

ARBITRAJE EN CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO DE NATURALEZA COMERCIAL INTERNACIONAL

*Ramón J. Escovar Alvarado**

Sumario: INTRODUCCION. I CONTRATOS DE INTERES PUBLICO DE NATURALEZA COMERCIAL INTERNACIONAL. 1. *Nociones Preliminares.* 2. *Aplicación de los Principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación de los contratos comerciales internacionales.* 3. *Naturaleza Comercial Internacional.* II. APLICACION DEL PRINCIPIO DE INMUNIDAD RELATIVA. 1. *Planteamiento.* 2. *Reconocimiento de la Inmunidad Relativa en los casos de contratos comerciales internacionales de la Administración que contienen cláusulas arbitrales.* 3. *Argumentación que sugiere la negación de la inmunidad relativa en los casos de contratos comerciales internacionales de la Administración que contienen cláusulas arbitrales.* 4. *Relación entre los artículos 26, 49, 151, 253 y 258 de la Constitución.* III LOS CONTRATOS DE INTERES PUBLICO SOMETIDOS A ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU RELACION CON EL ORDEN PUBLICO TRASNACIONAL. 1. *Noción de Orden Público Interno, Orden Público Internacional y Orden Público Trasnacional.* 2. *Principio de Buena Fe como corolario del Orden Público en los Contratos Comerciales Internacionales.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

El propósito de estas líneas es analizar el Arbitraje en Contratos de Interés Público de naturaleza comercial internacional y, en especial, las implicaciones de la dualidad de sistemas (normas imperativas de Derecho local y normas y principios del Derecho comercial internacional) llamados a regirlos. Más que hacer énfasis en dogmas de Derecho arraigados en la cultura jurídica nacional, pretendemos presentar una perspectiva que tome en consideración las directrices del Derecho Comercial Internacional, necesaria para tener una visión real del mundo globalizado en el que vivimos. Para esto trataremos, en primer lugar, la naturaleza comercial e internacional que pudiesen tener ciertos contratos de interés público. Luego, analizaremos concretamente las diferentes posturas que se presentan frente a la relación entre el arbitraje comercial internacional y el régimen de inmunidad relativa establecido en el artículo 151 de la Constitución de la República (la "Constitución")¹. Y, por último, nos referiremos al impacto que el principio del orden público internacional posee sobre los Contratos de Interés Público.

* Universidad Católica Andrés Bello, Abogado. Universidad de Nueva York (Estados Unidos de Norte América) Master en Derecho Comparado. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), Pasantía como Abogado invitado. Ejerce el Derecho en Steel Hector & Davis.

¹ Constitución Artículo 151: En los contratos de interés público, si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Sin ánimos de apartarnos del propósito del presente análisis (y sin entrar a tratar los controles y efectos que ellos implican ni la división de la doctrina en cuento a su concepto), consideramos conveniente precisar puntualmente la noción de contratos de interés público, consagrados en el artículo 150 de la Constitución². Desde un plano histórico una significativa parte de la doctrina postulaba, en un primer momento, que la noción de contratos de interés público era una subespecie de los contratos administrativos. Sin embargo, actualmente, la tesis imperante es que la noción de contratos de interés público comprende no sólo contratos administrativos sino también contratos de Derecho Privado celebrados por la Administración³. Nosotros nos adherimos a esta última posición.

En efecto, el Estado de comienzos del tercer milenio no se limita únicamente a prestar servicios públicos sino que además lleva a cabo actividades que pueden ser: (i) similares a las de un particular en el orden interno; o (ii) que, aunque son de interés general y utilidad pública, se inscriben dentro de las realizadas por un operador de comercio internacional. En consecuencia, los contratos de interés público abarcan todos aquellos contratos en los que la Administración —en cualquiera de sus formas— es parte y que, en un momento determinado, poseen gran importancia para un sector mayoritario de la sociedad, entendida esta según parámetros geográficos (nacional, regional o estatal).

Como bien lo ha sugerido la doctrina, la clave para comprender la noción de contratos de interés público está en hacer énfasis en el negocio, servicio o actividad que de alguna manera esté relacionada con el interés general o la utilidad pública y no en la forma ni en el régimen del contrato. En otras palabras: es precisamente el fin y propósito de la actividad objeto del contrato la que hace que éste sea de interés público y no el régimen que regula el contrato el que hace que la actividad sea de interés público⁴.

Adicionalmente, se debe hacer hincapié en que la noción de contratos comerciales internacionales versa sobre negocios y actividades que se caracterizan por un gran dinamismo y, por ende, poseen un alto grado de mutabilidad temporal; algunas de las actividades que hace unos años eran consideradas de interés público quizás no lo sean hoy en día. En consecuencia, mal pudiera existir una fórmula o esquema conceptual para determinar si un contrato posee carácter de interés público.

En este contexto, la jurisprudencia venezolana se ha pronunciado sobre el particular en distintas ocasiones. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ("TSJ") ha establecido que son subsumibles en dicho género de contratos todos aquellos celebrados por la República, los estados o los municipios que involucren un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentales de un grupo

² Constitución, artículo 150: "La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

La Ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden o requerir especiales garantías".

³ MELICH ORSINI, JOSÉ, "La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público", En: *Revista de Derecho Público* Nro. 7, Julio-Sept, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981.

⁴ BOSCAN DE RUESTA, ISABEL, "Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público", En: *Revista de Derecho Público* Nro. 14, Editorial Jurídica Venezolana, 1983.

mayoritario de individuos⁵. Por tanto, según el criterio de la Sala Constitucional, un contrato que se materialice en el interés de sólo un sector de la sociedad en cuestión no tendrá carácter de interés público.

Específicamente, en relación con los contratos de interés público nacional, la Sala Constitucional del TSJ ha establecido que :

...estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentales de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma...⁶

Una vez precisada conceptualmente la noción de contratos de interés nacional, pasamos a tratar los temas objeto del presente análisis, a saber:

I. CONTRATOS DE INTERES PUBLICO DE NATURALEZA COMERCIAL INTERNACIONAL

1. Nociones Preliminares

En el mundo globalizado del siglo XXI, toda Administración Pública, en su afán de lograr su *raison d'être* –alcanzar el bienestar y la felicidad de los ciudadanos–, lleva a cabo un sin fin de actividades. Entre estas actividades destacan la interacción con factores extranjeros. Así, por ejemplo: el mismo Estado venezolano celebra contratos con empresas extranjeras para construir puentes, túneles y autopistas; el Instituto Autónomo Aeropuerto Simón Bolívar de Maiquetía contrata con una empresa extranjera la ampliación de su terminal internacional; y PDVSA adquiere una empresa petrolera suramericana o celebra un convenio de asociación con una multinacional Europea. Todos estos contratos poseen, en mayor o menor grado, naturaleza comercial internacional. Como tal pueden ser regidos por normas trasnacionales. Por ende, consideramos acertada la afirmación que cuando el Estado celebra un contrato comercial internacional se obliga a aceptar las reglas del “juego” comercial internacional⁷.

