

EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Irene Loreto González *

I. ARBITRAJE Y DERECHO PÚBLICO

De acuerdo a la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, es posible resolver en el Arbitraje doméstico, conflictos provenientes de “contratos de interés público” celebrados por las “empresas del Estado”, con empresas particulares (nacionales o extranjeras), que pacten el arbitraje en el territorio donde se va a ejecutar el contrato.

Por tanto, cuando hablamos de arbitraje en las empresas del sector público¹, no necesariamente estamos refiriéndonos al “arbitraje de Inversión”², figura creada por el Derecho Internacional para resolver los conflictos surgidos a raíz de un contrato comercial entre estados diferentes, “...primordialmente a través de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, por prever la constitución de

* Doctora en Ciencias, mención Derecho y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Postgrado en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. *Visiting scholar Columbia University. Program of Instruction for Lawyers, Harvard Law School.* Curso de Arbitraje Internacional en la ICC París. Profesora de Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela.

1 Cfr. Huergo Lora, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

2 Cfr. 1) Lenin Bermúdez, Diógenes, “El arbitraje en los tratados de protección de inversiones suscritos por Venezuela”, en *Memoria Arbitral*, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Caracas, 2011, p. 95; 2) Mogollón Rojas, Ivor Dalvano, *El Arbitraje Comercial Venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004; 3) Oppetit, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Legis Editores S.A., Colombia 2006.

tribunales arbitrales como órganos externos al Estado demandado y por lo tanto percibidos como imparciales”³.

II. ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El Arbitraje de inversión, es una figura no prevista expresamente en la Ley de Arbitraje Comercial, pero sí permitida en su Artículo 1º: “Esta Ley se aplicará al Arbitraje Comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente”.

III. ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS EMPRESAS DEL SECTOR PÚBLICO

Al referirnos al acuerdo de arbitraje en los contratos celebrados por las empresas del sector público en Venezuela, nos estamos refiriendo al ámbito del Derecho interno (arbitraje doméstico), y también al “arbitraje de inversión”, regulado concomitantemente por el respectivo tratado internacional⁴, dependiendo en cada caso del Estado o Estados a que se refiera el contrato. La posibilidad legal de incluir el “acuerdo arbitral” en los contratos celebrados por las empresas del sector público, la provee el Artículo 151 constitucional que concibe la “inmunidad de jurisdicción” como una inmunidad relativa. De esta manera, el Artículo 3, literal c), de la Ley de Arbitraje Comercial, permite el arbitraje en los “contratos de interés público”, siempre que las controversias no sean “Directamente concernientes a las atribuciones o funciones del imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público”. También el Artículo 4º, ejusdem, indica que será válidamente posible la inclusión del “acuerdo arbitral” en un contrato en el que “al menos una de las partes sea una “sociedad” en la cual los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta (50%) del capital social”.

3 Díaz Candia, Hernando. “El Arbitraje de Inversión”, en *El Arbitraje en Venezuela, estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, 2013.

4 Cfr. Dos Santos P. Olga María, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000.

Este Artículo 4º habilita a “una sociedad...”, calificada como “empresa del Estado”⁵ por su composición accionaria, para que puedan incluir en los contratos⁶ que celebren con particulares, “contratos administrativos o contratos de interés público”, una cláusula arbitral. Sin embargo, nada señala dicha norma sobre la posibilidad de incluir el acuerdo arbitral en el mismo tipo de contratos celebrados directamente por los sujetos de Derecho Público (distintos a esa “sociedad”), a los que se refiere el Artículo 3º de la Ley de Contrataciones Públicas⁷, que regula la actividad del Estado “para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar las capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a la presente ley, de manea de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía”⁸. En nuestra opinión, el Artículo 5º del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas es la norma que abre las puertas y habilita a los “otros sujetos” de Derecho Público, a incluir el “acuerdo arbitral” en los contratos que se suscriban con ocasión de los “acuerdos internacionales de cooperación”, siempre y cuando que no se trate de controversias “directamente

5 Cfr. Badell Madrid, Rafael, “Arbitraje en los contratos de interés público”, en *El Arbitraje en Venezuela, estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, 2013.

