

“Orden Público Adjetivo” y Arbitraje

Fernando Sanquírigo Pittevil*

Resumen: El presente trabajo revisa la relación entre el derecho adjetivo de un Estado con la autonomía de la voluntad, a través del estudio de los conceptos fundamentales del arbitraje y la elección de los distintos derechos aplicables al arbitraje.

Palabras Clave: Arbitraje, Orden Público, Autonomía de la voluntad, Derecho Procesal

Abstract: This work reviews the relationship between the procedural law of a particular State with the principle of party autonomy, throughout the study of the key concepts of arbitration and the submission of the different legal regimes applicable to arbitration.

Key Words: Arbitration, Public Order, Party autonomy, Procedural Law

Introducción

No dudamos que existe una relación entre el arbitraje y el Estado. Esto se debe, no solo a la generalizada existencia de leyes nacionales que regulan el arbitraje, además de las convenciones internacionales que regulan la materia, sino también de la necesaria intervención del Estado, en muchos casos, para coadyuvar a todas las partes relacionadas al arbitraje a que los efectos derivados de este se materialicen, y se hagan ejecutables dentro de sus fronteras.

Lo que no queda claro, debido al debate que existe en la doctrina, es la medida en que se verifica esa relación entre el Arbitraje y el Estado. Ello se debe, en muchos casos, a que algunas jurisdicciones estatales han intervenido activamente en los arbitrajes,

* Abogado de la Universidad Monteávila. Especialista en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana. Abogado en InterJuris Abogados, S.C. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Profesor de Derecho en las Universidades Monteávila, Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro de la Lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Director Académico del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Subdirector de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. fernando.sanquirico@interjuris.com

judicializando o procesalizando este método de resolución de controversias, lo que ha generado en algunos el convencimiento de la obligatoria intervención.

Esta intervención del Estado en el Arbitraje, según algunos de los que sostienen su obligatoriedad, puede configurarse en distintos grados, ya sea a través de la revisión necesaria de los laudos emanados de los tribunales arbitrales¹ (control externo); ya sea mediante el control procedimental del arbitraje, el cual se manifiesta de distintas maneras (control interno) a saber (i) mediante la ley de arbitraje; (ii) mediante la sustracción de materias arbitrales; (iii) mediante la aplicación obligatoria de ciertas normas al arbitraje; entre otros.

El presente trabajo estará enfocado en revisar el control interno del arbitraje, únicamente desde la perspectiva de la aplicación de las normas procedimentales de los Estados al arbitraje, lo que hemos denominado la procesalización del arbitraje; debido a la confusión que existe al momento de hacer una distinción entre la obligatoriedad de las normas procesales estatales y la posibilidad de la renuncia a su aplicación al momento de sumisión al arbitraje por las partes.

La autonomía de la voluntad y arbitraje

Desde el inicio mismo de la sociedad se encuentra que las personas que la conforman gozan de plena autonomía para establecer la forma en cómo se conducen sus relaciones, y en el caso de que dichas relaciones trasciendan al campo jurídico, encontrarán algunas limitaciones impuestas por el derecho, al que estas personas están vinculadas.

Si bien la libertad que tienen las personas se remonta al inicio mismo de la sociedad, no es sino hasta el s. XIX que el derecho acuña el término *autonomía de la voluntad*,² el cual es un término de general aceptación y conocimiento en el estudio de la ciencia

¹ Por ejemplo la necesidad de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos de acuerdo a la Ley de Arbitraje de República Dominicana de 2008; o de la antigua regulación del arbitraje en Argentina en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

² Ver DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural» En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. No. 1. RVLJ. Caracas, 2013, p. 41

jurídica.³ Esta noción, tal y como la conocemos hoy en día, “es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. Enraizada en el individualismo jurídico, la autonomía de la voluntad encuentra sus fundamentos en las obras de Grocio, Puffendorf, Kant y Wolff”;⁴

Es en ejercicio de la autonomía de la voluntad, manifestada a través de la vinculación contractual de las personas, que el arbitraje cobra vida; siendo entonces este método de resolución de controversias una manifestación voluntarista, que con efectos procesales,⁵ vincula a las partes para que diriman sus controversias, enmarcado dentro de los parámetros que privadamente las partes han determinado.⁶

Estos parámetros que las partes establecen para llevar a cabo la resolución de los eventuales conflictos que puedan surgir, o que hayan surgido, han sido regulados por los Estados a través de leyes de arbitraje, así como por convenciones internacionales que, en la mayoría de los casos, han respetado el ejercicio de la autonomía de la voluntad, para de esta forma darle reconocimiento a las decisiones emanadas de los procedimientos arbitrales.