Sin obviar lo antes dicho, a nivel de regulación local, estos mismos contratos comerciales internacionales de interés público se rigen por un sistema de Derecho mixto –tanto de Derecho Privado como de Derecho Público–, el cual se inclinará por una u otra opción dependiendo del grado de utilidad pública y de servicio público perseguido por la Administración en el caso específico⁸. De esta forma, los contratos

⁵ Ver Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de 24/09/02 (Caso *Andrés Velásquez y otros vs. el último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*).

⁶ Ver: *Idem*.

⁷ BÖCKSTIEGEL, KART HEINZ, "The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts involving States or Intergovernmental Organization", En: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement), ICC Publishing S.A. Paris, 2002*, pp. 53 Ver también: SILVA ROMERO, EDUARDO. "ICC Arbitration and State Contracts", En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 13, N°1 Spring 2002, ICC Publishing S.A., Paris 2002, pp. 32.

⁸ BREWER CARÍAS, ALLAN R, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 52.

de interés público de naturaleza comercial internacional se encuentran regulados por una dualidad de sistemas jurídicos, a saber: uno de normas de Derecho interno y otro de Derecho Comercial Internacional. De esta manera, al estar frente a contratos comerciales internacionales de interés público, hay que tener en cuenta tanto el interés público perseguido por la administración como las exigencias del comercio internacional; en especial, el acuerdo celebrado por las partes y derechos económicos del inversionista⁹.

Siguiendo este orden de ideas, debemos apuntar que la aplicación de ciertas normas de Derecho Transnacional o Internacional así como la libertad de la voluntad de las partes en elegir la *lex contractus* de un contrato comercial internacional, recogida en el artículo 29 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado¹⁰, no obvia la aplicación de normas de Orden Público venezolano¹¹. Por tanto, a pesar de que las partes hayan elegido un Derecho extranjero como *lex contractus*, las normas de Orden Público venezolano les serán aplicables al contrato en cuestión.

Ahora bien, es precisamente uno de los propósitos de este trabajo responder a la pregunta de qué ocurre en los casos en que estas normas de Orden Público Interno contravengan normas de Orden Público Transnacional (o, como también son conocidas por un sector de la doctrina comparada: normas de Orden Público realmente internacional). En nuestro criterio, la clave para entender el tema está en conciliar las posibles contradicciones entre las normas imperativas de ambos sistemas jurídicos (Derecho Interno y Derecho Transnacional) llamados a regir a la misma figura contractual.

En este sentido, vale la pena acotar que el aplicar las normas de Orden Público Nacional de cualquiera de los Estados que tengan una conexión sustancial con la disputa comercial (siempre y cuando esas normas no violen el Orden Público Transnacional) es una práctica reiterada en la jurisprudencia arbitral. En todo evento, ello dependerá de las circunstancias del caso en concreto, de la naturaleza de las normas nacionales y de la consecuencia de su aplicación¹².

Sin querer adentrarnos en la eterna discusión entre Administrativistas e Internacionalistas sobre si el Derecho Público Estatal tiene mayor fuerza que el Derecho Internacional, consideramos que efectivamente el régimen mixto de los contratos en que la Administración Pública es parte debe flexibilizarse en los casos en que dichos contratos sean de naturaleza comercial internacional. La aplicación de normas de Derecho Público a contratos en los que la Administración es parte en ningún momento puede significar la marginalización de normas básicas de Derecho Comercial Internacional.

⁹ SILVA ROMERO, EDUARDO, Op. Cit pp. 36. Ver también: FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage Commercial International*, Editions Litec, 1996, pp. 44

¹⁰ Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 29: "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes."

¹¹ Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 10: "No obstante lo previsto en esta ley, se aplicara necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamiento jurídicos."

¹² CRAIG LARENCE y PARK W. WILLIAN, *International Chamber of Commerce Arbitration*, ICC Publishing, Ocean Publications Inc. Paris, 2000, pp. 345.

Aunado a lo anterior, como ha sido destacado por los principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales¹³, por la jurisprudencia y la doctrina comparada, las normas del sistema interno de Derecho Internacional Privado también les son aplicables a los contratos comerciales internacionales de Interés Público^{14 15}.

Así, en congruencia con lo dispuesto por las normas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, en especial por el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, las partes de un contrato Comercial Internacional de interés público poseen la facultad de elegir como *lex contractus* cualquier Derecho, costumbre, usos o principios internacionales (vg.r Principios UNIDROIT)¹⁶. Siguiendo estas directrices, el artículo 31 *ejusdem* hace posible la aplicación de normas, costumbres y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, siempre que cumplan con las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso en concreto^{17 18}.

Todo esto hace que, en el ordenamiento jurídico venezolano, sea válido afirmar que los contratos comerciales internacionales tienen características propias que los diferencian de forma precisa de los contratos internos. Dichas características hacen que, en atención de la justicia, la equidad y la seguridad jurídica, normas concebidas para los contratos de orden interno sean flexibilizadas al aplicarse estas a los contratos internacionales.

2. Aplicación de los Principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación de los contratos comerciales internacionales

Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada han mantenido pacíficamente que los principios UNIDROIT pueden ser aplicables cuando: (i) hayan sido pactado por las partes; (ii) puedan servir como suplemento o soporte a la ley elegida

¹³ Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales (2004), artículo 1.4 (Reglas Imperativas): Ninguna disposición estos Principios restringirán la aplicación de las normas imperativas, bien de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables en concordancia con las normas de Derecho Internacional Privado relevantes. (Traducción libre). Ver también: BONELL MICHAEL, "The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law", En: *Uniform Law Review* 2004, pp 8.

¹⁴ BÖCKSTIEGEL, KART HEINZ, *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 26.

¹⁵ Las normas Derecho Internacional Privado deben entendidas en su concepción amplia; esta es, la que incluye no sólo normas de conflictos sino también normas materiales especiales, cualquiera que sea su origen -nacional o internacional-. Las normas materiales especiales son aquellas que regulan de forma directa las consecuencias de una situación con elementos de extranjería consideramos jurídicamente relevantes por el ordenamiento jurídico. Ver: CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, 2da Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1976, pp. 95.

¹⁶ Ver: Laudo Arbitral CCI de 1998, caso 7110.

¹⁷ Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 31: Además de lo dispuesto en los artículo anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, costumbres y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, siempre que cumplan con las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso en concreto.

