación pudiesen existir vestigios de discusión o tensión entre las corrientes que postulaban que la existencia misma de tribunales con competencia contencioso–administrativa implicaba más allá de otras prerrogativas de procedimiento y hasta sustantivas un privilegio para la Administración Pública, por una parte, y por la otra las que favorecían que los tribunales contencioso–administrativos nacieron para someter a la Administración plenamente a la ley, a tribunales plenos e independientes, contrapuestos a los que algunos denominaron la justicia retenida manifestada en recursos administrativos internos pero no contrapuestos al arbitraje. Parecían existir dudas, pues, sobre la razón por la cual la Constitución de 1961 necesitó mencionar ella misma a los tribunales contencioso–administrativos y no a otros.

Pero bajo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 los tribunales contencioso–administrativos dejaron de ser los únicos favorecidos por una mención en el texto supremo. En más, en estricto orden numérico y exegetico, luego de su art. 253, la Constitución de 1999 nombra primero en su art. 258 al sistema arbitral y luego después en el artículo siguiente el 259, a la jurisdicción contencioso–administrativa. Y es cierto que el art. 259 de la Constitución de 1999 se refiere a la anulación de actos administrativos y el art. 258 no; pero, como es relativamente sabido, los contenidos constitucionales no son estáticos ni estrictamente literales.¹⁶

¹⁶ Debe recordarse que el carácter dinámico de la interpretación constitucional es, hoy en día, mayoritariamente acogido, con ciertas adaptaciones y en mayor o menor medida, por los métodos de interpretación constitucional más aceptados, tales como el originalismo, el modernismo o instrumentalismo, el literalismo o textualismo, y la denominada interpretación democrática. No en vano, pues, la mayoría de las Constituciones son redactadas en términos generales y, en algunos casos, hasta deliberadamente vagos, con el objeto de permitir la evolución y adaptación de los principios en ellas consagrados. *Cf.*, en general, L. Tribe y M. Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

En efecto, la Constitución de 1999, a través de su art. 253, consagró al arbitraje como método de resolución de conflictos integrante del Sistema de Justicia venezolano¹⁷. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha abordado las implicaciones del art. 253, además, en diferentes ocasiones¹⁸.

Así pues, es válido afirmar que la Constitución impone al legislador el arbitraje como institución de Derecho comprendido dentro del Sistema de Justicia venezolano por representar una forma expedita, eficaz y transparente de resolución de conflictos. El art. 258 de la Cons-

¹⁷ Dicho artículo expresamente establece que: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. *El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio*” (la cursiva es nuestra).

¹⁸ Así, la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión de fecha 08 de febrero de 2002 (Caso: *Hanover P. G.N. Compressor C.A.*), reseñó las razones que movieron al constituyente a tomar esta iniciativa: “La excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias y el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo que en definitiva ha causado la pasividad de los particulares respecto de las arbitrariedades e ilegalidades cometidas y ha originado desinterés en poner en marcha la actividad jurisdiccional para obtener el restablecimiento del orden jurídico infringido. Ante esta realidad surgió la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico, medios alternativos de resolución de controversias, entre los que se encuentra el arbitraje, el cual permite a los particulares resolver sus diferencias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, denominados árbitros, a los que el Estado les atribuye la facultad de juzgar... En todo caso, el ordenamiento jurídico venezolano faculta a los particulares para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, salvo las cuestiones de estado, divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los que no es admisible la transacción.”

Por otra parte, el carácter y rango constitucional del arbitraje ha sido desarrollado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, en sentencia de fecha 23 de mayo de 2001 (Caso: *Grupo Inmensa C.A.*), la sala determinó la pertenencia de los árbitros al sistema de justicia venezolano, reafirmando su doctrina postulada en decisión de fecha 5 de octubre de 2000 (Caso: *Héctor Luis Toledo*). En este último caso, al referirse a los árbitros en el contexto comparativo con los jueces de paz, se proclamó lo que se copia a continuación: “Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales como lo son árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa...No puede considerarse esta forma (la alternativa) de ejercicio de jurisdicción esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial”.

titución de 1999, de forma clara y expresa, consagra al arbitraje e impone al legislador el deber de promoción del mismo¹⁹. Dicha disposición viene a representar un pilar progresista en la estructura del sistema de administración de justicia concebido por el constituyente de 1999. Ciertamente, el art. 258 de la Constitución significa la concreción en norma constitucional de lo que en Derecho Continental Europeo se conoce con el nombre del principio *pro arbitri* (principio a favor del arbitraje), que en el sistema de Derecho Angloamericano se engloba en la denominada *Liberal Arbitration Policy*. Dicho principio se materializa en la obligación de todo operador jurídico de adoptar una interpretación que favorezca, impulse y otorgue validez y eficacia práctica al arbitraje.

El arbitraje ha dejado de ser, pues, inferior al Poder Judicial en cuanto a los derechos de las partes y al reconocimiento constitucional. Y lo que es más importante, el arbitraje puede perfectamente contribuir y colaborar con el contencioso-administrativo judicial para dar prevalencia a los arts. 26 y 49 de la Constitución venezolana que consagran como dos de los derechos más importantes del Estado de Derecho, los derechos a la tutela de justicia efectiva y al debido proceso, que pueden englobarse dentro del denominado derecho de acceso a la justicia. Los árbitros están tan obligados a aplicar y respetar esos artículos y los derechos que reflejan, como los jueces del Poder Judicial. También están obligados los árbitros a aplicar el derecho sustantivo relevante igual que lo haría un juez.

El acceso a la justicia comprende e incluye la facultad de obtener la resolución de controversias por cualquiera de las instituciones jurídicas (bien sea la jurisdicción judicial o la arbitral) que las partes consideren que dará una mayor protección a sus derechos e intereses. En el debido proceso se habla, pues, de un componente sustantivo, conocido como el debido proceso sustantivo, que prohíbe acciones arbitrarias del Estado o quienes lo representen o sean equiparables a él, independientemente de la justicia y equidad de los procedimientos empleados para implementarlos, y una garantía del procedimiento justo, conocida como el debido proceso procedimental (denominada en el sistema angloamericano como *procedural due process*). A todo evento, el derecho a la tutela de justicia efectiva debe ser entendido como

¹⁹ Así, el artículo *in comento* textualmente dispone que: "...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

un derecho sustantivo y no como un deber de los ciudadanos²⁰. La justicia, tal cual como fue concebida por el Constituyente venezolano de 1999, no es poder detentado de manera monopólica por el Estado a pesar de que el uso de la fuerza pública sí lo sea.