Lo anterior, no implica que el arbitraje es una institución que existe gracias al reconocimiento estatal, ni que las personas no podrían acudir al arbitraje sin que mediara su reconocimiento por parte de los Estados. El arbitraje, como manifestación del derecho natural⁷ –puesto que, entre otras cosas, es inclusive anterior a la existencia misma del Estado, ya que “es fácil concebir que en una sociedad primitiva dos personas en conflicto,

³ Podemos decir que el principio de autonomía de la voluntad es casi universalmente reconocido, siendo que en el sistema venezolano está recogido en diversas normas, pero principalmente en los artículos 1133 y 1159 del Código Civil.

⁴ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados» En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 792

⁵ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El rol del Orden Público en el arbitraje comercial internacional» En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. No. 126 Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2006, p. 82

⁶ OPPETIT, Bruno: Teoría del Arbitraje. Legis. Colombia, 2006, p. 67

⁷ BORJAS, Arminio: Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tomo V. Editorial Atenea. Caracas, 2007, p. 11

que hayan desechado resolverlo por la fuerza, acudan a un tercero para que les ayude a solucionarlo...”⁸ es posible que sea utilizado por los particulares con independencia de su reconocimiento estatal.

Lo anterior no quiere decir que la regulación Estatal del Arbitraje sea negativa, o incluso no tenga una utilidad importante. En efecto, los derechos y las obligaciones que se generan en el procedimiento arbitral no existen en un vacío, “...sino que deben encontrar su lugar dentro de un sistema jurídico al que pueda recurrirse para decidir cuestiones tales como la validez, aplicación e interpretación de los contratos y, en general, para complementar sus disposiciones expresas”,⁹ cuestión que no escapa de la regulación estatal, y cuya efectividad se vería, en algunos casos, impedida, dependiendo de la medida del reconocimiento que dan los Estados a la autonomía de la voluntad.

A pesar de la regulación de la que goza el Arbitraje, en muchos casos es necesaria la estipulación de determinadas normas que las partes pueden libremente establecer, ya sea mediante la creación normativa por medio de cláusulas contractuales, o mediante la incorporación por referencia de determinadas normas (sean de las denominadas normas *soft* o no) que establecerán las reglas por las cuales la relación arbitral de las partes se materializará en caso de un conflicto.

La confluencia de Derechos

En la relación arbitral –general pero no exclusivamente en el arbitraje internacional–¹⁰ confluyen varios derechos, los cuales regulan las distintas relaciones que surgen con

⁸ Anzola, J. E: «Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela» En El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Sabias Palabras. Caracas, 2013, p. 19

⁹ Lord McNair, The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations, citado por REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006, p. 152

¹⁰ No creemos en la distinción que se hace del arbitraje entre “nacional” e “internacional”, puesto que un arbitraje netamente “nacional” puede generar efectos internacionales como por ejemplo la necesidad de la ejecución de un laudo en un territorio distinto del lugar del arbitraje, sin contar, entre otros, con algunos efectos fiscales internacionales, o inclusive efectos patrimoniales que trascienden las fronteras del lugar del arbitraje “nacional”. Establecer la distinción entre arbitraje “nacional” e “internacional”, aparte de haber llevado a algunos países a regular de forma distinta a estos arbitrajes –inclusive con regulaciones excesivamente judicializadas– (como sucede en Colombia), puede crear efectos adversos y reticencias

motivo de esa relación arbitral. Estos derechos que regulan el arbitraje pueden ser, según la doctrina:

- (i) el derecho por el que se rige la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral;
- (ii) el derecho por el que se rigen el acuerdo arbitral y su cumplimiento;
- (iii) el derecho por el que se rigen la existencia del tribunal arbitral y los procedimientos, *lex arbitri*;
- (iv) el derecho, o las normas jurídicas pertinentes, que rigen las cuestiones controvertidas de fondo, comúnmente conocido como “derecho aplicable”, la “ley que rige el fondo”, el “derecho aplicable al contrato” o “derecho sustancial”
- (v) el derecho por el que se rigen el reconocimiento y la ejecución del laudo (que en la práctica puede resultar ser no uno sino dos o más regímenes cuando se pide el reconocimiento y la ejecución en varios países en los que la parte vencida tiene bienes o se cree que los tiene).¹¹

En la mayoría de los casos, el derecho que rige la capacidad de las personas que celebran el acuerdo de arbitraje, así como el derecho que rige el el reconocimiento y ejecución del laudo, son normas indisponibles, por ser consideradas de las normas denominadas de orden público (el cual revisaremos más adelante). Sin embargo, las normas que rigen la relación arbitral en sí misma, son de libre elección y disposición, lo cual indiscutiblemente no es algo novedoso en las relaciones que surgen en virtud de un contrato.¹²

por parte de actores económicos (sean nacionales o internacionales) a rechazar alguno u otro “tipo” de arbitraje, desnaturalizando su función de método de resolución de controversias.