¹⁸ Estas directrices también son seguidas por la Ley de Arbitraje Comercial. En efecto, el parágrafo artículo 8 de dicha Ley, en su segundo parágrafo establece que: "Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles."

por las partes para regir el contrato; (iii) o que en ningún Derecho haya sido pactado por las partes¹⁹. Ahora bien, hay que anotar que la edición 2004 de los referidos principios trae una diferencia relevante sobre el tema, a saber: normativización –por vez primera– de la aplicación de los Principios UNIDROIT como instrumento de interpretación o suplementación del Derecho Local elegido por las partes como *lex contractus*.

En efecto, el preámbulo de los principios de la Edición 2004 de los principios UNIDROIT dispone que:

(Propósito de los Principios): Estos principios establecen reglas generales para contratos comerciales internacionales. Deben ser aplicados cuando las partes hayan acordado que sus contratos sean regidos por ellos. Podrán ser aplicados cuando las partes hayan acordado que sus contratos sean regidos por los principios generales de Derecho, la *lex mercatoria* o alguna disposición similar. Podrán ser aplicados cuando las partes no hayan elegido Derecho alguno para regir sus contratos. Podrán ser utilizados para interpretar o suplementar instrumentos de Derecho Uniforme. Podrán ser utilizados para interpretar o suplementar Derecho Local. Podrán servir como modelo para legisladores nacionales o internacionales.

A juicio de la doctrina extranjera, la normativización de la posibilidad de utilizar los principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación de Derecho Local responde al gran incremento de la aplicación de los mismos; especialmente, la llevada a cabo en tribunales arbitrales²⁰. Y sobre este particular conviene citar las decisiones de la Corte de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París –conocida por sus siglas CCI– números: 9333 de 1998, 9651 y 10335 de 2000. Todas estas decisiones han utilizado los principios UNIDROIT para interpretar, suplementar y adaptar normas de Derecho local (concebidas para regular supuestos de contratos internos) a aquellos casos de contratos internacionales.

En nuestro criterio –como explicaremos con detalle *infra*– los principios UNIDROIT pueden ser utilizados para orientar las disposiciones de nuestro Código Civil, siempre y cuando se trate de casos de Contratos Comerciales Internacionales, en virtud de los postulados del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana y del mismo preámbulo de la Edición 2004 de los Principios UNIDROIT de Contratos Internacionales²¹.

Esta postura también puede ser fundamentada desde el campo del Derecho interno en razón del mencionado artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado y de la teoría de la Integración de los Contratos. Sobre este último respecto, se debe tener en cuenta que la integración, noción que tiene su fuente legal en el artículo 1.160 del Código Civil, consiste en la labor del juez de completar el contenido del acuerdo de la voluntad de las partes en aquellos casos en los que se presenten su-

¹⁹ CRAWFORD JAMES y SINCLAIR, ANTHONY, "The Unidroit Principles and their Application to State Contracts", En: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement)*, Paris, 2002, pp. 60.

²⁰ BONELL MICHAEL, Op. Cit. pp 12.

²¹ LDIP, artículo 1: "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamiento jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular por las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados".

puestos no previstos o contemplados por ellas²². Dicha labor debe inscribirse y limitarse a lo dispuesto por el referido artículo 1.160²³.

3. Naturaleza Comercial Internacional

Precisado que el ordenamiento jurídico venezolano permite la aplicación de los principios UNIDROIT en los contratos comerciales internacionales, consideramos pertinente referirnos a qué entiende nuestro ordenamiento jurídico como contrato de naturaleza comercial internacional. En la respuesta de este planteamiento trataremos primero el ámbito geográfico y luego el carácter comercial o no comercial del mismo.

A. Orden Internacional

Siguiendo los postulados sobre la prelación de fuentes en el Sistema de Derecho Internacional Privado Venezolano, establecido por el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolano ("LDIP"), todo supuesto de hecho con elementos de extranjería se regulará por: (i) las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia (Vg.r Tratados internacionales vigentes en Venezuela); (ii) en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; (iii) a falta de ellas, se utilizará la analogía; y (iv), por último, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. En Venezuela se encuentra vigente la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ("Convención de México")²⁴. Dicha convención, a través de su artículo 1, claramente establece que:

"...Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

En contraste con lo anterior, las disposiciones de la LDIP carecen de una definición de Contratos Internacionales. Ha sido la jurisprudencia patria la que se ha pronunciado sobre el tema. Así, la extinta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia a través de la célebre decisión de fecha 10 de octubre de 1997 (caso: *Pepsi vs Embotelladoras Caracas y otros*) estableció que para determinar si un contrato es de orden internacional deben ser tomados en consideración tanto elementos jurídicos (domicilio o nacionalidad de las partes, lugar de celebración, lugar de ejecución, etc) como elementos económicos.

²² Sobre la Teoría de la Integración de los Contratos Ver: MELICH ORSINI, JOSÉ, *Doctrina General del Contrato*, 3ª Edición, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, 1997, pp. 425.

²³ Código Civil Artículo 1.160: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

²⁴ Conviene anotar que la Convención de México faculta a los Estados Partes, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la misma, declarar a qué clase de contratos no ha de aplicarse. Venezuela, en ningún momento declaró que la inaplicación de sus disposiciones a contratos en los que la Administración sea parte.

Lamentablemente, la Convención de México únicamente ha sido ratificada por dos países, México y Venezuela. No obstante, sus postulados bien pueden ser aplicados como principios generalmente aceptados de Derecho Internacional Privado, a los cuales hace referencia el artículo 1 de la LDIP.

Ramón J. Escobar Alvarado

En resumen, en *Pepsi vs Embotelladoras Caracas y otros*, la jurisprudencia venezolana acoge y desarrolla el principio básico del Derecho Comercial Internacional según el cual es de naturaleza internacional todo contrato que tenga influencia en el comercio internacional²⁵. Es de esta manera como la decisión *in comento* logra plasmar una visión de vanguardia, cónsona con las realidades actuales del comercio internacional que exigen una perspectiva que incluya mucho más que elementos jurídicos; razón por la cual es celebrada por la Comunidad Jurídica Internacional.

Por su parte, la doctrina también se ha pronunciado en términos similares. Así, se ha desarrollado sobre las dos perspectivas utilizadas para determinar si un contrato es o no internacional, a saber: la económica y la jurídica. En relación con el criterio jurídico, la opinión actualmente dominante, postula que no es suficiente que uno de los elementos del contrato escape de la soberanía de un Estado para deducir que el contrato tiene carácter internacional²⁶. Cualquier determinación debe tener en cuenta las condiciones y necesidades del comercio internacional. Y, en cuanto al criterio económico, se apunta que debe ser considerado internacional todo contrato que implique un intercambio mercantil entre países siempre que el contrato en cuestión exceda el marco de la economía interna poniendo en juego los intereses del comercio internacional²⁷.