6 Cfr. Fraga Pittaluga, Luis, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*, Funeda, Caracas, 2000, p. 79.

7 La presente Ley será aplicada a los sujetos que a continuación se señalan: 1) Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal, Municipal, Central y Descentralizado. 2) Las Universidades Públicas, 3) El Banco central de Venezuela, 4) Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo. 5) Las asociaciones civiles o sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social tengan participación igual mayor al cincuenta por ciento (50%) las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior. 6) Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración estas tengan participación mayoritaria. 7) los consejos comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos. LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS. Gaceta oficial 39.181 19-5-2009 Gaceta Oficial N° 39.503 6-9-2010.

8 Ley de Contrataciones Públicas, Artículo 1º.

concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”. Dicho Artículo 5° señala: “En los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, en los cuales se deberán **aplicar las demás disposiciones legales que regulen la materia de contratación pública**, a los fines de garantizar la participación nacional y establecer las garantías para las operaciones realizadas con la actividad contractual.” (Resaltado nuestro). Asumimos el criterio de que “aplicar las demás disposiciones legales que regulen la materia de contratación pública”, significa aplicar la Ley de Arbitraje Comercial, ya que prevé su aplicación “sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente” (Artículo 1°). De esta manera, cuando una empresa del sector público, y según el criterio precedente, también un sujeto de Derecho Público, decida incluir un acuerdo de arbitraje, en un “contrato de interés público”, con una empresa nacional o extranjera, deberá seguir los lineamientos del señalado Artículo 4° y la normativa contenida en cualquier tratado multilateral o bilateral vigente⁹.

IV. LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE. SENTENCIA DEL 27 DE JUNIO 2012, SALA CONSTITUCIONAL

El Amparo Constitucional, en materia de Arbitraje Comercial, ha sido acogido y desarrollado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Así, en fecha 27 de junio de 2012¹⁰, el Máximo Tribunal dictó una sentencia que resuelve favorablemente la apelación de la inadmisión del Amparo por un Juez Superior.

9 Cfr. Loreto González, Irene, “Los requisitos de validez del Acuerdo de Arbitraje en las empresas del sector público”, en *El Arbitraje en Venezuela, estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, 2013.

10 Sala Constitucional. Sentencia de fecha 27-6-2013. Expediente N° Exp.- 12-0136. Ponente Carmen Zuleta de Merchán. Caso **PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, S.C.A.** y Representaciones **SOLIEMPACK, C.A.**

El caso se refiere a un laudo arbitral dictado por un tribunal colegiado, en donde dos de los árbitros deciden declarar sin lugar la recusación del tercer Árbitro. La parte que recusa al árbitro, interpone una acción de amparo contra ese laudo y el Juez Superior niega el amparo fundamentado en el artículo 6.5 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que excluye la admisión del amparo cuando el accionante tenga una vía ordinaria para resolver su pretensión. El Tribunal Supremo estima que la vía ordinaria no existe para resolver asuntos como el presente, porque la única vía que existe para ir a la jurisdicción ordinaria en materia de Arbitraje, es en el caso de la solicitud de nulidad del Laudo Arbitral, que se circunscribe según la ley, a tres aspectos específicos del laudo, y que la recusación de los Árbitros no es una materia regulada por la Ley de Arbitraje Comercial.

1. *Competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para conocer las apelaciones en materia de amparo constitucional*

Esta sentencia reitera la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para conocer las apelaciones en materia de amparo constitucional: *“En virtud de lo dispuesto en la sentencia de esta Sala N° 1 del 20 de enero de 2000, caso: “Emery Mata Millán”, en el artículo 25.19 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010, reimpressa en Gaceta Oficial N° 39.522 del 1 de octubre de 2010), y a tenor de lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resulta necesario reiterar que le corresponde a esta Sala Constitucional conocer las apelaciones de las sentencias provenientes de los Juzgados o Tribunales Superiores de la República exceptuando los Superiores en lo Contencioso Administrativo, las Cortes de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, en tanto su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal, cuando ellos conozcan la acción de amparo en primera instancia. Conforme lo anterior, visto que la decisión apelada fue dictada en materia de amparo constitucional por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área*

Metropolitana de Caracas, esta Sala se declara competente para el conocimiento de la presente apelación. Así se decide”.