¹¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006, p. 153

¹² Como establece HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Admisión del principio de autonomía de voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de derecho internacional privado» En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. No. 71. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1988, pp. 381-382 “Planteado en sus justos términos, el problema de la admisión y extensión del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual internacional se encuentra germinalmente concebido en el siglo XV por Rochus Curtius, aun cuando sólo haya sido en el siglo XVI cuando Carolus Molineaus (Du Moulin) formuló tanto en su *Concilium LIII*, como en su *Commentaire sur le Code Justinien*, libro I, título I, y muy especialmente con motivo de la consulta de los esposos De Ganey, el principio de que las partes contratantes en un contrato que presenta puntos

Ahora bien, como mencionamos más arriba, nuestro enfoque en el presente trabajo no se centra en la revisión de la posibilidad de que las partes puedan elegir el derecho aplicable al acuerdo arbitral y su cumplimiento, esto es, el derecho que regula la existencia y validez del acuerdo arbitral (ii); ni en la elección aplicable al fondo de la controversia que será arbitrada (iv); de las cuales parece existir un consenso generalizado sobre la posibilidad de su libre elección. Como dijéramos, el presente trabajo se enfoca en la revisión de la posibilidad de elegir el derecho procesal aplicable al arbitraje –*lex arbitri*, *lex loci arbitri*, o derecho procesal arbitral–, así como su relación –si es que existe– con las normas ordinarias de procedimiento del Estado al cual está vinculado el arbitraje.

Lex arbitri

No cabe duda de que cuando las partes deciden, en virtud del ejercicio de su autonomía de la voluntad, someter una o varias disputas, presentes o futuras, a arbitraje, el efecto por consecuencia, respecto de la jurisdicción del Estado que hubiese conocido la controversia, es que queda excluida por efecto de la determinación volitiva de las partes,¹³ lo cual, además, está recogido en los artículos II(1) y II(3) de la Convención de Nueva York,¹⁴ artículos 5 y 8(1) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, entre otros. Esta exclusión, se debe, entre otras razones, al principio general que establece que no puede existir más de una jurisdicción que conozca sobre el mismo conflicto.¹⁵

de contacto con varios sistemas jurídicos simultáneamente vigentes podía escoger la ley que regiría su acuerdo.”

¹³ MORALES, María Cristina: «Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional» En: El Contrato de Arbitraje. Legis-Universidad del Rosario. Colombia, 2008, pp. 697-698; BORN, Gary: International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer. Holanda, 2016, pp. 67-68

¹⁴ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, cuyo contenido lo explica BORN, Gary: International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer. Holanda, 2016, p. 66 al establecer que “These provisions enforce de negative effects of an arbitration agreement, by requiring either the stay or dismissal of national court litigation. Any other action by a national court, dealing with the substance of an arbitrable dispute, is contrary to the obligation to “refer the parties to arbitration.” Where the Convention applies, may authorities hold that Article II(1) and II(3) impose a mandatory (not discretionary) obligation to give effect to arbitration agreements.”

¹⁵ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El Acuerdo de Arbitraje como Excepción al Ejercicio de la Jurisdicción» En: Derecho Procesal Civil. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, p. 721

Es importante señalar que, cuando hacemos referencia en el presente trabajo a la *lex arbitri*, nos referimos a lo que la doctrina ha propuesto como la *lex arbitri* externa, la cual es la ley que regula la relación que existe entre el procedimiento arbitral y la jurisdicción de un Estado determinado, que regula específicamente (i) la forma y contenido de la intervención judicial en el arbitraje respecto de la asistencia, supervisión y control del arbitraje; (ii) el tribunal que sería competente para realizar los supuestos anteriores; (iii) la determinación de la arbitrabilidad de la disputa; (iv) la forma en que el tribunal puede asistir en el nombramiento de los árbitros, dado el caso, por ejemplo, de un arbitraje *ad hoc*; (v) la posibilidad de que la jurisdicción estatal dicte medidas provisionales; entre otros.¹⁶

En contraposición, se encuentra la *lex arbitri* interna, a la cual no nos referiremos en el presente trabajo, la cual son las normas procedimentales del arbitraje en sí mismo considerado, y cuyo contenido está completamente regulado por las partes de la relación arbitral, ya sea por sometimiento a un reglamento de arbitraje o a otra norma de contenido *soft*, o por haber sido las partes las que en su contrato arbitral lo dispusieron. Esta *lex arbitri* interna usualmente contiene las normas relativas a (i) la constitución del tribunal arbitral y la forma en que pueden ser recusados, removidos o reemplazados los árbitros; (ii) el procedimiento arbitral respecto de las partes, esto es, lapsos, escritos, comunicaciones entre estas y el tribunal, audiencias, temas probatorios, etc; (iii) forma del laudo, deliberaciones del tribunal; entre otros.¹⁷

Ahora bien, por política legislativa de los Estados, y bajo recomendación de UNCITRAL,¹⁸ los Estados han promulgado sus propias leyes de arbitraje, las cuales se configuran

¹⁶ MISTELIS, Loukas: «Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to “*Lex Arbitri*”» En: American Review of International Arbitration. Columbia Law School. New York. 2006, pp. 165-167