B. Naturaleza Comercial

La doctrina comparada ha señalado muy claramente que para que un contrato de la Administración –en cualquiera de sus figuras– detente naturaleza comercial es necesario que ésta intervenga como un “operador del comercio internacional”, es decir, manteniendo relaciones contractuales con empresas privadas extranjeras²⁸. Así pues, por muy administrativo que internamente sea considerado un contrato, desde la perspectiva del Derecho Internacional, tendrá naturaleza comercial siempre que la Administración actué como un operador de comercio internacional contratando con empresas foráneas.

Sobre este tema, se ha planteado la hipótesis de contratos de interés público donde una controversia sobre la ejecución del contrato sea de carácter netamente comercial²⁹. En este respecto, consideramos que, al analizar cada contrato de la Administración, debe separarse conceptualmente el campo comercial del administrativo. Es decir, es necesario trazar un límite entre la relación contractual en la que la Administración actúa como un operador de Comercio Internacional de las potestades públicas de la Administración, las cuales en ningún momento pueden ser consideradas como comerciales.

A pesar de que en relación con este particular el criterio de la jurisprudencia patria parecía ser conteste con el de la doctrina, una reciente decisión de la Sala Políti-

²⁵ HERNÁNDEZ-BRETÓN, EUGENIO, "Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola", En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 109, Caracas, 1998, pp. 143.

²⁶ ROMERO, FABIOLA, "El Derecho Aplicable al Contrato Internacional", En: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 200, pp. 212.

²⁷ Idém.

²⁸ FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, *Op Cit*, pp. 43.

²⁹ BREWER CARIÁS, ALLAN R, "El Arbitraje y los Contratos de Interés Nacional", En: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Serie Eventos 13, Caracas, 1999, pp. 183.

co-Administrativa de fecha 15 de julio de 2004 (caso *Minera Las Cristinas, C.A. contra Corporación Venezolana de Guayana*) sugiere lo contrario. En efecto, la referida sentencia (en un caso de Contrato Comercial Internacional) tilda de carácter administrativo la rescisión de un contrato mercantil, lo cual –en nuestro criterio– representa un retroceso significativo.

Insistimos: una cosa es la rescisión de la Administración y otra, muy distinta, es la facultad de rescindir. El acto de rescisión bien puede estar inscrito dentro de una relación en donde la Administración actúe como un operador de comercio internacional y, como tal, dicho acto *per se* detenta carácter comercial; la potestad pública –en sí misma considerada– que otorga a la Administración el poder de rescindir ciertos contratos de interés general mal puede poseer carácter comercial. Por tanto, –en nuestro juicio– la referida decisión de la Sala Política Administrativa saca fuera de contexto el balance que debe existir entre la actuación administrativa como agente de comercio internacional y el régimen de Derecho Público interno que rige a la Administración.

II. APLICACION DEL PRINCIPIO DE INMUNIDAD RELATIVA

1. Planteamiento

Una vez establecidos los requisitos necesarios para que un contrato de la Administración sea considerado de naturaleza comercial internacional, pasamos a analizar la relación del Arbitraje Comercial Internacional con la noción de inmunidad relativa, establecida en el artículo 151 de la Constitución, que como ya señalamos, es del tenor siguiente:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

La tesis de la inmunidad absoluta ha sido dejada atrás tanto por el Constituyente venezolano como por gran parte del Derecho Comparado; inclusive, hoy la regla general sobre la materia es permitir la renuncia a la inmunidad³⁰. Así por ejemplo, la Primera Cámara de Casación Civil de la Corte Suprema de Francia, a través de su decisión de 6 de julio de 2000 (caso *Société Creighton Limited vs. Ministres des Fiances du Qatar*), estableció que la celebración por parte de un Estado de una cláusula arbitral reporta dos consecuencias básicas, a saber: (i) su renuncia a cualquier inmunidad de jurisdicción a la que pueda haber tenido beneficio; (ii) el perfeccionamiento de la obligación de ejecutar un eventual laudo arbitral.

A pesar de los postulados del propio artículo 151 de la Constitución y de la unanimidad de criterio tanto en la jurisprudencia como en la doctrina comparada, la jurisprudencia venezolana sobre el tema se caracteriza por carecer de constancia y de organización sistemática. Por un lado, varias decisiones han tomado el criterio –de manera expresa o tácita– que a los contratos de interés público de naturaleza comer-

³⁰ GIRARD, PASCALE, "Aptitude a Compromettre et Immunité de Jurisdiction", En: *Recherche sur l'arbitrage en Droit International et Comparé*, Université Pathéon -Assas (Paris II), Paris, 1997 pp. 98.

cial internacional no les son aplicable la cláusula de jurisdicción exclusiva. Por el otro lado, existen ciertas decisiones que, a pesar de no tratar de manera expresa el particular, desarrollan una argumentación que deja sin efecto y erosiona la inmunidad relativa (Vg.r la ya comentada decisión de la Sala Político-Administrativa de fecha 15 de julio de 2004 (caso *Minera Las Cristinas, C.A. contra Corporación Venezolana de Guayana*).

2. Reconocimiento de la inmunidad relativa en los casos de Contratos Comerciales Internacionales de la Administración que contienen cláusulas arbitrales

La extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, a través de decisión de fecha 17 de agosto de 1999 (caso *Apertura petrolera*), determinó de forma expresa que a los convenios de asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de Hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas tenían carácter comercial y, por ende, no les era aplicable la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en la Constitución de 1961—vigente para la época de la decisión—; parafraseando a la Corte: Todos aquellos contratos cuya naturaleza haga procedente la incorporación de la cláusula arbitral se inscriben dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa³¹. Así pues, los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción exclusiva en todos aquellos casos de contratos de naturaleza comercial en donde la Administración sea parte.

En nuestro criterio, resulta de gran importancia resaltar que la extinta Corte adoptó la postura del maestro MELICH ORSINI, a quien se le solicitó su opinión como testigo experto. El Dr. MELICH fue diáfano en afirmar que:

La expresión “según la naturaleza del contrato” que se utiliza por el artículo 127 (artículo 150 en la Constitución de 1999) no puede interpretarse referida a las notas formales que sirven para clasificar un contrato como derecho público o de derecho privado, o para subsumirlo en alguno de los tipo contractuales de carácter técnico jurídico, sino con referencia a las concretas posibilidades prácticas del negocio en cuestión.