Hay que tener en cuenta que las demoras que acontecen casi normalmente en los procesos judiciales, y en ciertas ocasiones la rigidez del procedimiento contencioso-administrativo, se traducen en desmedro de los derechos sustantivos y constitucionales de los justiciables. El arbitraje representa un instrumento que contribuye a hacer frente a esos ataques y a desarrollar los referidos derechos. En consecuencia, el derecho a la tutela de justicia efectiva puede ejercitarse bien a través del proceso ordinario sustanciado ante los órganos estatales de justicia o bien a través del arbitraje, en los casos no prohibidos por la ley²¹. Y las partes deben tener derecho de escoger y acceder al arbitraje como mecanismo que permite acceder a la administración de justicia en términos eficientes y razonables.

En definitiva, la tutela de justicia efectiva y al debido proceso implica el derecho de los justiciables a acceder ante el sistema ideado por el constituyente para la Administración de Justicia y de resolver sus controversias por el órgano de este Sistema que considere brindará mayor protección a sus derechos e intereses. Por esta razón el coartar al justiciable de su derecho de acceder a la Justicia Arbitral, representa una flagrante violación al derecho a la tutela de justicia efectiva y al debido proceso sustantivo.

El arbitraje es distinto, pero no es inferior, al Poder Judicial; ni siquiera cuando se trate de la anulación de actos administrativos de efectos particulares. El arbitraje forma parte del Sistema de Justicia venezolano ideado por el Constituyente de 1999 y, como tal, en él se aplican todos los derechos con implicaciones procesales, de rango constitucional. Como se ve *infra* en el capítulo 4, además, ni el Derecho ni el orden público venezolano mutan por el hecho de que un asunto se resuelva por arbitraje. Es decir: los principios esenciales del ordenamiento jurídico orden público venezolano se aplican en arbitraje al igual que se aplican en la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁰ Cf. F. Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001. p. 31.

²¹ Cf. S. Gaspar Lera, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998. p. 58.

Y no con ello quiere decirse que el arbitraje sea una panacea generalizable, pues al ser una institución en que los árbitros que no son jueces regulares ganan honorarios no despreciables, se corre el riesgo de desfigurarlo en un negocio con fines de lucro o al menos rentable. Ciertamente, en jurisdicciones donde el arbitraje ha sido más utilizado en volumen de casos que en Venezuela, ha habido situaciones en las cuales, por razones prácticas y estadísticas algunos sectores, con relativa razón, lo han considerado indeseable. Una de esas situaciones ha sido, por ejemplo, la de defensa del consumidor, con respecto a la cual la *National Association of Consumer Advocates*, en argumentos presentados en el caso *Pacific Health Systems vs. Book* ante la Corte Suprema de EE UU, que la institución arbitral puede ser abusada en desmedro de las partes más débiles. Así, se ha expuesto que algunos centros de arbitraje con fines de lucro crean prejuicios en contra de los consumidores, que inclusive los centros de arbitraje tienen la osadía de mercadear aunque sutilmente a grandes compañías a quienes perciben como sus clientes recurrentes usuarios del “servicio” de arbitraje. Se cita como un supuesto ejemplo de tal abuso al centro de arbitraje conocido como *National Arbitration Forum* y se presenta el caso de la compañía financiera *First USA Bank* que supuestamente ganó el 99,6% de las controversias gestionadas ante el centro *National Arbitration Forum* en un período determinado (19.618 de 19.705 casos) y tuvo la tendencia a usar un mismo grupo de árbitros con frecuencia.

También se cita como ejemplo indeseable situaciones en las que el arbitraje es “impuesto” por grandes compañías a consumidores como condición previa para acceder a créditos financieros para comprar viviendas o contratar servicios públicos esenciales como el teléfono o la electricidad ya que en tales situaciones la escogencia del arbitraje no es verdaderamente libre.

No obstante, situaciones como las descritas no deben ser corregidas con una prohibición tajante y de plano del arbitraje para la anulación de actos administrativos, ya que ello es un extremo indeseable que impide el acceso al arbitraje a situaciones en las que puede ser beneficioso incluso para la parte procedimentalmente más “débil”, es decir, el particular. Existe la posibilidad de revisar, caso por caso, en atención a circunstancias específicas y concretas, cláusulas arbitrales o consentimientos arbitrales manifestados en leyes, que resulten irrazonables e inválidas por vicios en el consentimiento o que se consideren violatorias del art. 26 de la Constitución venezolana de 1999. Es claro que no pueden imputarse a todos los centros de arbitraje su-

puestas conductas como las que la *National Association of Consumer Advocates* imputa al centro *National Arbitration Forum* en los Estados Unidos de América.

Por lo demás, en materia de arbitraje internacional existen centros de arbitraje, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) con sede principal en Washington, D.C., y la misma Cámara de Comercio Internacional, con sede principal en París, que han hecho un esfuerzo loable por incorporar a sus actividades árbitros formados en Derecho público y no estrictamente comercial. También ha ocurrido lo mismo en Venezuela, con respecto al arbitraje nacional, en centros de arbitrajes como el de la Cámara de Caracas y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), que si bien en un momento concentraron sus actividades arbitrales en asuntos comerciales, han contribuido formativamente para que el arbitraje de Derecho (contrapuesto al arbitraje de equidad) pase a ser propicio para incursionar en Derecho público, y, además, razonablemente equiparable al Poder Judicial en muchos aspectos sustantivos.

IV. Expansión endógena del arbitraje

Al incluirse el arbitraje en la Constitución venezolana de 1999, específicamente en sus arts. 253 y 258, debe considerársele incluido con sus características dinámicas fundamentales, siendo que una de ellas es que las cláusulas arbitrales tienen un carácter expansivo y de amplitud. Esa amplitud tiene un ámbito subjetivo, en lo que la moderna doctrina científica denomina transmisión del convenio arbitral, y que analiza si la cláusula arbitral contenida en un contrato vincula o no a los terceros que resultan beneficiarios de dicho contrato y se pronuncia, muchas veces y dependiendo de la circunstancias, a favor de esa vinculación. De la misma forma se analiza expansivamente el caso de los sucesores universales de las partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral. Y también el caso de los grupos de personas jurídicas, lo cual en el arbitraje internacional bajo tratados de protección de inversiones implica que el consentimiento al arbitraje lo da el ente que tenga personalidad jurídica en Derecho internacional público (en el caso de Venezuela, la República) y además todas sus instrumentalidades (como las empresas del Estado), aunque formalmente gocen de personalidad jurídica separada.

La amplitud de la cláusula arbitral tiene además un ámbito material. El principio de la universalidad del arbitraje o de acuerdo arbitral

(bien sea que esté contenido en un contrato o en un tratado internacional) implica que en él han de entenderse incluidos todos los conflictos relacionados con el asunto debatido, salvo que las partes expresamente hayan limitado el alcance del arbitraje. Este principio fue reflejado incluso por el art. 7 LMU sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendada en 2006²² y persigue seguridad jurídica evitando que varias autoridades incidan jurídicamente, directa o indirectamente, en un mismo asunto.