¹⁷ MISTELIS, Loukas: «Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to “*Lex Arbitri*”» En: American Review of International Arbitration. Columbia Law School. New York. 2006, pp. 165-167

¹⁸ La sesión 64 del 4 de diciembre de 2006 estableció que se “..recomienda a que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno... de la Ley Modelo revisada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional... cuando aprueben o revisen sus leyes...”. Disponible en línea: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf (Última consulta el 12/10/2019)

como *lex arbitri* externa, que tal como mencionámos, el efecto no es otro que (i) regular de forma general el procedimiento arbitral, usualmente estableciendo principios procesales básicos (igualdad entre las partes, derecho a la defensa, entre otros);¹⁹ (ii) conceder preeminencia a la autonomía de la voluntad en la conducción del arbitraje;²⁰ (iii) prevenir a la jurisdicción estatal de intervenir en los procedimientos arbitrales; (iv) establecer reglas que regulan la asistencia que debe dar la jurisdicción estatal en el arbitraje;²¹ entre otros.

Como toda elección de derecho, la elección del derecho procesal del arbitraje, *lex arbitri*, es potestativo de las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad; el cual sin duda puede diferir del resto de las leyes que rigen la relación arbitral (ver § II.A). Pero ¿podría elegirse una *lex arbitri* distinta a la del Estado que dictó la ley? Esta pregunta engloba otras que son necesarias responder para poder lograr una respuesta a la primera.

En primer lugar, debemos dirigir nuestra atención a la naturaleza de la *lex arbitri*, así como a la posibilidad que tienen las partes de elegir como *lex arbitri* a una norma no estatal (p.e. la Ley Modelo UNCITRAL) para que se configure como la ley procesal del arbitraje. Inclusive es necesario preguntarse si puede existir un arbitraje que no esté regulado por ninguna *lex arbitri*.

Dar respuesta a la última pregunta no es tarea fácil y escapa del objeto del presente trabajo; sin embargo, debemos anotar que, la necesidad de determinación de una *lex arbitri* depende de la concepción del arbitraje que se tenga sobre el mismo, es decir, si

¹⁹ Establece REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006, p. 159 que "El análisis precedente respecto del contenido de la *lex arbitri* permite observar que la mayor parte de las leyes nacionales en materia de arbitraje (si no todas) legislan puntos generales, como la necesidad de conferirle igual trato a las partes, en lugar de sentar reglas procesales específicas, como las referentes a la oportunidad del intercambio de declaraciones testimoniales o la presentación de escritos anteriores a la audiencia.

²⁰ BORN, Gary: International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer. Holanda, 2016, pp. 117-118

²¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006, pp. 152-153

se cree que el arbitraje es, por su naturaleza, anacional, localizado o pertenece al sistema denominado *westfaliano*.²²

Si se atiende a la concepción del arbitraje por se anacional, o a la concepción que lo refiere como un sistema *westfaliano*, entonces pareciera que la implicación de la *lex arbitri* podría ser, si no innecesaria o carente de sentido, como una ley con poca incidencia dentro del arbitraje. Si por el contrario, se adoptase la concepción localizada del arbitraje, entonces la necesidad de una *lex arbitri* es, no solo pertinente, sino necesaria.

En todo caso, la necesidad de una norma que regule el arbitraje parece latente, así sea con el propósito último de que exista un reconocimiento y posterior ejecución del laudo arbitral por parte del Estado en donde la ejecución es requerida.²³ Sin embargo, no creemos obligatorio que las partes determinen la existencia de una *lex arbitri* para que el arbitraje pueda ser llevado a cabo, y tampoco para que exista un reconocimiento de los efectos del arbitraje (p.e. medidas cautelares o laudos).

Bajo la premisa anterior, entonces tampoco pareciera importar que las partes establezcan la aplicación de una *lex arbitri* que sea (i) propuesta *in extenso* en su contrato arbitral; (ii) una ley formal de un Estado; o (iii) por referencia a una norma *soft* como es, por ejemplo, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.²⁴

²² Ver a tal efecto GAILLARD, Emmanuel: Legal Theory of International Arbitration. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2010

²³ Sin embargo esto no quiere decir que la *lex arbitri* sea totalmente necesaria para el reconocimiento y ejecución. Aunque el autor de este artículo no tiene conocimiento de algún Estado que no cuente con una Ley de Arbitraje interna, no quiere decir que el supuesto de requerimiento de ejecución de un laudo en una jurisdicción carente de Ley de Arbitraje sea de plano negada. Esto se debe a que (i) puede darse el caso, aunque improbable, que dicho Estado haya ratificado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras u otra Convención internacional con los mismos efectos; o (ii) que dicho Estado requiera de un acto posterior para el reconocimiento del laudo, ya sea por considerarlo un título ejecutivo, un contrato u otro instrumento de naturaleza privada, en virtud de la autonomía de la voluntad, o por someterlo a un procedimiento de Exequátur por considerarlo una decisión emanada de una instancia jurisdiccional.