Adicionalmente a la sentencia *Apertura Petrolera*, la jurisprudencia venezolana también se ha pronunciado sobre el tema de manera indirecta, (esta es: cuando el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre la inmunidad relativa pero, sin embargo, sí basa su decisión sobre la premisa que la cláusula de jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos no es aplicable a contratos de naturaleza internacional), en sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa, respectivamente, a saber: (i) 19 de marzo de 2003 (caso *Las Cristinas*); y (ii) 18 de noviembre de 2003 (caso *Aucoven*). En la primera de estas decisiones, la Sala Constitucional da cabida al arbitraje en los contratos administrativos de naturaleza internacional, desde la perspectiva del artículo 258 de la Constitución (promoción del arbitraje); en la segunda, *Aucoven*, a pesar de que se declara la ineficacia de la cláusula

³¹ La Constitución de 1961 consagraba la cláusula de jurisdicción exclusiva en su artículo 127, el cual disponía que: En los contratos de interés público, si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resultas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

arbitral debido a la falta de aprobación por parte del Presidente de la República, por lo menos no niega directamente la posible facultad jurisdiccional del Tribunal Arbitral en el supuesto que la cláusula arbitral hubiere tenido eficacia.

3. *Argumentación que sugiere la negación la inmunidad relativa en los casos de Contratos Comerciales Internacionales de la Administración*

Como señalamos *supra*, la más reciente decisión del TSJ pareciera apuntar al camino opuesto al sentado criterio jurisprudencial sobre el tema. En efecto, la decisión de la Sala Político-Administrativa de fecha 15 de julio de 2004 (caso *Minera Las Cristinas, C.A. contra Corporación Venezolana de Guayana*), además de contradecir el precedente de la Sala Constitucional (sentencia en el mismo caso pero de fecha 19 de marzo de 2003), deja al margen los postulados del artículo 48, 253, 151 y 258 de la Constitución (consagración del principio *pro-arbitri*) al analizar las normas constitucionales referente a la tutela judicial efectiva, lo cual, representa una visión inacabada de la intención del constituyente³². La sentencia *in comento* dispone que:

Es decir, aún cuando las cláusulas vigésima sexta y vigésima séptima del contrato hayan expresado que las vías para resolver los conflictos relativos al mismo, son la amistosa y el arbitraje, como vía única y exclusiva, no restringe la posibilidad de que las partes tengan acceso a la jurisdicción, bien sea a través del procedimiento ordinario o a través de los procedimientos para tramitación de la acción con pretensión de nulidad contra actos administrativos, contenidos en las leyes referidas a la materia, teniendo en cuenta que además, las propias partes decidieron discutir el mismo problema, a través de otros procedimientos judiciales instaurados por la actora antes de la solicitud de formalización del arbitraje.

Aunado a lo anterior, considera esta Sala que el acceso a la jurisdicción (artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) por los diversos medios consagrados en el Texto Constitucional, no puede ser impedido en estas especiales materias, por cláusulas contractuales o convenios entre particulares y un ente público.

A pesar de las interpretaciones constitucionales de la Sala Político-Administrativo del TSJ carecen de fuerza vinculante, la postura por la decisión *in comento* representa un retroceso significativo, tanto en cuanto a la noción del derecho al acceso a la justicia como en materia de Arbitraje. Como veremos con más detalle *infra*, en ningún momento toma en consideración los postulados de los artículos 26³³, 151³⁴ y 258³⁵ de la Constitución.

³² La sentencia, aunque copia el texto del artículo 258 de la Constitución, no analiza sus postulados. Asimismo, queremos resaltar que, en nuestro juicio, resulta al menos controversia la interpretación que da la Sala Político-Administrativa a la decisión que sobre el mismo caso dictó la Sala Constitucional. En efecto, la Sala Constitucional claramente dictamina que, en concordancia con el comentado artículo 258 *eiusdem*, las partes eligieron resolver sus controversias por vía mecanismos resolución alternativas -vía amistosa y arbitraje-. Si la Sala Constitucional hubiera considerado que, en congruencia con los postulados de la Carta Magna, la cláusula de arbitraje era ineficaz, lo hubiera declarado. Por ende, mal puede la Sala Político fundamentar su decisión en argumentos que contrarían la interpretación constitucional realizada por la Sala Constitucional.

³³ Constitución, artículo 26. "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Una interpretación que sistemáticamente tome en cuenta dicha normativa debe entender que en la actualidad gran parte de los agentes del comercio internacional tienen dudas razonables acerca de la idoneidad de los sistemas y procedimientos de justicia a los que pueden quedar sometidos, razón por la cual se ha concebido una institución que calma esos temores al mismo tiempo que garantiza la dinámica del comercio internacional y representa un mecanismo loable, eficaz y expedito para la administración de justicia³⁶. Al menos esa es la perspectiva del constituyente venezolano de 1999. No entendemos por qué la jurisprudencia del TSJ, en especial de la Sala Político-Administrativa, toma la posición contraria.

4. Relación entre los artículos 26, 49 151, 253 y 258 de la Constitución³⁷

Los artículos 26 y 49 de la Constitución consagran como dos de los derechos más importantes del Estado de Derecho, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, los cuales pueden englobarse dentro del denominado derecho de acceso a la justicia³⁸. Estos derechos permiten a los justiciables resolver sus controversias por cualquiera de las instituciones jurídicas (bien sea la jurisdicción judicial o la arbitral) que consideren que darán una mayor protección a sus derechos e intereses.

La Constitución, a través de su artículo 253 y 258, consagra al arbitraje como una institución básica del sistema de justicia venezolano al mismo exige a su pro-

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o repeticiones inútiles”.

³⁴ Constitución, Artículo 253: “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”.

³⁵ Constitución, artículo 258: “La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”

³⁶ En relación con el artículo 151 de la Constitución, ver: RONDÓN DE SANSÓ HILDEGARD, *Ad imis fudamentis, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Parte Orgánica y Sistemas, Caracas, 2000, pp. 100.

³⁷ Sobre el tema ver: Recurso de nulidad contra numeral 4to del artículo 89 de la Ley de Protección al Consumidor presentado por: HERNANDO DÍAZ CANDIA, BERNARDO WEINGER, RAMÓN J. ESCOBAR ALVARADO, y JUAN JOSÉ DELGADO.

³⁸ Constitución, artículo 26: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o repeticiones inútiles”.

Constitución, encabezado del artículo 49: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas ...”

moción. Por tanto, toda interpretación sistemática de la Constitución conducirá inexorablemente a concluir que todo justiciable posee dos vías por las cuales resolver sus controversias, a saber: la justicia judicial y la justicia arbitral. El justiciable puede ser coartado de una de estas vías sólo en desmedro de su derecho fundamental al acceso a la justicia.

Conviene precisar, como bien lo hace la doctrina patria, que el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser entendido como un derecho y no como un deber de los ciudadanos. La justicia, tal cual como fue concebida por el Constituyente de 1999, no significa un poder detentado de manera monopólica y magnánime por el Estado; es un derecho de los ciudadanos —el soberano—³⁹.