Cuando en la cláusula arbitral no se delimita el campo o materias de su aplicación, o no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, debe entenderse que dicha cláusula se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el asunto, incluido el contrato. Obviamente si las partes expresamente excluyen determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, los árbitros no pueden pronunciarse sobre los asuntos excluidos.

Otro aspecto que complementa la expansión del arbitraje, es que, en principio, quien debe analizar a qué y hasta dónde se extiende una cláusula o compromiso arbitral son los mismos árbitros, y no el Poder Judicial, teniendo además a la cláusula arbitral como separable en cuanto a su validez del resto del contrato. Es decir, serán los árbitros mismos y no los jueces contencioso-administrativos quienes jugarán el rol primordial en determinar y delimitar sus propios poderes para anular actos administrativos. El arbitraje, pues, se amplía y expande en su sede desde adentro, de forma endógena, y no necesariamente por la aprobación expresa o implícita que pueda otorgarle externamente el Poder Judicial.

Así, en Venezuela, el art. 7 LA Comercial reconoce esos dos principios fundamentales para el funcionamiento del arbitraje, los cuales han sido desarrollados por la doctrina internacional y reconocidos por muchas otras legislaciones del mundo. Esos principios son el de la doctrina de separabilidad de la cláusula arbitral y la doctrina de *kompetenz-kompetenz*.

Según la doctrina de separabilidad de la cláusula arbitral, ésta se considera como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. Lo anterior significa que la validez del acuerdo de arbitraje

²² El art. 7 en cuestión dispone que “El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”. Consultado en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf.

no está atada a la validez del contrato, ni viceversa; por lo tanto, la declaratoria de la nulidad del Contrato por parte de un tribunal ordinario no implica la nulidad de la cláusula arbitral, ni viceversa.

Bajo el art. 7 LA Comercial de Venezuela, en caso de que se considere nulo el Contrato (por ejemplo, por la existencia de vicios del consentimiento o incapacidad de las partes) tal nulidad no haría necesariamente nula la cláusula arbitral. Al considerarse válida la cláusula arbitral, sólo al tribunal arbitral (y no a los tribunales ordinarios) le corresponde decidir sobre la validez (o nulidad) del contrato como tal, y sobre su propia competencia para decidir la disputa sometida a arbitraje incluyendo la validez de actos administrativos en virtud de dicha cláusula arbitral.

En adición a lo anterior, debe tenerse presente que según el principio de *kompetenz-kompetenz* el tribunal arbitral tiene jurisdicción-competencia, exclusiva y excluyente de la jurisdicción-competencia de tribunales judiciales, para decidir sobre su propia competencia. El principio de *kompetenz-kompetenz* implica que un tribunal arbitral tiene la facultad o competencia preferente de tomar la determinación inicial en cuanto a si tiene o no jurisdicción-competencia para decidir sobre un caso, desde, esencialmente, dos puntos de vista: la validez y el alcance de la cláusula o acuerdo de arbitraje en sí mismo, y la arbitrabilidad de la materia en cuestión, siempre que se cumpla con la condición de que, como se dijo, en las disputas contractuales dicha determinación se lleve a cabo bajo la premisa que la validez o nulidad del acuerdo de arbitraje es independiente y autónoma de la validez o nulidad del contrato principal.

Con base en esos principios universalmente reconocidos en el arbitraje es falso que dicha institución tenga limitaciones implícitas cuando se trate de dilucidar la legalidad o validez de los actos administrativos de efectos particulares, particularmente los actos administrativos relacionados con un contrato. Si el legislador no establece límite claro y expreso las partes son libres de suscribir un convenio arbitral amplio o restringido, de suerte que la competencia arbitral viene a ser definida ampliamente por las partes.

El arbitraje produce decisiones, conocidas como laudos, que revisitan cosa juzgada y son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, aunque no del Poder Judicial. Esos laudos, en ciertas condiciones, pueden extenderse a la anulación de actos administrativos si las partes en controversia consienten válidamente en ello.

V. La noción de arbitrabilidad y el orden público

En los orígenes estrictamente comerciales a los que se ha hecho referencia, reflejados además en el art. 3 LA Comercial de Venezuela, solía establecerse que pueden someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Ese art. 3, además, excluye del arbitraje expresamente a los asuntos “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público”, pero debiendo entenderse, al respecto, que la exclusión se refiere al arbitraje estrictamente comercial, pero no a todo arbitraje de Derecho. No en vano, pues, el art. 1 LA Comercial deja claro que ella se aplicará al arbitraje comercial, pero sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente, que contemple el arbitraje. Obviamente, además, los arts. 253 y 258 de la Constitución venezolana se imponen integrativamente por sobre el art. 3 LA Comercial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, además, ha desechado progresivamente la transabilidad es decir, la renunciabilidad a derechos como único elemento general para establecer la arbitrabilidad, favoreciendo el denominado principio tuitivo. Bajo el principio tuitivo, el arbitraje es excluible, en general y en primer lugar, en ciertas áreas o materias especiales en las que deben tutelarse sustantivamente quienes en el arbitraje serían débiles jurídicos y, además, en lo particular y en segundo lugar, ciertas cláusulas arbitrales pueden considerarse inválidas si atentan en sí mismas, intrínsecamente, contra el derecho a la defensa y el debido proceso de una parte²³. Pero no puede excluirse al arbitraje de grandes parcelas, *prima facie*, con el pretendido objeto de proteger la prevalencia del orden público²⁴.

De modo que si “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

²³ Una cláusula arbitral podría atentar intrínsecamente contra el derecho a la defensa, *v.gr.*, si bajo ella la designación de los árbitros queda al designio de una sola parte y fuera del control u objeción posterior de la otra parte.

²⁴ Se ha discutido así, por ejemplo, si en materia arrendaticia el principio tuitivo debe o no excluir la aceptación del arbitraje. *Cf.* G.A. Guerrero Rocca, “¿Sigue siendo el arbitraje un medio alternativo para la resolución de controversias en materia arrendaticia: Comentarios al Tratamiento Jurisprudencial”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 18, Caracas, 2005, pp. 101–131.

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 *v.gr.*, arbitraje, mediación, conciliación, entre otras, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva. Para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa (Poder Ejecutivo), en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez²⁵.

Tampoco puede sostenerse que la inclusión de orden público en un asunto, tal como la anulación de un acto administrativo, excluya de plano al arbitraje. De hecho, inclusive buscando en Derecho comparado (comprendido por ordenamientos jurídicos que, a diferencia del venezolano, no otorgan al arbitraje rango constitucional) es difícil encontrar legislaciones que así lo hagan de forma expresa. Si existen ejemplos de inarbitrabilidad en temas concretos sensibles como el laboral y el impositivo, pero no de necesariamente todas las pretensiones anulatorias de actos administrativos, de manera general.