²⁴ Stehen Toope, Mixed International Arbitration, citado por REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006, p. 160

Esto nos lleva a responder a nuestra primera pregunta, es decir, si puede obligarse a la jurisdicción estatal a resolver las cuestiones incidentales de un arbitraje en curso, cuya sede es dicho Estado, bajo la *lex arbitri* de otro Estado o inclusive bajo una norma *soft*.

En primer lugar, debemos establecer que la *lex arbitri*, en su generalidad contiene proposiciones que son de contenido sustantivo, así como proposiciones de contenido adjetivo. Bajo esta óptica, la mayoría de las normas de contenido sustantivo de las leyes de arbitraje son normas disponibles, por lo que, las partes pueden decidir su aplicación o no. Sin embargo, las normas que, por ejemplo, establecen las materias que no son arbitrables por considerarse de orden público estatal, no pueden ser relajadas por los particulares.²⁵

Por su parte, las normas de contenido adjetivo que, usualmente, contiene una ley de arbitraje son de dos tipos. Las primeras, que establecen las normas procedimentales relativas al arbitraje *ad hoc*, que regulan ese procedimiento en ausencia de determinación procedimental de las partes. Este tipo de normas, como se puede observar, regulan el procedimiento arbitral siempre y cuando las partes no determinen sus propias reglas procesales, lo que las hace normas adjetivas disponibles.²⁶

Distintas son las normas procesales que determinan u ordenan la actuación de la jurisdicción estatal en caso de que sea requerida su actuación relacionada con el Arbitraje, como por ejemplo, la determinación del tribunal competente por materia para conocer del Recurso de Nulidad, los lapsos procesales que deben seguirse en dicha jurisdicción, o la obligatoria ayuda que deben prestar en caso de medidas cautelares.²⁷

²⁵ Por ejemplo, el Art. 3 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Igualmente, el artículo 4 de dicha Ley que establece la norma relativa a la capacidad que tienen las Empresas del Estado venezolano.

²⁶ Ver artículo 15 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

²⁷ Deliberadamente dejamos por fuera las causales de anulación de un laudo, debido a que creemos firmemente que, tal y como sucede en algunos países de Europa, las partes pueden acordar que no exista ningún recurso contra el Laudo arbitral, incluido dentro de estos recursos el de nulidad, así como también la posibilidad de que las partes puedan desincorporar o incorporar causales de nulidad del laudo.

Ahora bien, como adecuadamente se expuso en la sentencia Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd en las Cortes Inglesas²⁸

Hoy en día está sólidamente establecido que mas de un sistema de derecho nacional puede aplicar en el arbitraje internacional. En este sentido, está el derecho que regula los derechos y deberes sustantivos de las partes del contrato del cual emana la controversia. Excepcionalmente, este derecho puede diferir del derecho nacional que rige la interpretación del contrato cuya disputa es sometida a arbitraje. Más excepcional es que puede diferir del derecho nacional aplicable que las partes han, expresa o tácitamente, establecido para que regule la relación entre ellas, los árbitros y la conducción del arbitraje: la ley procesal del arbitraje (curial law), como suele denominarse.²⁹

Lo anterior implica que –si bien es muy excepcional que surja el escenario, el cual además es sumamente inconveniente–³⁰ es posible e incluso legalmente aceptable³¹ que se establezca una *lex arbitri* de, por ejemplo, Alemania para que regule un arbitraje en Suiza. La complicación puede entonces darse en el caso de que, por ejemplo:

²⁸ *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd*. Disponible en línea: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLawReports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf> (Última Consulta 10/10/2019)

²⁹ Traducción del autor, cuyo original es “It is by now firmly established that more than one national system of law may bear upon an international arbitration. Thus, there is the proper law which regulates the substantive rights and duties of the parties to the contract from which the dispute has arisen. Exceptionally, this may differ from the national law governing the interpretation of the agreement to submit the dispute to arbitration. Less exceptionally it may also differ from the national law which the parties have expressly or by implication selected to govern the relationship between themselves and the arbitrator in the conduct of the arbitration: the “curial law” of the arbitration, as it is often called.”

³⁰ BORN, Gary: *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer. Holanda, 2016, pp. 40-41

³¹ Como bien se estableció en la Sentencia *Naviera Amazónica Peruana SA v Compañía Internacional de Seguros del Perú*, tomado de HENDERSON, Alastair: «*Lex Arbitri*, Procedural Law and The Seat of Arbitration» En: *Singapore Academy of Law Journal*. N° 26. Singapur, 2014, p. 903 “The limits and implications of any such agreement have been much discussed in the literature but apart from the decision in the instant case there appears to be no reported case where this has happened. This is not surprising when one considers the complexities and inconveniences which such an agreement would involve.”