La elección del arbitraje como método de resolución de conflictos en ningún momento significa la renuncia o la exclusión absoluta, permanente y para todo propósito de la jurisdicción judicial ordinaria. En lo absoluto. Lo que quiere decir es que una vez las partes hayan celebrado una cláusula arbitral válida, las controversias relativas o relacionadas al contrato o relación comercial en donde ésta se encuentre inmersa serán resueltas, en su fondo, a través de arbitraje.

El control que sobre el laudo arbitral pueda ejercer la jurisdicción ordinaria queda suspendido hasta después que éste sea dictado. Una vez dictado el laudo, la jurisdicción ordinaria, mediante la decisión del recurso de nulidad, vuelve a tener cierto control dentro de los excepcionales y limitados términos del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial⁴⁰.

Por estas razones, toda interpretación del artículo 151 de la Constitución debe tener en cuenta de manera sistemática los postulados de los artículos 26, 49, 253 y 258 *ejusdem*.

III. LOS CONTRATOS DE INTERES PUBLICO SOMETIDOS A ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU RELACION CON EL ORDEN PUBLICO TRASNACIONAL

1. *Noción de Orden Público Interno, Orden Público Internacional y Orden Público Trasnacional*

El sometimiento de contratos de interés público a arbitraje comercial internacional es hoy en día un principio generalmente aceptado en el Derecho Comercial Internacional. Dicho principio es aceptado, desde un punto de vista subjetivo (entendiendo que toda Administración Pública, en cualquiera de sus formas, tiene capacidad para someter a arbitraje comercial internacional un contrato de interés nacional), por Convenciones Internacionales⁴¹, Derecho Comparado, y jurisprudencia de arbitraje Comercial Internacional⁴².

³⁹ HUNG VAILLANT FRANCISCO, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001 pp. 31.

⁴⁰ MAEKELT B. TATIANA y MADRID M. CLAUDIA, "Al Rescate del Arbitraje en Venezuela", En: *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela (Homenaje a Gustavo Planchart Manrique)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, pp. 773.

⁴¹ Por ejemplo la Convención de Ginebra del 21 de abril de 1961, la cual, mediante de su párrafo 1º, otorga la facultad de a las empresas y personas de forma de Derecho Privado de la Administración Pública ha suscribir acuerdo de arbitrajes

⁴² FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, Op. Cit. pp. 338.

De hecho, una diversidad de Ordenamientos jurídicos que no permiten el arbitraje en contratos comerciales internos de la Administración, lo admiten en casos de contratos internacionales⁴³. Así, por ejemplo, el artículo 2060 del Código Civil Francés expresamente prohíbe el arbitraje en contratos comerciales internos de la Administración. Sin embargo, la Corte de Casación Francesa, a través de su célebre decisión de 2 de mayo de 1966 (caso *Galakis*) determinó que la referida prohibición del Código Civil no era aplicable a contratos internacionales celebrado en el ámbito del comercio internacional⁴⁴. La Corte de Casación Francesa, condicionando el carácter comercial internacional a que el contrato en cuestión haya sido celebrado en virtud de las necesidades y las condiciones dispuestas por la costumbre del comercio internacional, determinó que: (i) las partes en litigio no pueden hacer uso de su Derecho Nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral; y que (ii) a pesar de lo dispuesto por el Derecho Interno francés, la Administración sí puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional.

Un gran número de legislaciones y tribunales han adoptado los postulados de la decisión *Galakis*⁴⁵. Así, por ejemplo, el artículo 177(2) de la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza estipula que, una vez perfeccionado el acuerdo arbitral, un Estado —en cualquiera de sus formas— no puede valerse de sus propio Derecho Interno para cuestionar la arbitralidad de la controversia o su capacidad para ser parte de un arbitraje⁴⁶. La base del razonamiento de esta tesis consiste en reconocer la preeminencia del Orden Público Transnacional al Orden Público Interno y al Orden Público Internacional. Sin embargo, antes de profundizar más en este respecto, conviene precisar conceptualmente las diferentes nociones de orden público.

En primer lugar, el Orden Público Interno se encuentra en todas aquellas disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico cuya aplicación no es disponible por la voluntad de los particulares pero que puede estar sujeta o condicionada a una norma de conflicto (por ejemplo: el artículo 18 del Código Civil venezolano —Es mayor quien haya cumplido 18 años—) en supuestos integrados por elementos de extranjería. Por su parte, el Orden Público Internacional está representado por todas aquellas normas imperativas internas que por ser directamente e inminentemente esenciales para la subsistencia política, económica o social del ordenamiento jurídico interno, se aplican inmediatamente en todos los supuestos posibles, inclusive en aquellos que posean elementos de extranjería⁴⁷. Es decir, las normas de Orden Público Internacional no admiten la eventual aplicación de un Derecho extranjero; los

⁴³ Conviene recalcar que muchos de esos ordenamientos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en Venezuela, carecen de normas constitucionales consagrando al arbitraje comercial como un instituto básico y fundamental del sistema del Justicia y que consagran el principio *pro-arbitri*.

⁴⁴ FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, Op. Citpp. 335.

⁴⁵ De hecho, en Francia, esta la doctrina sentada por la decisión *Galakis* ha sido recientemente reiterada por la Primera Cámara de la Corte de Casación Francesa, a través de decisión de fecha 20 de diciembre de 1992 (caso *Dalico*).

⁴⁶ Ver: RODNER JAMES O, "La Anulación del Laudo Arbitral", En: *Libro de Estudios de Derecho Procesal Civil (Homenaje a Humberto Cuenca)*, Colección Libros Homenajes N° 6, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 881

⁴⁷ Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SANCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2000; ROMERO, FABIOLA, "La norma de Aplicación Inmediata o Necesaria", En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nro. 112, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999. pp 127-128; CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, Op. Cit.

elementos extranjeros del caso en cuestión devienen en irrelevantes (vg.r supuestos extranjeros regulados por regímenes de controles de cambios).

Por último, el Orden Público Transnacional consiste en todos aquellos valores de carácter transnacional cuya renuncia o irrespeto haría completamente inviable la interacción de los diferentes agentes de la comunidad mundial y que constituye un verdadero orden público universal o, al menos, común para los Estados civilizados que debe respetarse inclusive en detrimento de normas de imperativas de Derecho Interno⁴⁸. En cuanto a su fuentes, la doctrina francesa ha señalado que éstas pueden ser tanto públicas como privadas. Entre las públicas se encuentran el artículo 39 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁹, el artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia⁵⁰ y el artículo 42 de la Convención de Washington sobre la resolución de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados^{51,52}.

El Orden Público Transnacional se materializa en valores como la libertad en la voluntad contractual, la buena fe, la propiedad, los derechos *jus cogens*, la ejecución de las sentencias extranjeras, la ineficacia de contratos que hayan sido consecuencia de actos de corrupción o de inmoralidad. Es consecuencia de un grado razonable de sensibilidad y respeto en relación con: la comunidad internacional, la capacidad de tribunales extranjeros y transnacionales; y la necesidad del sistema comercial internacional de previsibilidad en la resolución de conflictos⁵³. Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada estiman que éste se manifiesta de las maneras si-

⁴⁸ Ver: RACINE, JEAN BAPTISTE, *L' Arbitrage Comercial Internacional et L' Ordre Public*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 309, L.G.D.J., Paris, pp. 357 y CHILLÓN MEDINA JOSÉ MARÍA y MERINO MERCHÁN JOSÉ FERNANDO, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 654.

⁴⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 38: "Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal".

⁵⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia La Corte, artículo 38, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: "a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59".

⁵¹ Convención de Washington sobre la resolución de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (ii) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley. (iii) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*".

⁵² Ver: RACINE, JEAN BAPTISTE, Op. Cit. 358.

⁵³ Ver: Decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1985 (Caso *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*) Ver también: BORN, GARY B, *International Civil Litigation in United States Courts*, Third Edition, Kluwer Law Internacional, London, 1996, pp. 1019.

guintes: contribuyendo a la formación de reglas específicas adaptadas a las necesidades del comercio internacional; excluyendo –en ocasiones– la aplicación de una norma imperativa de la *lex fori*; protegiendo el orden público de otro u otros Estados o de la comunidad internacional⁵⁴.

Un breve resumen de las consecuencias de la evolución de la influencia del Orden Público Transnacional y su relación con el Arbitraje Comercial Internacional se encuentra en la argumentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la decisión *Mitsubishi Motors*, la cual afirmó que:

En la medida de la expansión del Comercio Internacional en las décadas recientes, también lo ha hecho la utilización del arbitraje comercial para resolver disputas producto de ese comercio ...si (las instituciones de arbitraje internacional) va a tomar un lugar central en el ordenamiento jurídico internacional, los tribunales nacionales deben “sacudirse la vieja hostilidad hacia el arbitraje” y también su acostumbrada e inentendible falta de voluntad para ceder la jurisdicción de las disputas producto de sus leyes domesticas a los tribunales arbitrales extranjeros o transnacionales. En esta medida, por lo menos, será necesario para las cortes nacionales subordinar nociones domesticas de arbitrabilidad a la política internacional que favorece al arbitraje comercial.

La práctica en la jurisprudencia arbitral ha sido dar preeminencia al Orden Público Transnacional ante normas imperativas internas de cualquier Estado interesado. Sin embargo, esto en ningún momento obvia la inobservancia absoluta de normas de Orden Público Nacional o Internacional⁵⁵. En lo absoluto. De hecho, en los supuestos de contratos comerciales internacionales en los que la Administración es parte⁵⁶, el Arbitraje Comercial Internacional también tiene que tomar en cuenta el interés público perseguido por la Administración⁵⁷. Por tanto, debe buscarse conciliar la naturaleza comercial internacional de las transacciones internacionales del Estado –cuando este se comporta como un operador de comercio– con el interés público que caracteriza sus actuaciones⁵⁸. El marginar por completo las normas imperativas de Derecho interno acarraría la inejecutabilidad de los laudos arbitrales que así lo hiciesen. Todo tribunal Arbitral tiene el deber de velar que su laudo pueda ser ejecutado en diferentes ordenamientos jurídico relacionados sustancialmente con el mismo⁵⁹.

En definitiva, la aplicación y el respeto al Orden Público Transnacional implica: (i) el deber de todos los ordenamientos jurídicos a flexibilizar sus normas de Derecho Público, Orden Público Interno y Orden Público Internacional (Normas Imperativas de Derecho Interno) en aquellos casos en que estas puedan traer como consecuencia la violación del Orden Público Transnacional; (ii) el deber de los tribunales de aplicar normas imperativas de los ordenamientos jurídicos relacionados sustan-

⁵⁴ CHILLÓN MEDINA JOSÉ MARÍA y MERINO MERCHÁN JOSÉ FERNANDO, Op. Cit.

⁵⁵ CRAIG LARENCE y PARK W. WILLIAN, Op. Cit. pp. 344.

⁵⁶ Un dato interesante es que de los 500 arbitrajes llevados por la Cámara Internacional de Arbitraje de la CCI en 2000, 49 fueron casos en los que una Administración Pública era parte. En: SILVA ROMERO, EDUARDO, Op. Cit pp. 36

⁵⁷ Sin embargo, sobre este particular hay que tener en cuenta la posición del profesor PIERRE MAYER, (Universidad de París II), -citado por SILVA ROMERO- quien afirma que sólo puede hablarse de contratos en los que la Administración persigue una finalidad pública en el campo de Derecho Interno; en el campo del comercio internacional, el Estado actúa siempre como un operador más Ver Idém.

⁵⁸ Idém.

⁵⁹ CRAIG LARENCE y PARK W. WILLIAN, Op. Cit. pp. 348.

cialmente con el litigio arbitral, siempre y cuando dicha aplicación no acarree la violación del Orden Público Transnacional.

2. Principio de Buena Fe como corolario del Orden Público Transnacional en los Contratos Comerciales Internacionales

Uno de los diferentes corolarios del Orden Público Transnacional y de los principios del Comercio Internacional es la buena fe contractual ("*non venire contra factum proprium*"). En Venezuela se encuentra consagrada en el artículo 1.160 del Código Civil⁶⁰ y, como principio del Comercio Internacional, ha sido recogida por el artículo 1.7 de los principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales⁶¹. La buena fe está integrada por una dualidad de nociones, a saber: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.

La buena fe subjetiva se manifiesta en la entera convicción de un sujeto en que su actuar se encuentra apegado a Derecho; la buena fe objetiva consiste en el comportamiento leal y honesto en la ejecución de las obligaciones⁶².

La jurisprudencia de Arbitraje Comercial Internacional ha afirmado de forma reiterada que la alegación, luego que se ha celebrado la cláusula arbitral, de normas internas que postulan la inarbitrabilidad subjetiva de la Administración es contraria a la buena fe⁶³. Cualquier cuestionamiento de dicha capacidad debe darse antes del perfeccionamiento del contrato en que se encuentre inmersa la cláusula arbitral.

El alto grado de dinamismo que caracteriza el sistema actual de comercio internacional exige un mínimo de consideración con los agentes de comercio; sería perjudicial para el comercio internacional exigirle a sus agentes estar al tanto de la diferente normativa que pudiera ser objeto sus actividades en todos los ordenamientos jurídicos en donde estas pueden tener efecto. Por tanto, ciertas normas internas deben flexibilizarse, de manera tal de no poner al comerciante en una posición más desfavorable que la detentada por la Administración co-contratante ni perjudicar a la inversión extranjera.