Además, mal puede considerarse que todas las controversias que incluyan una pretensión anulatoria de un acto administrativo se encuentren, sin excepción, comprendidas en la noción de orden público, referida en los literales “a” y “b” del art. 3 LA Comercial venezolana. En este sentido, la no arbitrabilidad por razones de orden público debe ser analizada con suma cautela, ya que el orden público es un concepto jurídico indeterminado o al menos dinámico y volátil (el cual a menudo ha sido manipulado en aras de burlar la aplicación de normas legales expresas). Así pues, “...no existe en el mundo de lo jurídico tal cosa como una controversia contraria al orden público. Una controversia se refiere a opiniones o puntos de vista contrapuestos, entre dos o más personas. Las controversias pueden existir sobre

²⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008 publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, n° 39.055 del lunes 10 de noviembre de 2008, referida a la interpretación del art. 258 de la Constitución.

los asuntos más bizarros o esotéricos, y sin embargo, la controversia, o sea, el punto diferente, no es contraria al orden público”²⁶.

Y con respecto al orden público, la primera precisión requerida es diferenciar la noción de “orden público” de lo que constituyen “leyes de aplicación inmediata.”²⁷ Esta diferenciación es relevante para el arbitraje internacional. Las normas de aplicación inmediata o necesaria (llamadas de “aplicación inmediata” en Francia y de “aplicación necesaria” en España, como integrantes del denominado “orden público internacional”) tienen su origen sistemático en el art. 3 del Código Napoleón, específicamente en las leyes de policía. Como bien lo reafirmó un laudo emitido en la esfera de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (laudo n° 6998 de 1994, caso: *Hotel Mónaco*), la característica principal de las normas de aplicación inmediata viene dada por representar principios político-jurídicos indispensables para la existencia misma del Estado²⁸. Estas leyes son aplicables indefectiblemente, independientemente del resultado de las normas sobre conflicto de leyes.

Así pues, en Venezuela son normas de aplicación inmediata todas aquellas normas venezolanas que por su rango y naturaleza son aplicables inmediata, indefectible y necesariamente a supuestos de hecho con elementos de extranjería, a pesar de que estos pudieran estar regidos, en sustancia, por Derecho extranjero. Estas normas vienen a concretizarse en disposiciones constitucionales y en normas reguladoras del Estado en cuanto éste actúe en funciones de imperio, y no pueden ser relajadas por acuerdos entre particulares.

En el arbitraje internacional con situaciones con elementos de extranjería, las normas de aplicación inmediata se diferencian de las de orden público (a pesar de existir áreas en que solapan o coinciden) en que la preeminencia de ésta se fundamenta sin utilizar normas de conflicto de leyes (Derecho internacional privado) mientras que para la excepción de orden público, como concepto referido a principios

²⁶ J.O. Rodner, “La anulación del laudo arbitral”, *Estudios de Derecho Procesal Civil Homenaje a Humberto Cuenca*, Colección Libros Homenaje N° 6, Caracas Tribunal Supremo de Justicia, 2002. P 878.

²⁷ Cf. R.J. Escovar Alvarado, “Arbitraje en Contratos de Interés Público de Naturaleza Comercial Internacional”, *Studia Iuris Civilis: Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Caracas, 2004. En este trabajo el autor analiza el Arbitraje en Contratos de Interés Público de naturaleza comercial internacional y, en especial, las consecuencias que derivan de la dualidad de sistemas –normas imperativas de Derecho local y normas y principios del Derecho comercial internacional.

²⁸ J.J. Arnaldes, Y. Derains y D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards/ Recueil des Sentences arbitrales de la ICC*, Paris, Kluwer Law Internacional, ICC Publishing SA.

fundamentales del orden jurídico venezolano (que, como tales, tampoco son relajables por acuerdo entre particulares) sí puede utilizarse como paso inicial las normas de conflicto de leyes²⁹. Así, el orden público puede ser definido como el conjunto de políticas o principios que se considera que forma parte del orden legal básico y fundamental, a los cuales el Estado presta particular atención, bien sea porque involucran, aunque sea indirectamente, a un gran número de personas, o porque se relacionan con la estructura de convivencia fundamental de la sociedad civilizada. En situaciones sin elementos de extranjería (es decir, de estricto Derecho interno y normalmente en el arbitraje nacional o doméstico) la diferenciación entre normas de aplicación inmediata y el concepto orden público es en la práctica intrascendente.

Pero lo fundamental, a todo evento, es que el arbitraje al menos el arbitraje de Derecho no relaja necesariamente el orden público, ni lo menoscaba. El *ius imperium* del Estado es importante, y está sujeto a reglas especiales de Derecho público y los actos administrativos se emiten precisamente en ejercicio de ese *ius imperium*. Eso lo que implica es que el ejercicio del *ius imperium* no puede ser juzgado en sola equidad, sino necesariamente en Derecho, y que los árbitros, al conocer de pretensiones anulatorias de actos administrativos, deben aplicar el Derecho de la misma forma que lo haría un juez en el contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos. Así las cosas, ni el orden público ni la existencia de normas de aplicación inmediata justifican una exclusión absoluta del arbitraje en la anulación de actos administrativos, debiendo tenerse en cuenta, además, que al menos en materia doméstica los laudos arbitrales siempre estarán sometidos, aunque limitadamente, al recurso de nulidad del laudo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como se analiza *infra* en el capítulo 7.

VI. Acceso al arbitraje: el consentimiento del ente estatal

Habiendo sentado que el arbitraje no es inferior al Poder Judicial, ni excluible *a priori* para la revisión de actos administrativos de efectos particulares, debe analizarse, entonces, en qué casos es admisible el arbitraje como institución en ese campo. La respuesta, en términos sencillos, es: cuando las partes de la controversia presente o potencial es decir, el ente emisor del acto administrativo relevante (o aquellos

²⁹ Cf. R.J. Escovar Alvarado, *op. cit.*

racionalmente incluidos en su mismo grupo de personas) y el o los legitimados para recurrirlo así lo consientan de manera expresa y escrita. En el caso de Venezuela, por un requerimiento adicional acuñado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tal consentimiento debe ser además inequívoco³⁰.

El consentimiento de las partes es el pilar y piedra angular de la jurisdicción–competencia de todo tribunal arbitral. Teniendo que el consentimiento debe ser manifestado de manera expresa, inequívoca y escrita, para la anulación de actos administrativos dicho consentimiento, en lo que respecta a la Administración Pública que emite el acto relevante puede, en primer lugar, estar contenido o ser suplido por una Ley en sentido formal, o en un acto que tenga su rango y carácter normativo, tal como un decreto–ley o un tratado internacional, bilateral o multilateral, debidamente aprobado por la Asamblea Nacional y publicado en Gaceta Oficial y que privaría por sobre el art. 3 LA Comercial venezolana. En segundo lugar, el consentimiento puede estar contenido en una cláusula arbitral, es decir, ser parte de un contrato referido a un negocio jurídico más amplio, de manera que regule eventuales controversias futuras de forma genérica. En tercer lugar, el consentimiento puede ser manifestado en un compromiso arbitral específico, que se refiere a una controversia individual ya existente.

En materia de actos administrativos de efectos particulares cuyo objeto o contenido sea o se refiera al ejercicio de una cláusula exorbitante de un contrato administrativo, de existir en el contrato una cláusula arbitral con base en el principio de su amplitud ésta cubriría salvo que su texto expresamente lo excluya lo relativo a la anulación de dichos actos administrativos en exclusión de la jurisdicción judicial contencioso–administrativa. Lo mismo es aplicable al caso de los compromisos arbitrales. Debe tenerse presente, sin embargo, que la ley puede requerir formalidades o aprobaciones especiales para cláusulas o compromisos arbitrales celebrados por entes estatales, pero lo importante es que el arbitraje no debe considerarse excluido de plano en cuanto a la anulación de actos administrativos.

En cuanto al particular legitimado para recurrir el acto, su consentimiento puede estar obviamente contenido o manifestado en una cláusula o en un compromiso arbitral. Pero cuando el consentimiento el ente estatal relevante venga dado o suplido por una ley, decreto–

³⁰ Cf. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de febrero de 2008, caso *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candía y Ramón Escovar Alvarado*, expediente: 04–1134.

ley, o tratado internacional, el consentimiento del particular para acceder al arbitraje estaría contenido en la solicitud de arbitraje o demanda arbitral misma, pues obviamente el particular no puede suscribir la ley, decreto-ley ni tratado. Es como si el consentimiento a arbitraje del ente estatal fuese una oferta para acceder a arbitraje, y la solicitud o demanda arbitral del particular una aceptación de la oferta que cierra el negocio y por lo tanto perfecciona la jurisdicción-competencia del tribunal arbitral. En estos casos, a todo evento, si la ley, decreto-ley o tratado que ofrezca el arbitraje cubre o resulta aplicable a contratos administrativos o ciertos negocios o inversiones, el arbitraje de completarse la aceptación de la oferta por el particular incluirá lo relativo a la anulación de actos administrativos de efectos particulares, emitidos por la persona estatal o sus instrumentalidades cuyo consentimiento es suplido, que incidan de manera directa sobre el contrato, negocio o inversión.

Cierto es, sin duda, que el arbitraje, y la sustracción parcial de la jurisdicción judicial ordinaria que aquél implica, se fundamenta en un acuerdo de voluntades. Y es por ello, también ciertamente, que hay materias o situaciones en las cuales el arbitraje no es aceptable jurídicamente, precisamente en donde a la voluntad de las partes no le está dado adoptar soluciones o consecuencias (bien sea apriorísticas o, inclusive, *ex post facto*, y bien sea sustantivas o adjetivas) que de alguna manera contraríen la solución o consecuencia preacuñada por el ordenamiento jurídico. Es así como el arbitraje encuentra, en mayor o menor medida, limitaciones de aplicación, por ejemplo, en materia de propiedad sobre bienes inmuebles y de estado y capacidad de las personas. Se trata de una zona que puede denominarse, en propósito del análisis, “negra”, en el sentido de que en la misma el arbitraje no es aceptable bajo el principio tuitivo.

Pero fuera de esa zona negra, incluyendo para la anulación de actos administrativos, es aceptable que la voluntad de las partes, aunada a la voluntad de la ley, implique la sustracción de la jurisdicción judicial, pero siempre que se asegure que la voluntad de las partes sea expresada de manera verdaderamente libre, o al menos con conocimiento de causa y suficiente advertencia. Ello, porque el sometimiento a arbitraje se basa, en fin de cuentas, en un consentimiento en el que, como tal, debe haber ausencia de vicios del consentimiento y capacidad de las partes para obligarse, como elementos esenciales a su validez.

Pueden existir, tal vez, asuntos en los que se considere que las personas de Derecho público no pueden consentir en arbitraje. Así, por

ejemplo, en los EE UU, la Corte Suprema de ese país ha señalado que bajo la sección 2 de la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*), los tribunales deben rehusarse a ejecutar compromisos o cláusulas arbitrales que sean irrazonables (*unconscionable*)³¹ o que impidan la reivindicación de derechos derivados directamente de normas legales expresas³². Pero esos asuntos no deben considerarse expansivamente ni en forma absoluta, sino por el contrario limitada, y no existe razón para incluir tajantemente en ellos a todas las cuestiones relacionadas con la anulación de actos administrativos.

VII. Poderes de los árbitros frente a los actos administrativos

Visto lo anterior, una vez sentado que un tribunal arbitral puede tener jurisdicción–competencia para anular actos administrativos en ciertos casos, corresponde revisar los límites formales y materiales de los árbitros frente a dichos actos.

Anular significa extinguir o desaparecer del ámbito jurídico y, tal como puede hacerlo un juez contencioso–administrativo, un tribunal arbitral puede declarar la nulidad absoluta o relativa de un acto administrativo, por las mismas razones o causales, y con las mismas implicaciones (*ex nunc vs. ex tunc*, deducir de oficio vicios de nulidad absoluta, etc.) que una declaratoria judicial. En cuanto al elemento objeto o contenido del acto administrativo, la declaratoria de nulidad puede ser total o parcial, es decir, circunscribirse al todo o simplemente a una parte del acto. Similarmente, los motivos de impugnación y la doctrina o análisis diagramal que el maestro Farías Mata denomina la “trilogía elemento del acto–vicio–sanción o consecuencia” en sus enseñanzas del contencioso–administrativo, son enteramente aceptables y trasladables al ámbito arbitral³³.

La cuestión de la separabilidad de un acto administrativo de un contrato administrativo, por su parte, es relevante con respecto a la arbitrabilidad de la nulidad del acto en el sentido de que, normalmen-

³¹ Cf. decisiones de los casos *Gilmer vs. Interstate Johnson Lane Corp.*, decidido en el año 1991 y citado como 500 U.S. 20 y *Doctors Assoc Inc vs. Casarotto*, decidido en el año 1996 y citado como 517 U.S. 681.

³² Cf. decisión del caso *Equal Employment Opportunity Comisión v. Waffle House*, decidido en el año 2002 y citado como 534 U.S. 279.

³³ Cf. G. Urdaneta Troconis, “Los Motivos de Impugnación en la Jurisprudencia Contencioso–Administrativa de las Tres Últimas Décadas”, en Libro del *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp. 109–216.

te, algunos actos integrativos del procedimiento licitatorio son autónomos al contrato y por lo tanto no cubiertos por la cláusula arbitral, pero esa exclusión de la cláusula debe limitarse a los actos preparatorios o preliminares del contrato. Los actos administrativos separables componentes e integrativos, es decir, los posteriores al perfeccionamiento del contrato, sí deben considerarse cubiertos por la cláusula arbitral con base en el principio de la amplitud de dicha cláusula, y por lo tanto quedan sujetos a los poderes formales de los árbitros.

El asunto de si un árbitro puede sustituir con un laudo a un acto administrativo también es equiparable a la situación en la que se encuentran los jueces, con respecto a quienes se ha considerado tradicionalmente que una sentencia puede sustituir a un acto administrativo en aspectos o competencias regladas, pero no en asuntos donde existan márgenes de actuación sujetos a la denominada discrecionalidad administrativa. En esos poderes formales, a todo evento, tanto un árbitro como un juez deben respetar y ser deferentes con el criterio de la Administración Pública, en el ámbito de la doctrina de la deferencia³⁴, pues debe recordarse que existen en Venezuela ejemplos de decisiones judiciales que parecen haber acogido la doctrina de la deferencia para el control judicial de actos administrativos de efectos particulares³⁵.

³⁴ Sobre la doctrina de la deferencia, cf. L. Parejo Alfonso, *Administrar y Juzgar: Dos Funciones Constitucionales Distintas y Complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993; también, A. Bianchi, "El Control Judicial de la Administración Pública bajo la llamada Doctrina de la Deferencia", *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, t. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2265–2307.

³⁵ Bajo la Constitución de 1961, la Corte Primera de lo Contencioso–Administrativo señaló que "cuando un Juez revisa y controla la interpretación que de una norma legal ha realizado la Administración Pública el juez debe, en primer lugar, dilucidar si el legislador ha respondido de manera precisa el asunto del que se trate. Si la intención del legislador es clara, tanto la Administración como el juez deben respetar el precepto expresado de manera clara por el legislador. Sin embargo, cuando el juez determine que el legislador no ha resuelto el asunto de manera directa, no está dado al juez imponer su propia interpretación de la ley como si no hubiese habido una interpretación previa de la Administración Pública. Si la ley es ambigua o poco clara con respecto al asunto en particular, pero suficiente para que la Administración emita un acto administrativo, la pregunta que debe plantearse el juez es si la solución o respuesta de la Administración está fundamentada en una interpretación razonable de la ley, razonabilidad que debe analizarse, entre otras cosas, a la luz de la Constitución de la República. Si la interpretación de la ley por la Administración es razonable y –por sobre todo– compatible con el ordenamiento jurídico, el juez debe, en principio, respetarla. No implica esto, en manera alguna, una merma de los plenos poderes del juez contencioso–administrativo (que, con fundamento en el art. 206 de la Constitución de 1961, deben ejercerse cuando los actos administrativos sean contrarios a Derecho) ni que la Administración pueda emitir decisiones sin base jurídica apro-

Siguiendo la clasificación de los poderes del juez en poderes formales y poderes materiales, debe decirse, entonces, que la diferencia fundamental de un árbitro con respecto al Poder Judicial se encuentra en los poderes materiales, es decir, en las facultades para trasladar a la práctica, al mundo de lo material, lo decidido en el papel contentivo de la sentencia o del laudo.

En ese sentido, es entendible que, por ahora, los árbitros no tengan facultades o poderes materiales para ejecutar sus decisiones, entre otras cosas porque aquéllos son designados por las partes o en ocasiones por instituciones o centros de arbitraje pero podrían tener que tomar medidas prácticas, en uso de la fuerza, contra personas que no participaron ni consintieron en su designación. El sistema de designación de los árbitros, además, normalmente no garantiza a la colectividad extraña al procedimiento una certeza razonable sobre la autoridad de dichos árbitros. De modo que, es racional que el uso de la fuerza pública, en el estado actual del arbitraje como institución, siga reservado para el Poder Judicial en la ejecución forzosa de laudos arbitrales.

A todo evento, no obstante, el asunto del uso de la fuerza pública y la ejecución forzosa de sentencias contra personas de Derecho Público parece ser en Venezuela, por ahora, una mera ilusión inclusive para tribunales judiciales contencioso-administrativos fuera del arbitraje³⁶. De modo que, podría ser bizantino por los momentos comparar los poderes materiales de árbitros en materia de Derecho público con los del juez contencioso-administrativo.

VIII. Rol de la jurisdicción judicial contencioso-administrativa en el arbitraje contra actos administrativos: el recurso de nulidad y la ejecución del laudo

La exclusión de la jurisdicción judicial por el arbitraje, debe quedar claro, es fuerte pero parcial en tiempo y contenido. Universalmente tiende a aceptarse que los laudos arbitrales deben estar sujetos a un proceso de revisión o potencial anulación, a instancia de parte, por

piada y suficiente." Sentencia de fecha 20 de mayo de 1999, caso: *Banco Occidental de Descuento vs. Sudeban*, expediente 97-19651.

³⁶ Cf. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de octubre de 2008, caso: *Jorge Neher y Hernando Díaz Candía*, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, n° 39.055 del lunes 10 de noviembre de 2008.

autoridades distintas de los árbitros, aunque no a una segunda instancia ni apelación propiamente dicha.

En el sistema administrado, con base en un tratado multilateral, por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) relacionado con el Banco Mundial, la revisión se realiza a instancia de parte por una comité de anulación normalmente compuesto por personas designadas de entre la lista de árbitros que mantiene ese organismo, distintas de los árbitros originales. En Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial establece un recurso de nulidad en su art. 43 como único recurso y contra la sentencia que decida ese recurso no cabría subsecuentemente el recurso de casación.³⁷ Según el art. 43, el recurso de nulidad debe interponerse ante un Tribunal Superior (judicial) competente del lugar donde se hubiere dictado el laudo, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

Si bien, como hemos dicho, la Ley de Arbitraje Comercial no resulta enteramente aplicable a arbitrajes donde se debata o haya debatido la nulidad de actos administrativos, sus disposiciones en cuanto sean compatibles deben ser aplicadas supletoriamente a éstos. Así lo ha reconocido implícitamente el Tribunal Supremo de Justicia³⁸, el cual sin embargo ha establecido que cuando en el arbitraje relevante haya participado como parte un ente Estatal, incluyendo a una empresa del Estado, el recurso de nulidad contra el laudo debe ser interpuesto ante y decidido por tribunales judiciales de lo contencioso-administrativo y no por tribunales con competencias civiles o mercantiles. Si bien ese criterio sobre competencias judiciales podría resultar discutible para arbitrajes en donde hayan participado empresas del Estado pero el fondo debatido atañese fundamentalmente al Derecho Privado, el mismo es racionalmente defendible para la anulación de laudos dictados en arbitrajes en los que se hayan debatido, en esencia o primordialmente, asuntos de Derecho público, incluyendo la nulidad de un acto administrativo.

³⁷ Sin embargo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha titubeado en ese sentido y a través de sentencia del 09 de junio de 2008, caso: Juan Carlos Cacique contra Galerías Ávila Center S.R.L., estableció que son recurribles en casación las sentencias dictadas por Tribunales Superiores que decidan recursos de nulidad contra laudos arbitrales nacionales.

³⁸ Cf. Auto Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa del Tribunal supremo de Justicia de fecha 07 de septiembre de 2004, en el expediente 2004-0674, y la sentencia número 1.138 posteriormente dictada por esa Sala el 04 de mayo de 2006 en el mismo expediente.

De la misma manera que en el caso de una sentencia dictada por un tribunal de la jurisdicción ordinaria que produzca algún mandamiento que viole principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, los justiciables pueden recurrir contra un laudo arbitral que así lo haga, a través del recurso de nulidad. Y si el laudo se refiere a la nulidad o validez de un acto administrativo, el tribunal competente para conocer del recurso de nulidad en contra del laudo debe ser un tribunal de lo contencioso-administrativo.

El recurso de nulidad contra el laudo no es una apelación sino que consiste en una revisión relativamente objetiva del laudo, por razones limitadas si es que no excepcionales. Bajo el art. 44 LA Comercial venezolana, la nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: 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; 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; c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a dicha Ley; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; 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; y 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 al orden público.

En EE UU, por su parte, los laudos arbitrales pueden ser anulados bajo la Ley Federal de Arbitraje si: a) han sido emitidos mediante fraude, corrupción o medios ilícitos; b) ha habido parcialidad manifiesta de los árbitros o éstos han sido corrompidos; c) los árbitros se han rehusado de manera inadecuada a posponer una audiencia, cuya posposición ha sido debidamente justificada, o se han rehusado a permitir la presentación de pruebas pertinentes y de importancia para el caso; o se han comportado de manera irregular afectando adversamente los derechos de una de las partes; o d) los árbitros han excedido sus facultades, o las han ejercido de manera irregular de manera que no se haya emitido un laudo final y definitivo sobre la controversia objeto de litigio. Además de las causales indicadas anteriormente,

se establece legalmente en EE UU que cuando un laudo ha sido anulado pero el plazo para decidir no ha expirado, la corte puede exigir a los árbitros que vuelvan a celebrar audiencias.

Los tribunales judiciales en EE UU han tendido a establecer, jurisprudencialmente, que “los laudos arbitrales pueden ser revisados de manera limitada, a los fines de preservar los fines de este medio de resolución de disputas, a saber: resolver las disputas de manera eficiente y evitar litigios prolongados y costosos”³⁹. Los laudos arbitrales no pueden ser revisados por errores de hecho ni de Derecho.

Pero es importante reconocer y tener en consideración, sin embargo, que aparte de las causales legales indicadas anteriormente, existen otra causal de nulidad de un laudo arbitral que la jurisprudencia ha establecido en EE UU y que debe ser prudencialmente acogida por los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando revisen laudos referidos a la nulidad de un acto administrativo. Esa causal de nulidad del laudo es: “la ignorancia manifiesta de la ley aplicable”⁴⁰. En Venezuela, sin llegar al extremo de convertir el recurso de nulidad en una segunda instancia o apelación plena, podría declararse nulo un laudo que, a su vez, declarase válido un acto administrativo inmerso claramente en una de las causales de nulidad absoluta de actos administrativos contempladas en el art. 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues el laudo habría desconocido, manifiestamente, esa ley. Pero debe repetirse que los laudos arbitrales no pueden ser revisados por errores de hecho ni de Derecho, salvo cuando haya en el laudo una ignorancia realmente manifiesta flagrante o palmaria de la ley aplicable.

El alcance de esta doctrina para anular laudos por ignorancia manifiesta de la ley aplicable es y debe ser limitado, pues se exige que haya habido algo más allá de error de derecho u omisión de los árbitros en entender o aplicar la ley. Además, para anular o modificar un laudo bajo esta premisa se requiere que el tribunal judicial determine que: “(1) los árbitros conocían de un principio de derecho aplicable al caso pero no obstante, rehusaron aplicarlo o lo ignoraron por completo y (2) la ley ignorada por los árbitros estaba bien definida, explícita y era claramente aplicable al caso”⁴¹. Por otra parte, el tribunal judicial debe confirmar y no anular el laudo arbitral “si determina que la base

³⁹ Sentencia del caso *Willemijn Houdstermaatschappij, BV v. Standard Microsystems Corp.*, 103 F.3d 9, 12 (2d Cir. 1997).

⁴⁰ *Vid.* caso: *Willemijn Houdstermaatschappij*, citado como 103 F.3d at 12.

⁴¹ *Vid.* *Halligan v. Piper Jaffray, Inc.*, 148 F.3d 197, 202 (2d Cir. 1998).

legal para la emisión del laudo puede inferirse de los elementos de hecho del propio caso”⁴².

Por otra parte, más allá del recurso de nulidad, si un laudo arbitral queda definitivamente firme y no es autosuficiente en su ejecución, pero no es cumplido voluntariamente por la parte a la que le es adverso, debe recordarse que los árbitros carecen de poderes materiales para ejecutar forzosamente sus decisiones. El uso de la fuerza pública es, por ahora, monopolio del Estado y en este aspecto de ejecución, del Poder Judicial concretamente. Por analogía y afinidad, y siguiendo una especie de paralelismo con el criterio del Tribunal Supremo de Justicia venezolano sobre la competencia judicial para anular laudos arbitrales que involucren a personas Estatales, debe concluirse que los tribunales judiciales competentes para ejecutar laudos arbitrales contra dichas personas Estatales son, precisamente, los tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello se extiende obviamente a laudos que se relacionen, a su vez, con la nulidad de actos administrativos que sean descatados por las personas Estatales.

IX. Conclusiones

A manera de resumen no exhaustivo de la propuesta aquí formulada para la aceptación del arbitraje como medio de impugnación de actos administrativos, puede señalarse:

Primero, el arbitraje de Derecho no es constitucionalmente inferior al Poder Judicial, incluyendo en éste a los tribunales de lo contencioso-administrativo. Por contraposición al arbitraje de equidad, en el arbitraje de Derecho las partes no renuncian ni relajan sus derechos sustantivos. El art. 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 no establece un monopolio a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa para anular actos administrativos, sino que ratifica el sometimiento de la Administración a la ley y debe ser interpretado junto a los arts. 253 y 258 de la misma Constitución. Además, el arbitraje de Derecho representa ventajas que promueven el acceso a la justicia y el debido proceso sustantivo en los términos requeridos por los arts. 26 y 49 de la Constitución.

Segundo, la validez de los actos administrativos no puede ser sometida o juzgada en arbitrajes de equidad, pues la misma por razones

⁴² Vid. *Nimkoff v. Tanner Propp & Farber*, 141 F. Supp. 2d 420, 425 (S.D.N.Y. 2001).

inherentes al orden público y al *ius imperium* debe ser analizada en arbitrajes de Derecho no comerciales. Debe reconocerse, no obstante, que el arbitraje no es ideal para todas las controversias, pues el mismo implica entre otras cosas sufragar gastos como honorarios de árbitros y de centros administrativos que no se sufragan en jurisdicciones judiciales, así como la constitución de tribunales *ad hoc* o tal vez accidentales.

Tercero, si bien la transabilidad es relevante a efectos de establecer la arbitrabilidad en materia comercial, en arbitrajes relacionados con el Derecho Público, incluyendo la anulación de actos administrativos, lo relevante para establecer la arbitrabilidad es el principio tuitivo. El arbitraje se amplía y expande en su sede desde adentro, de forma endógena, con base en el principio de su universalidad, el principio de *Kompetenz-kompetenz* y el principio de la separabilidad la cláusula arbitral; y no necesariamente por la aprobación expresa o implícita que pueda otorgarle externamente el Poder Judicial.

Cuarto, el consentimiento de las personas de carácter estatal para someterse a un arbitraje anulatorio de actos administrativos puede estar sujeto a requisitos especiales para su formación. Ese consentimiento de la persona estatal puede estar contenido o ser suplido por una Ley en sentido formal, o en un acto que tenga su rango y carácter normativo, tal como un decreto-ley o un tratado internacional, bilateral o multilateral, debidamente aprobado por la Asamblea Nacional y publicado en Gaceta Oficial; en una cláusula arbitral de un contrato administrativo; o en un compromiso arbitral específico, que se refiere a una controversia individual ya existente. El consentimiento de la persona estatal, una vez manifestado válidamente, debe considerarse amplio y expansivo.

Quinto, en materia de actos administrativos no relacionados con un contrato, es decir, que no se refieran al ejercicio de cláusulas exorbitantes, y en ausencia de normas legales expresas que lo determinen, no existe una prohibición conceptual que impida, *a priori*, que la validez del acto administrativo sea juzgada en un arbitraje de Derecho, siempre y cuando medie el consentimiento expreso y escrito manifestado válidamente por la persona jurídica que emitió el acto, u otra que válidamente la supla.

Sexto, cuando el acto administrativo a ser impugnado es emitido por la misma persona jurídica que consintió validamente en un

acuerdo arbitral vía un contrato, el tribunal arbitral tiene jurisdicción–competencia para anular actos administrativos en arbitrajes de Derecho si el acto está relacionado o afecta jurídicamente al contrato que contienen la cláusula o al que se refiere el compromiso arbitral. Con base en el carácter expansivo de la cláusula arbitral el consentimiento puede extenderse a personas que racionalmente formen parte del mismo grupo estatal, aunque no hayan suscrito expresamente el contrato.

Séptimo, en el arbitraje internacional bajo tratados bilaterales de protección de inversiones, el tribunal arbitral tiene jurisdicción–competencia para anular actos administrativos en arbitrajes de Derecho si el acto está relacionado o afecta jurídicamente, en los términos del tratado relevante, a la inversión internacional protegida o cubierta por el tratado. Normalmente los tratados internacionales en esta materia, con base en el carácter expansivo de la cláusula arbitral, extienden el consentimiento al arbitraje a personas jurídicas separadas que se consideran instrumentalidades del ente con personalidad jurídica en Derecho internacional público.

Octavo, con respecto a los actos administrativo, en general, los árbitros en la actualidad carecen de poderes materiales para ejecutar sus laudos forzosamente, y por ahora es razonable que así sea. Los tribunales judiciales de lo contencioso–administrativo son los competentes para conocer de recursos de nulidad contra laudos arbitrales que se pronuncien sobre la validez o nulidad de actos administrativos y son también competentes para ejecutar forzosamente, cuando sea necesario, tales laudos arbitrales. Las causales de nulidad o motivos de impugnación del laudo arbitral incluyendo un laudo que anule un acto administrativo, deben incluir, además de los expresamente previstos en la ley, la ignorancia manifiesta de la ley aplicable al fondo del arbitraje, en el entendido de que el recurso de nulidad contra el laudo no debe considerarse una apelación o segunda instancia.

Caracas, marzo de 2009.

RESUMEN: El arbitraje no es constitucionalmente inferior al Poder Judicial. En el arbitraje de Derecho las partes no relajan sus derechos sustantivos. El art. 259 de la Constitución no establece un monopolio a favor de la jurisdicción contencioso–administrativa para anular actos administrativos. El arbitraje representa ventajas que promueven el acceso a la justicia y el debido proceso sustantivo. No obstante, no es ideal para todas las controversias, pues implica sufragar gastos especiales. En arbitrajes en Derecho Público lo relevante para establecer la arbitrabilidad es el principio

tuitivo, no la transabilidad. El arbitraje se expande en su sede, de forma endógena, por los principios de su universalidad, *Kompetenz-kompetenz* y separabilidad de la cláusula arbitral; y no por la aprobación del Poder Judicial. El consentimiento de las personas estatales al arbitraje puede estar sujeto a requisitos especiales para su formación. Ese consentimiento puede estar suplido por una ley, o en un acto que tenga su rango, tal como un tratado internacional. El consentimiento debe considerarse amplio y no existe una prohibición conceptual que impida que la validez del acto administrativo sea juzgada en un arbitraje de Derecho.

Los tribunales de lo contencioso administrativo son competentes para conocer recursos de nulidad contra laudos arbitrales sobre la validez de actos administrativos y para ejecutar forzosamente los laudos. Las causales de nulidad del laudo deben incluir la ignorancia manifiesta de la ley aplicable al fondo del arbitraje, pero el recurso de nulidad contra el laudo no debe ser una segunda instancia.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO – ANULACIÓN – ACTOS ADMINISTRATIVOS.

ABSTRAC: Arbitration is not constitutionally inferior to courts of law. In arbitration, the parties do not waive their substantive rights. Article 259 of the Constitution does not establish a monopoly in favor of administrative contentious courts for the annulment of administrative acts. Arbitration provides advantages that promote the access to justice and substantive due process. However, arbitration is not ideal for all disputes, because it may imply special costs. In Public Law arbitration, arbitrability must be determined based on the "principio tuitivo", not the possibility of settlement. Arbitration is expanded from within, endogenously, under universality, Kompetenz-kompetenz and separability doctrines; not based on the approval of courts. The consent of government entities to arbitrate may be subject to special formation requirements. That consent may be supplied by a law or an equivalent act, such as an international treaty. Consent to arbitration must be deemed to be broad and there is no conceptual prohibition preventing that the validity of an administrative act be adjudicated in arbitration.

Administrative contentious courts are competent to decide setting aside petitions against arbitral awards dealing with the validity of administrative acts and to compulsorily enforce arbitral awards. The reasons to set aside an arbitral award must include the manifest disregard of applicable law, but the setting aside petition must not be treated as a full appeal.

KEY WORD: ARBITRATION – ADMINISTRATIVE CONTENTIOUS – ANNULMENT – ADMINISTRATIVE ACTS.