El tribunal suizo probablemente no esté dispuesto a fallar en función del derecho procesal alemán; probablemente el tribunal alemán no esté dispuesto a fallar respecto de una cuestión procesal cuya ejecución no podría ordenar directamente, dado que el arbitraje no está radicado en su jurisdicción territorial.³²

Creemos que lo anterior es posible siempre y cuando la determinación de la *lex arbitri* aplicable, no contradiga los postulados obligatorios reservados exclusivamente al Estado cuya jurisdicción conoce el asunto, en cuyo caso prevalecerán las disposiciones determinadas en ese último Estado.

“Orden Público Adjetivo” y Arbitraje

La exposición anterior nos obliga a revisar la relación que existe entre el Derecho Adjetivo y el arbitraje. En primer lugar, debemos establecer que no es un error que el presente trabajo contenga entre comillas la expresión “Orden Público Adjetivo”. Esto se debe a que existe, en parte de la doctrina procesal, la creencia de que el Derecho Adjetivo se encuentra *in totum* enmarcado dentro del Orden Público.

La premisa anterior, lleva a los que sostienen esa doctrina a establecer que dentro del Arbitraje regulado bajo la *lex arbitri* de un Estado determinado, deben aplicarse las normas adjetivas vigentes –en tanto de Orden Público–, tal y como si se tratase del procedimiento judicial aplicable en la jurisdicción estatal, (p.e. las reglas sobre pruebas)³³, y por tanto sustrayendo de las partes el principio de autonomía de la voluntad, tan fundamental para la relación arbitral. De esta forma tal y como como explicamos más arriba,

...el arbitraje tiene por origen la voluntad de las partes: mientras que el juez público goza de una investidura general en razón de

³² REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006, p. 165

³³ M, Mustill & S, Boyd, Commercial Arbitration citado por BORN, Gary: International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer. Holanda, 2016, p. 117

su calidad personal de magistrado, el árbitro, como juez privado que es, sólo ha recibido de las partes una misión de naturaleza jurisdiccional para dirimir el litigio o la categoría de litigios para los cuales fue instituido.³⁴

Así, por tanto, pareciera que el Arbitraje es siempre posible, en tanto no contravenga las disposiciones fundamentales de Orden Público del Estado en que (i) se esté llevando a cabo dicho arbitraje; (ii) tienen efecto las medidas cautelares dictadas en el arbitraje; o (iii) se busque la ejecución del laudo arbitral.

Como bien se sabe, el Orden Público cuando se encuentra presente, toma un matiz negativo, excluyendo cualquier posibilidad de relajar la norma imbuída de Orden Público en virtud de la autonomía de la voluntad, o dicho de otro modo, la norma con contenido de Orden Público está

dirigida a impedir toda clase de actos y negocios jurídicos que pudieran implicar renunciaciones, derogaciones o relajamientos de ciertas leyes consideradas como base de nuestra organización política, social, económica o moral, que son calificadas por algunos autores, como la “postulación individualista de un Estado-policía”.³⁵

Ahora bien, tal y como sucede con cualquier orden normativo, es preciso que se establezca que, es poco común que dentro de una Ley-texto³⁶ todas las disposiciones

³⁴ OPPETIT, Bruno: Teoría del Arbitraje. Legis. Colombia, 2006, p. 67

³⁵ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados» En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 796

³⁶ En el sentido dado por SANCHEZ-COVISA, Joaquín: La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2007, 27; que establece que “Una ley-texto es una entidad constituida por una “ley proposición” o, lo que es mucho más frecuente, por un conjunto de “leyes-proposiciones”, aprobadas conjuntamente por el Poder Legislativo y publicadas en un texto único y orgánico bajo una rúbrica común.”

sean de Orden Público, siendo en la generalidad de los casos que, dentro de una Ley-texto coexistan disposiciones normativas con o sin contenido de Orden Público.

Así, no negamos que dentro de las disposiciones normativas de, por ejemplo los Códigos Civiles y/o de los Códigos Procesales de cada Estado, coexistan normas tanto de Orden Público, como normas dispositivas. Pero ¿es esto suficiente como para establecer que dentro del arbitraje no se aplican las normas procesales? Según lo que creemos, no.

En primer término, debemos insistir en que la elección del arbitraje, como método de resolución de una controversia, es una elección que, por disposición de las partes, excluye a la jurisdicción de un Estado del conocimiento de dicha controversia. En este sentido, el Arbitraje en tanto justicia de carácter privado no tiene “vínculo orgánico con el soberano, no se incorpora en ningún ordenamiento preestablecido y goza de una total *autonomía* dentro del marco de las reglas contractuales, estatutarias y legales que la rigen.”³⁷

Es así, como dejamos sentado anteriormente (ver § II.A) que, dentro del Arbitraje confluyen distintos derechos que las partes libremente disponen, siempre y cuando la determinación de ese derecho aplicable no contravenga las disposiciones de Orden Público del derecho estatal aplicable, quedando sentado que la elección del derecho aplicable no vincula al arbitraje a todo el ordenamiento jurídico seleccionado.