La Corte Internacional de arbitraje de la CCI se ha pronunciado sobre el tema en diferentes ocasiones. Así, el laudo CCI 1939 de 1971 determinó que el Orden Público Transnacional jamás podía ser sacrificado en razón de normas imperativas internas; mal puede valerse la Administración contratante de lo dispuesto en su propio Derecho para escapar de la cláusula arbitral cuando la aplicación de ese Derecho

⁶⁰ Código Civil de Venezuela, artículo 1.160: "Los Contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

⁶¹ Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales (2004), artículo 1.7 (Buena Fe y lealtad en el trato): (i) Cada parte debe actuar en concordancia con la buena y lealtad en el trato en el Comercio Internacional; (ii) Las partes no pueden excluir o limitar este deber. Vale la pena destacar que este principio es una de los más aplicados por Tribunales Arbitrales alrededor del mundo. Ver: BONELL MICHAEL, Op. Cit. pp. 8.

⁶² RODRÍGUEZ MATOS, GONZALO, "La Buena fe en la Ejecución del Contrato", En: *Libro Homenaje a Andrés Aguilar*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp.420.

⁶³ Ver: Caso ICC N° 6474 de 1992 En: ARNALDEZ JEAN JACQUES, DERAIS YVES y HASCHER DOMINIQUE, *Collection of ICC Arbitral Awards/ Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1996-2000*, Kluwer Law International, Paris, 2003 pp. 363.

signifique la violación al Orden Público Transnacional. En similares términos se han pronunciado los laudos CCI 2521 y 4381 de 1975 y 1986.

Siguiendo este orden de ideas, resalta el laudo CCI de 30 de abril de 1982 (caso *Framotome v. Organización Atómica de Irán*), el cual de manera tajante afirma que, una vez celebrado el contrato que contiene la cláusula arbitral, la empresa o instituto de la Administración no puede valerse de norma constitucional o legal alguna para argumentar la ineficacia de la referida cláusula en razón de la falta de capacidad del órgano administrativo. Así mismo destaca el laudo 6474, el cual fue contundente en afirmar la buena fe contractual, como corolario del principio de Orden Público Transnacional, requiere que el operador de comercio internacional no este sujeto en una posición más desventajosa que la Administración. La posición desfavorable del operador de comercio internacional ocurriría toda vez que: (i) se declare la ineficacia de una cláusula de arbitraje en razón de cierta normativa de Derecho interno; la cual no fue cumplida al momento de celebración de la cláusula arbitral; y (ii) la administración estaba en mejor posición de conocer dicha normativa.

En resumen, la prohibición o limitación a la capacidad Estatal de someterse a Arbitraje no es per se contraria al Orden Público Transnacional; lo que es contrario al Orden Público Transnacional es la actuación fraudulenta por parte de la Administración de celebrar un convenio arbitral y luego cuestionar su validez en razón de su carencia de arbitrabilidad subjetiva⁶⁴.

Así las cosas, en virtud de estos postulados, consideramos que el criterio establecido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de justicia en su decisión de 18 de noviembre de 2003 (caso *Aucoven*) contraviene la noción de buena fe en los contratos comerciales internacionales y, por ende, el Orden Público Transnacional. En efecto, la Sala Político-Administrativa dictaminó que:

Aún cuando el referido Ministerio de Infraestructura haya dado alguna autorización, ni el texto Fundamental vigente, ni el derogado, ni las leyes ni el contrato le otorgaban la facultad o la competencia para autorizar a la concesionaria a vender ni ceder las acciones de las mismas, a otra sociedad mercantil de capital extranjero, a fin de sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos de las acciones que pudieran ocasionarse con motivo de la ejecución de contrato de concesión; ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas Nacionales (G.O N° 4.719 Extr. del 26-04-94), dicha autorización debía ser acordada por el Ejecutivo Nacional, y no por el Ministerio de Infraestructura.

De las motivaciones anteriormente expuestas se concluye, que al no haberse cumplido los requerimientos legales en el presente caso, la cláusula número 64 invocada por la demandada para sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos de las acciones que se intentaren con motivo de la ejecución del contrato de concesión, en virtud la alegada existencia de un arbitraje internacional, carece de eficacia en cuanto a que pueda sustraerse del conocimiento del Poder Judicial venezolano.

⁶⁴ Ver: DERAIS YVES, *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, Kluwer Law International, Paris, 1993. pp. 85.

Posturas como estas, lejos de representar vivos ejemplos de la soberanía Judicial venezolana, acarrearán el aislamiento jurídico y económico del Ordenamiento Jurídico Venezolano. Esto, a su vez, se ve reflejado en mayor inseguridad jurídica y menor inversión comercial extranjera en el país. En consecuencia, los que piensan que de la violación de un principio de Orden Público Transnacional se puede salir victoriosos, ya que dicha violación no conlleva ninguna sanción jurídica, olvidan el mecanismo de constreñimiento por excelencia utilizado por la comunidad comercial internacional: el boicot. Los tribunales venezolanos podrán seguir dictando sentencias que violan al Orden Público Transnacional hasta que, sencillamente, no haya inversión extranjera en el país.

CONCLUSIONES

1. Los Contratos Comerciales Internacionales poseen características propias que los diferencian de los contratos internos. Dentro de la primera de estas categorías de contratos se encuentran los Contratos Comerciales Internacionales de interés público. A través de ellos, la Administración –en cualquiera de sus formas– actúa como un operador con influencia en el Comercio Internacional.

2. Por su naturaleza misma, los Contratos Comerciales Internacionales de interés público se encuentran dentro de la excepción a la jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos (artículo 151 de la Constitución).

3. Los Contratos Comerciales Internacionales de interés público se rigen por una dualidad de sistemas jurídicos, a saber: uno de Derecho Interno (compuesto tanto por normas de Derecho Privado como de Derecho Público) y otro de Derecho Transnacional. Las partes de dichos contratos pueden elegir cualquier Derecho como *lex contractus*. Sin embargo, se deben aplicar las normas imperativas de Derecho interno siempre que ello no signifique la violación de un principio de Orden Público Transnacional. En este sentido, los ordenamientos jurídicos deben flexibilizar sus normas imperativas en aquellos casos en que estas puedan traer como consecuencia dicha violación. Por su parte, los tribunales arbitrales deben, en aras de hacer ejecutable sus laudos en todos los ordenamientos jurídicos relacionados sustancialmente con los mismos, aplicar las normas imperativas de Derecho Interno (siempre que ello no signifique la violación del Orden Público Transnacional).