2. Tempestividad del recurso de Apelación

Determinada la competencia, la Sala se pronuncia acerca de la tempestividad del recurso de apelación interpuesto y siguiendo el criterio fijado en la sentencia N° 501 del 31 de mayo de 2000 (caso: Seguros Los Andes) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre los Derechos y Garantías Constitucionales, determina que el lapso de es de tres días contados a partir de la publicación de la sentencia recurrida. En el presente caso, la apelación fue interpuesta tempestivamente.

3. Procedencia de la acción de Amparo en el caso de un laudo que decide la recusación de un Árbitro

“En el caso bajo análisis, la Sala no comparte la afirmación que hizo el a quo constitucional en lo que respecta a que la accionante contaba con el recurso de nulidad del laudo arbitral previsto en la ley para hacer cesar los efectos del acto lesivo, dado que el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil estatuye tres causales de orden taxativo que vician de nulidad la decisión de los árbitros (Vid en sentido pero respecto al artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial la sentencia N° 462/2010), entre las cuales no figura la recusación de los árbitros; y aun cuando podría argumentarse que tal situación se subsume dentro de las previsiones estatuidas en el ordinal 3° de la aludida disposición, la recusación del árbitro Francisco Paz Yanastacio fue planteada por ambos compromitentes en disputa, lo cual comporta una ausencia de consentimiento de las partes en el allanamiento del árbitro recusado dentro de este proceso alternativo de resolución de conflictos, que pudiere convalidar eventualmente la inobservancia de cualquier formalidad esencial en la sustanciación del procedimiento arbitral.

A juicio de la Sala, la recusación o la inhibición de los miembros del tribunal arbitral debe ser previa al acto de juzgamiento, pues de lo

contrario se correría el riesgo de que la causa sometida a arbitraje sea resuelta por quienes carecen de competencia subjetiva para ello, lo que evidentemente contraviene la garantía del juez natural para asegurar transparencia, independencia e idoneidad con la que debe actuar el órgano decisor. En tal sentido, ante la inminencia de amenaza de violación a la garantía de ser juzgado por un árbitro idóneo, independiente e imparcial, resulta innecesario que el recusante espere la publicación del laudo para interponer la acción de amparo constitucional, de tal manera que no se puede vincular el cuestionamiento de la sentencia que resolvió la recusación al laudo arbitral propiamente dicho; para con base en ello derivar la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues, tal y como se refirió, entre los supuestos de nulidad del laudo no figura la recusación, de tal suerte que contra la decisión proferida el 17 de mayo de 2011 no existe recurso alguno, lo cual hace idóneo el ejercicio de la vía de amparo.

4. Efectos de la sentencia que acuerda “el Amparo” contra el “Laudo” que decide la recusación de un Árbitro

Se declara con lugar la apelación interpuesta y, en consecuencia, se revoca la decisión apelada y se repone la causa al estado de que el a quo constitucional se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, con sujeción a lo expuesto en la presente decisión y, en consecuencia, tramite el presente amparo.

V. PREVISIONES DEL REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE CARACAS PARA LA RECUSACIÓN DE UN ÁRBITRO

En nuestra opinión, lo que no Considera la sentencia bajo estudio, es el carácter contractual del Arbitraje Comercial establecido por la Ley de Arbitraje en su artículo 5º, y que conforme al artículo 1.133 del Código Civil, se trata de una convención entre dos personas para constituir y reglar entre ellas, un vínculo jurídico¹¹. Por esta razón, la

11 Cfr. Araque, Luis Alfredo. “El carácter Contractual del Arbitraje Comercial”, en *El Arbitraje en Venezuela, estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, 2013.

Sala Constitucional, ha debido estudiar si el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, en donde se estaba llevando institucionalmente el Arbitraje –y por tanto mantenía su vigor en ese asunto– tenía alguna previsión para resolver la recusación de los Árbitros. En efecto, dicho Reglamento¹², vigente para el caso de autos, preveía:

“ARTÍCULO 43. Recusación. La recusación de uno o más árbitros fundada en su falta de independencia o en cualquier otro motivo, será presentada por cualquiera de las partes ante la Dirección Ejecutiva, mediante escrito, precisando los hechos y circunstancias en que se funda la petición.

Para que la recusación sea procesada, deberá ser formulada por la parte interesada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la designación o dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la parte recusante haya tenido conocimiento de los hechos y circunstancias que fundan su recusación.

La Dirección Ejecutiva otorgará un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación de la recusación, para que el árbitro en cuestión, las partes y los otros miembros del Tribunal Arbitral, formulen sus observaciones respecto de la recusación.

Una vez vencidos dichos plazos, el Comité Ejecutivo decidirá lo conducente. Si procede la recusación, fijará un plazo para que las partes designen el o los árbitros sustitutos. (Resaltado nuestro).

Del artículo precedentemente transcrito, podemos evidenciar cómo los accionantes del amparo contra el “laudo” que decidió la recusación, tenían el “recurso ordinario” de acudir al Comité Ejecutivo para exponer nuevamente las razones de su recusación, y probar sus

12 http://www.arbitrajeccc.org/download/cdt_3.pdf. (Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas vigente de 2005 a 2013), en la actualidad rige un nuevo Reglamento, que en materia de recusación, expresa el mismo contenido en su Artículo 55.

pretensiones, a fin de que dicho Comité Ejecutivo decidiera “lo conducente”.

De la lectura de la sentencia, no se evidencia si se recurrió al Comité Ejecutivo, porque en todo caso únicamente se refiere al “laudo” de los dos restantes árbitros que decidieron la recusación.

Nos conviene recordar “*la íntima relación entre el arbitraje y la transacción*”, como lo denomina el profesor Araque en la obra citada *supra*. En el presente caso el mismo Tribunal Supremo no deja duda de la validez del pacto arbitral, y es por ello que ha debido recurrir indefectiblemente a la norma que regula el procedimiento arbitral, como lo es, es el Reglamento de la Cámara de Caracas, según lo dispone el artículo y 12 de Ley de Arbitraje Comercial venezolana, de 1998, cuando señala que el arbitraje institucional se rige por lo dispuesto en el reglamento del Centro de Arbitraje a la cual las partes se hayan sometido.

Pareciera mas bien que el Tribunal Supremo, hubiera interpretado la recusación y su decisión, como si se tratara de un arbitraje independiente, no sometido al reglamento que rige las funciones del Centro de Arbitraje, que tiene carácter de Ley para las partes que someten su asunto al Arbitraje en ese Centro específico, como lo señala la clausula arbitral del contrato o pacto compromisorio.

En conclusión, podemos determinar que el Tribunal Supremo abrió las puertas del Amparo Constitucional en materia de arbitraje comercial en el caso de la recusación de los árbitros; pero de la lectura de la sentencia en comento no aparece ninguna evidencia sobre el cumplimiento de los extremos de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales para la admisión de la acción , ya que no se considera el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas como una “Ley” que rige entre las partes, y que la parte accionante del amparo tenía el “recurso ordinario” de acudir al Comité Ejecutivo para conocer del presunto “laudo” emanado de los dos árbitros no recusados. En nuestra opinión, la Sala ha debido conocer, comentar y tomar en cuenta en su sentencia la Ley que rige

ese arbitraje, cual es el Reglamento de la Cámara de Caracas, y de esa manera ha debido confirmar la sentencia del Superior que negaba el Amparo, ya que el amparo era improcedente por “no agotar los recursos ordinarios” previstos por la Ley. Entendiendo el arbitraje como una función jurisdiccional, este recurso previsto por el Reglamento de la Cámara de Caracas sobre la recusación de los árbitros, debe ser entendido como un “recurso ordinario”, de los previstos por la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, para ser ejercido por el accionante y que por tanto, no tiene el derecho provisto por dicha Ley para acceder a la vía del Amparo Constitucional.