Esto se debe a que, por ejemplo, (i) la elección del derecho sustantivo aplicable al contrato de arbitraje pueden ser las reglas sobre existencia y validez de los contratos de Colombia, lo que implicaría que no aplicarían las demás leyes colombianas sino única y exclusivamente las disposiciones civiles de la materia; (ii) la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia podría ser el derecho chileno, lo que tuviese una aplicación exclusiva respecto de las normas sustantivas aplicables al negocio jurídico en conflicto; y (iii) la aplicación de la *lex arbitri* podría ser la de Brasil, lo que implicaría la

³⁷ OPPETIT, Bruno: Teoría del Arbitraje. Legis. Colombia, 2006, p. 62

aplicación única del derecho referente al arbitraje –mas no procedimental– bajo el amparo de ese derecho.

Especialmente en el caso venezolano, la mera incompatibilidad con el Orden Público no es ni si quiera óbice para que el Estado considere la inaplicación del resultado del arbitraje (dígase la medida cautelar, el laudo u otra decisión que pueda ser sometida a consideración de la jurisdicción venezolana), sino que al aplicar el Derecho extranjero, entendido este como todo derecho no venezolano, por lo que se incluyen las normas *soft* aplicables por disposición de las partes, así como los usos y costumbres comúnmente aceptados, debe verificarse que la violación del Orden Público debe ser “manifiestamente incompatible con sus principios esenciales” para que sea desaplicada, según se dispone en el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado.³⁸

A pesar de lo anterior, y contrario a lo que algunos sostienen, el derecho procesal no es un derecho de Orden Público, amén de las normas contenidas dentro de los Códigos de Procedimiento que puedan tener dicho carácter.³⁹ Es así que se ha establecido que “*la ley procesal pertenece al derecho público porque regula una actividad de naturaleza pública: la función jurisdiccional asumida por el Estado.*”⁴⁰

Lo anterior no es poca cosa. Si la ley adjetiva fuese de Orden Público, el arbitraje no fuese posible, y por tanto la discusión del presente trabajo carecería de sentido alguno. Sin embargo, tan no es de Orden Público el derecho adjetivo, que ni si quiera la jurisdicción estatal lo es en sentido estricto. Esto se observa, por ejemplo, en el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil venezolano, al establecer una prohibición de

³⁸ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El rol del Orden Público en el arbitraje comercial internacional» En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. No. 126 Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2006, p. 81

³⁹ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: Instituciones de Derecho Procesal. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2010, p. 44

⁴⁰ RENGEL-ROMBERG, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo I. Gráficas Capriles. Caracas, 2003, p. 227

derogatoria convencional de la jurisdicción en casos determinados en la ley (*numerus clausus*).⁴¹

Así, el hecho de que el derecho adjetivo pertenezca a la rama del derecho público, tiene consecuencias importantes de cara al juez. Es este, en tanto funcionario público, quien tiene la obligación de hacer aquello que exclusivamente le ordena la Constitución y la ley, en virtud del principio de legalidad, por lo que solo podrá seguir las disposiciones que la ley (en este caso adjetiva) le impone, y excepcionalmente, lo que las partes dispongan del procedimiento cuando sea posible.⁴² Es por ello que, siendo el juez el destinatario de la norma procesal, y las partes, cuando someten al conocimiento de ese funcionario público su controversia, que únicamente se pueden aplicar las disposiciones adjetivas que se encuentran vigentes.

Contrario al juez, el árbitro está sujeto a las disposiciones que le imponga la autonomía de la voluntad de las partes vinculadas en la relación arbitral (lo que genera una jurisdicción distinta a la estatal y por tanto jurisdicción concurrente), por lo que deberá conducir el procedimiento bajo el Derecho que las partes le impongan (*lex arbitri interna*). La investidura de árbitro no le confiere investidura de funcionario público, por lo que, no

⁴¹ Establece a tal respecto RENGEL-ROMBERG, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo I. Gráficas Capriles. Caracas, 2003, p. 126 que “El nuevo código introduce entre las disposiciones fundamentales del TÍTULO PRELIMINAR (Art. 2), el principio de que la jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de una jurisdicción extranjera ni de árbitros que resuelvan en el exterior, cuando se trate de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En todos los demás casos, se aplicarán los tratados y convenciones internacionales suscritos por Venezuela.”

⁴² Ver HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: Instituciones de Derecho Procesal. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2010, p. 43 “La ley material o sustancial difiere de la ley procesal, en cuanto es objeto de aplicación por parte del juez para dirimir una controversia o un incidente en el juicio; la ley procesal por el contrario, gobierna la conducta del juez en tanto que tal y establece las potestades y deberes que le atañen, en atención al principio restrictivo de competencia. Según este principio – consagrado en el artículo 137 de la Constitución– ningún funcionario público puede hacer aquello para lo cual no haya sido autorizado por la constitución o las leyes. El juez es señor de la ley material –es decir, de la norma de juicio o de juzgamiento– en tanto que la aplica al caso, mientras que respecto a la ley procesal es destinatario del mandato imperativo categórico de toda norma jurídica, y por tanto debe adecuar su conducta a lo que la ley procesal prescriba.”

está sujeto al principio de legalidad, sino al principio libertad,⁴³ y por tanto a lo que su autonomía de la voluntad le obligue.

Así, si las partes de un arbitraje han determinado la aplicación de un derecho procesal arbitral –*lex arbitri* interna– determinado, es bajo ese parámetro que los árbitros deberán conducir el procedimiento, y no bajo ningún otro. Ello se debe a la relación contractual que tienen los árbitros con las partes, en el que, al aceptar las funciones de árbitros, se adhieren al pacto arbitral en tanto tales, debiendo decidir bajo un derecho que su función jurisdiccional les obliga.

Igualmente, es la determinación del derecho aplicable el que somete a esos árbitros a decidir. Ese derecho aplicable que mencionamos anteriormente debe ser revisado para determinar cuál es (i) el derecho que rige la capacidad de las partes; (ii) el derecho que rige el acuerdo arbitral; (iii) el derecho procesal o *lex arbitri*; (iv) el derecho que rige el fondo; y (v) el derecho que rige el reconocimiento y ejecución del laudo (ver § II.A).

Así, en la revisión de ese derecho procesal aplicable, si no se encuentra una ley procesal del Estado, entonces esta no debe aplicarse por extensión obligatoria al procedimiento arbitral debido a que (i) no fue determinado por las partes vinculadas a la relación arbitral; (ii) el destinatario principal del derecho adjetivo del Estado es el juez y por extensión las partes cuando someten su controversia a dicha jurisdicción; (iii) la jurisdicción arbitral es distinta a la jurisdicción estatal, y por tanto no sujeta sino a las normas de orden público aplicables; (iv) la elección del derecho procesal se hace dentro de los parámetros de la *lex arbitri*, no del derecho adjetivo estatal; y (v) los árbitros, al no ser funcionarios públicos, no están sujetos a las disposiciones del derecho público que obligan únicamente a los funcionarios del Estado.

Conclusión

⁴³ Que establece que los particulares pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíba, y están obligados a cumplir sus obligaciones tal y como fueron contraídas.

Hemos podido observar a través de lo anteriormente planteado, que existe efectivamente una relación entre el Estado y el arbitraje, aun cuando este último goza de plena independencia en virtud de su naturaleza privada y contractual que emana de la autonomía de la voluntad de las partes.

De esta forma, podemos determinar que la elección de la *lex arbitri* es una elección independiente del resto del ordenamiento jurídico, lo que implica que al requerir la aplicación de dicha ley, no se está pidiendo la aplicación del resto del ordenamiento jurídico, sino de la aplicación única de esa norma, que contendrá obligaciones específicas, que por supuesto diferirán de un Estado a otro.

Si revisamos la mayoría de las leyes de arbitraje de los Estado, como vimos, estas se encargan de dar un marco general a las partes, sobre todo garantizándoles el ejercicio de su autonomía en la conducción del arbitraje. Esto les permitirá a las partes que establezcan libremente las reglas de procedimiento, las normas probatorias, y cualquier otra estipulación procedimental que ellas libremente decidan estipular.

Bibliografía

Anzola, J. E: «Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela» En El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Sabias Palabras. Caracas, 2013

BORJAS, Arminio: Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tomo V. Editorial Atenea. Caracas, 2007, p. 11

BORN, Gary: International Arbitration: Law and Practice. Wolters Kluwer. Holanda, 2016

Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd. Disponible en línea: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLawReports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf> (Última Consulta 10/10/2019)

DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural» En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. No. 1. RVLJ. Caracas, 2013

GAILLARD, Emmanuel: Legal Theory of International Arbitration. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2010

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: Instituciones de Derecho Procesal. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2010

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Admisión del principio de autonomía de voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de derecho internacional privado» En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. No. 71. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1988

MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El Acuerdo de Arbitraje como Excepción al Ejercicio de la Jurisdicción» En: Derecho Procesal Civil. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010

MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El rol del Orden Público en el arbitraje comercial internacional» En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. No. 126 Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2006

MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados» En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004

MISTELIS, Loukas: «Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to “Lex Arbitri”» En: American Review of International Arbitration. Columbia Law School. New York. 2006, pp. 165-167

MORALES, María Cristina: «Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional» En: El Contrato de Arbitraje. Legis-Universidad del Rosario. Colombia, 2008

OPPETIT, Bruno: Teoría del Arbitraje. Legis. Colombia, 2006

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ª Edición. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006

RENGEL-ROMBERG, Arístides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo I. Gráficas Capriles. Caracas, 2003

SANCHEZ-COVISA, Joaquín: La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas