



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**ANALISIS COMPARATIVO DEL COMPROMISO ARBITRAL EN LOS
CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR VENEZUELA EN
CONTRASTE CON LA LEGISLACION PANAMEÑA**

**Trabajo de Grado para optar al Título de Magister en Derecho Mercantil
Línea de investigación: Derecho Mercantil, Comercio Internacional**

Autor: Zulma Lisbeth Cáceres Gelvez
Tutor: Dra. Beatriz Amaralis Bautista Sánchez

San Cristóbal, Noviembre de 2017.

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutora del Trabajo de Grado presentado por Zulma Lisbeth Cáceres Gelvez para optar al Título de Magister en Derecho Mercantil, cuyo título es “Análisis comparativo del compromiso arbitral en los contrato internacionales celebrados por Venezuela en contraste con la Legislación panameña”, aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha 07 de Diciembre de 2016, según acta N° 139, con posterior modificación de Título aprobado en Consejo General de Postgrado, de fecha 27 de Octubre de 2017, según acta N° 146.

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

Dra. Beatriz Amaralis Bautista Sánchez

C.I.: V- 3.196.779

DEDICATORIA

Cada meta que se traza requiere de un esfuerzo personal para alcanzarla, sin embargo, si el mismo se hace en la compañía y con el apoyo de personas que día a día te animan para lograr el objetivo planteado, por esto y mucho más:

A Dios primeramente, quien día a día me guarda, bendice y protege, permitiéndome llegar hasta aquí, con los logros y metas alcanzadas.

A mis padres David y Aracely quienes me han apoyado en cada una de mis decisiones y en las metas alcanzadas han celebrado conmigo.

A esa persona especial en mi vida, quien se ha convertido en motivo de orgullo y fuente inagotable de alegrías y hace que cada día sea un viaje y un aprendizaje inolvidable.

A mis hermanos por estar ahí para apoyarme siempre.

A la Universidad Católica del Táchira, mi alma mater, quien me ha brindado las oportunidades de preparación profesional.

A quien la Dra. Amaralis Bautista, por la oportunidad y la confianza brindada para el desarrollo de la presente investigación.

A quienes de una u otra forma han sido parte de este camino y que celebran conmigo esta meta.

Gracias.

ÍNDICE GENERAL

	PP
Páginas preliminares.....	1
Introducción.....	8
CAPÍTULOS	
I GENERALIDADES DEL ARBITRAJE	
Consideraciones Preliminares.....	20
1. Origen y Antecedentes.....	21
2. Evolución del Arbitraje.....	28
3. Sistemas de Arbitraje Comercial.....	34
4. Concepto de Arbitraje Comercial.....	39
5. Clases de Arbitraje Comercial.....	41
6. Características del Arbitraje Comercial.....	43
7. Naturaleza Jurídica del Arbitraje.....	44
8. Principios Rectores del arbitraje Comercial.....	48
9. Los Árbitros.....	53
10. El Arbitro Como Amigable Componedor.....	58
11. El Arbitraje Comercial Internacional.....	59
12. Fuentes del Arbitraje Comercial Internacional.....	63
13. Fuentes Legales del Arbitraje Comercial Nacional.....	66
14. Del Proceso Arbitral.....	72
15. Del Domicilio Comercial.....	79
16. Cláusulas de Terminación del Proceso Arbitral.....	80
17. Jurisdicción Arbitral. Recurso de Casación.....	84
18. Centros de Arbitraje en Venezuela y Panamá.....	85
II LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES	

	Consideraciones Preliminares.....	90
1.	Generalidades.....	91
2.	Régimen Jurídico aplicable.....	106
3.	Los Contratos Internacionales.....	109
4.	Clases de Contratos Internacionales.....	113
5.	Elementos de los Contratos Internacionales.....	116
6.	La Autonomía de la Voluntad de las Partes.....	118
7.	Alcance del Principio de la Autonomía de la Voluntad de las partes en el arbitraje Comercial Internacional en Venezuela y Panamá.....	124
8.	Elección del Derecho de Un Estado Determinado.....	126
9.	Elección de Normas Transnacionales. Lex Mercatoria....	131
10.	Limitaciones al Principio de la autonomía de la Voluntad de las Partes.....	138
11.	Marco Jurídico aplicable en Venezuela y Panamá.....	146
12.	Diferencias entre ambos Ordenamientos Jurídicos.....	149
13.	Aplicabilidad de la Autonomía de la Voluntad de las partes en Venezuela y Panamá.....	151
III LA VALIDEZ DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS EN VENEZUELA Y PANAMA		
	Consideraciones Preliminares.....	154
1.	Las Clausulas en los Contratos Internacionales.....	155
2.	Clausula Compromisoria Arbitral en Venezuela y Panamá.....	157
3.	Clausula Compromisoria Patológica o Combinadas.....	162
4.	Ordenamiento Jurídico Aplicable a la Solución de Conflictos Internacionales.....	165

5.	Importancia de la Cláusula Compromisoria en la solución de Conflictos Internacionales.....	183
6.	Forma de aplicabilidad de la Cláusula Compromisoria en los contratos internacionales realizados en Venezuela y Panamá.....	186
7.	Venezuela, el Arbitraje y el CIADI.....	190
8.	Jurisprudencia Relacionada con la materia de clausula compromisoria en Venezuela y Panamá.....	192
	Conclusiones.....	201
	Recomendaciones.....	205
	Referencias.....	207

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**ANÁLISIS COMPARATIVO DEL COMPROMISO ARBITRAL EN LOS
CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR VENEZUELA EN
CONTRASTE CON LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA**

Autor: Cáceres G., Zulma.

Tutor: Bautista S., Beatriz.

Año: 2017.

RESUMEN

La presente investigación se corresponde con un proyecto factible, que busca estudiar el sistema de arbitraje como medio de solución de conflictos, suponen la introducción de un tercero con autoridad para poner fin al conflicto planteado, cuya legitimidad le viene otorgada por el previo acuerdo entre las partes (cláusula arbitral), la decisión emanada del tercero, resulta vinculante para ambas partes; con la investigación se conoce la validez de la cláusula Arbitral y su ejecutoriedad en los países intervinientes en conflictos internacionales. El objetivo central de la investigación fue el análisis comparativo del compromiso arbitral de los contratos internacionales celebrados por Venezuela en contraste con la Legislación Panameña. La importancia del mismo radica en la cláusula compromisoria, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el derecho aplicable al fondo de una controversia sometida a arbitraje comercial internacional, como un principio de aceptación universal. La finalidad que persigue es la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de la partes, y las cláusulas compromisorias tal y como lo contempla la legislación Panameña. Las conclusiones evidenciaron que la aplicación de la cláusula compromisoria y la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales, deja sin efecto la laguna que exista en la aplicabilidad de cualquier ley en la resolución del conflicto. El diseño metodológico utilizado fue de tipo documental por cuanto se circunscribió a diversa información que se encontró tanto en medios físicos y digitales, doctrinarios, legales y jurisprudenciales que permitieron recabar los datos necesarios para lograr el objetivo de la investigación.

Palabras claves: Arbitraje, alternativa de solución, Contratos Internacionales y Cláusula Compromisoria, principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

INTRODUCCIÓN

Con el aumento constante del comercio y las inversiones a nivel mundial, surge también la necesidad de encontrar medios idóneos para resolver las controversias internacionales propias en la dinámica de la economía global. Hoy en día, las empresas cuentan con recursos más sofisticados y con frecuencia tratan de encontrar medios y lugares idóneos para resolver las controversias comerciales y de inversión de carácter internacional, como lo es el arbitraje internacional.

Por la economía actual, la globalización mundial, los procesos de integración regional, el libre comercio internacional, la Internet, la tecnología de redes, las telecomunicaciones y el comercio electrónico, generan una gran cantidad de negocios que requieren, en caso de conflicto, de soluciones rápidas, especializadas y que den seguridad jurídica a las inversiones, descomprimiendo de este modo la actividad jurisdiccional del Poder Judicial, mediante otras vías alternativas de resolución de conflictos.

Cuando los inversionistas, llevan a cabo sus negocios en territorio extranjero, suelen estar expuestos a un riesgo mayor frente a las autoridades locales, las dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión, cuando se vulneran sus derechos y el incremento de los costos de transacción inherente a la gestión de estos eventuales conflictos, así como la posible falta de neutralidad e imparcialidad de las autoridades locales, así como también se debe considerar los riesgos políticos emergentes y la inestabilidad jurídica del país receptor de la inversión, entre otros factores que influyen, además en los costos del flujo de inversiones.

Es así entonces con motivo de la integración económica entre los Estados se han constituido a través de Tratados internacionales, Los

mercados Regionales, como el Tratado de libre comercio entre Estados Unidos de Norte América, Canadá, México y Chile; MERCOSUR, integrado por Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Venezuela recientemente suspendida por las complicaciones, sobre todo políticas¹.

En estos mercados, los Tratados Internacionales tienen como función el establecimiento de normas que fijan los parámetros para la integración, las normas sobre las importaciones y exportaciones, los aranceles aduaneros y la libre importación de determinados productos, así como el libre tránsito de los nacionales y mercancía de los países miembros que sería el objeto final de la integración económica sometida a la competencia en atención a su calidad y precios.

Ahora bien, estos mercados regionales, con fundamento en las normas que lo regulan, han originado organismos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL o CNUDMI), quien es el Principal órgano jurídico, encargado del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años.

Su función, consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional y su competencia se basa en facilitar las normas y la creación de centros de Arbitraje Internacionales, como justicia privada alternativa distinta a la que plantea la vía jurisdiccional ordinaria, en la cual, tiene aplicación en el Derecho Internacional Privado, para dirimir y resolver amigablemente los conflictos de intereses económicos que se produzca entre las personas naturales y jurídicas de carácter privado o público de los países miembros con ocasión del comercio a nivel Internacional.

¹ ALBORNOZ, P. (2012) *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas-Venezuela, Editorial Ediciones Liber.

Con lo anteriormente expuesto se hace necesario, hacer mención de la Ley Modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre el arbitraje comercial e internacional (1989), la cual constituye uno de los instrumentos más importantes en materia de Arbitraje comercial internacional dado el amplio número de Estados que la han incorporado a sus ordenamientos jurídicos.

El otro factor a tomar en cuenta, es el que se refiere, a la protección contra la posible pérdida de propiedad de la inversión, en donde se regula lo referente a las nacionalizaciones, expropiaciones u otras formas de eventual interferencia con los derechos de propiedad del inversionista, por parte de las autoridades del Estado receptor.

Se adopta pues la estructura jurídica en las convenciones y Tratados internacionales que ningún Estado afectará la propiedad, expropiará o nacionalizará, salvo que se trate de razones de interés público, formalizándose de manera no discriminatoria y contra el pago de una compensación justa a fin de garantizar el derecho de defensa en las instancias administrativas correspondientes con posibilidades de revisión judicial.

De esta manera, es necesario mencionar un mecanismo mediante el cual se pueda dar solución a un asunto que interesa a dos o más personas, encomendada a un tercero (los Árbitros), cuyo poder no deriva de las autoridades de un Estado, sino de un acuerdo privado, y son los árbitros quienes conducen el caso sobre la base de dicho acuerdo privado.

En este sentido, René David, menciona ciertos elementos que nos ayudan a definir el Arbitraje Comercial Internacional, como primer elemento, en donde, las partes se someten de manera voluntaria, a ventilar un asunto de interés común, al conocimiento de un tercero imparcial (Arbitro), como segundo elemento se menciona el poder del árbitro, se deriva de la voluntad

de las partes y no de una investidura de autoridad Estatal, y por último, es el árbitro quien deberá dar la prioridad a lo acordado por las partes para llevar a cabo el proceso arbitral y decidir el caso².

Fouchard, atribuye a los criterios jurídicos una utilidad específica. El citado autor afirma que los criterios jurídicos permiten determinar si un arbitraje (a) está conectado con un único ordenamiento jurídico, en cuyo caso estaríamos en presencia de un arbitraje comercial; (b) si está conectado con más de un ordenamiento jurídico, en caso tal estaríamos en presencia de un arbitraje extranjero en un momento específico; y (c) sin conexión con ordenamiento jurídico alguno, en cuyo caso estaríamos ante un arbitraje anacional.

Los contratos internacionales, son manifestaciones voluntarias de quienes lo suscriben con repercusiones jurídicas, se tratan de documentos que constituyen en una base legal que obliga a las partes que intervienen a cumplir con lo que se haya determinado previamente.

La importancia y el éxito del arbitraje internacional dependen de la correcta aplicación de las normas por parte del poder judicial local, especialmente en relación al reconocimiento del árbitro o tribunal arbitral, la ejecución de medidas cautelares, la recolección y evacuación de pruebas y el reconocimiento de las decisiones de aquellos.

Es necesario mencionar que para llegar al arbitraje Internacional, debe existir una cláusula compromisoria, la cual refleja el acuerdo de voluntades, mediante la cual las partes someten asuntos litigiosos futuros y eventuales que deriven de un contrato o estén relacionados con este a la

² SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

decisión obligatoria de una o más personas privadas, conocidas como el o los árbitros³.

Una cláusula compromisoria sana, es una cláusula que permite cuando nace un litigio, llevarlo al o a los árbitros sin un nuevo acuerdo de las partes o intervención del Juez Estatal, de no existir cláusula compromisoria, se debe acudir a la legislación local, pero hasta cierto punto no convendría a quien esta demandado o quien sea afectado en el problema que se plantee, debido a que no sería un proceso imparcial la solución de su conflicto, aunado a esto, el tener acceso de los árbitros son elevados los costos, para poder acudir a la resolución de conflictos internacionales a nivel Internacional.

Actualmente, todas las legislaciones arbitrales modernas, entienden por convención de arbitraje, tanto a la Cláusula Compromisoria, en cuanto al compromiso arbitral. Esto es como consecuencia de la obligatoriedad de la Cláusula Compromisoria, cuya previsión en los contratos impone a las partes más de lo que una obligación de hacer, y se constituye en un compromiso por el cual el interesado recurre al órgano competente judicial con el fin de someterse a arbitraje.

Los contratantes, acostumbrados a llevar todos sus problemas a la instancia judicial y a desconsiderar la obligación pactada en la Cláusula Compromisoria, no podrán más hacerlo impunemente. Por otro lado, además de las ventajas conocidas del Arbitraje de confidencialidad, rapidez, jueces especialistas y neutros, los árbitros son menos afectados por las cuestiones de orden público que los jueces nacionales y también no son tantas las incompatibilidades entre los diversos sistemas jurídicos.

De manera, que firmada la Cláusula Compromisoria o el Compromiso Arbitral, en principio, ninguna de las partes, en forma independiente podrá,

³ SILVA, E. (2008) *El contrato de Arbitraje*. Bogotá-Colombia, Universidad del Rosario, Editorial LEGIS.

de manera eficaz, sustituir el arbitraje por el procedimiento judicial en la solución del conflicto, transformándose en una verdadera condición negativa para el regular ejercicio de una acción judicial directa.

La carta magna venezolana, contempla que se promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otro medio alternativo en la resolución de conflictos⁴. De igual manera, adicional a la constitución, encontramos leyes y tratados que son aplicables al Arbitraje Comercial, como lo son: la Ley de arbitraje Comercial de fecha 07 de abril de 1998, La convención de Nueva York, convención de Montevideo y la convención de Panamá.

En virtud, que la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, establece otros medios alternativos de resolución de conflictos y no los menciona, se hace necesario mencionar el compromiso arbitral en los contratos internacionales celebrados por la República Bolivariana de Venezuela y concatenarlos con la legislación de Panamá para poder obtener un comparativo y referencias con respecto a nuestra legislación y poder dar una opinión que ayude a mejorar nuestro sistema Arbitral.

El arbitraje comercial internacional se encuentra regulado en Panamá, por el Decreto Ley N° 5, del 8 de Julio de 1999, por medio del cual se establece el Régimen Legal del arbitraje (doméstico e internacional), de la conciliación y de la mediación, este decreto Ley se inspiró en la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional, (La Ley Modelo) y en la convención de Nueva York.

La Legislación Panameña va más allá de la Ley modelo, por eso contempla, que el Arbitraje es comercial internacional cuando el objeto o

⁴ CONSTITUCION BOLIVARIANA DE VENEZUELA, (1999). Gaceta N° 5.453, del 24 de Marzo de 2000. Editorial Corporación. Artículo 258, AGR, S.C.

negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional, y se menciona como internacional cuando la materia objeto de arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o sea producto de prestaciones de servicios, enajenación y disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales⁵.

De tal manera, se puede decir, que se hace necesario acudir a un arbitraje internacional, alegando la Cláusula Compromisoria o Compromiso Arbitral por la parte contraria, esto lleva a la extinción de todo otro proceso, por lo que ninguna de las partes, sin el conocimiento de la otra, podrá arrepentirse de la obligación de concurrir al juicio arbitral ante un eventual conflicto, en aras de tener una justa solución a los problemas que se planteen sin tener influencia de ninguno de los países que intervienen en la relación de comercio internacional.

De igual, manera es importante resaltar que se debe incluir las llamadas cláusulas compromisorias en los contratos, llamado también “el compromiso arbitral”, que vendrían a ser una buena solución a las partes, las cuales estipulan desde un principio de su relación, la anuencia de un tercero, en este caso, un árbitro, sea el que solucione de la manera más objetiva, un eventual problema que surja a raíz del contrato y que no pueda ser solucionado amigablemente por las partes.

En la actualidad existen varios centros de conciliación y arbitraje para la solución de problemas entre las personas de diferentes países o entre éstos con los Estados. Un ejemplo de los últimos lo constituye el Centro internacional de arreglo de Diferencias de inversiones (CIADI), que nace para

⁵ CORNEJO, R. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*. Colombia, LEGIS editores S.A.

cooperar con el arreglo de conflictos que puedan llegar a darse entre los inversionistas de un país y un Estado determinado⁶.

El CIADI, es una institución líder a nivel mundial, dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones Internacionales. Posee amplia experiencia en este ámbito, dado que ha administrado la mayoría de los casos de inversión Internacional. Los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y estados en la mayoría de los Tratados Internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislaciones en materia de inversión⁷.

Cuando no se cumple con la cláusula compromisoria, se está en presencia de una clausula compromisoria patológica, se menciona de esa manera porque no cumple con cuatro funciones principales: primero, producir efectos obligatorios entre las partes; segundo, impedir la intervención de los Tribunales Estatales; tercero, dar a los árbitros el poder para resolver el litigio; y por ultimo un procedimiento que conduzca, a las mejores condiciones de un laudo. Al no aplicarse la Cláusula Compromisoria, estamos en presencia de la violación a la autonomía de la voluntad de las partes, de igual manera estaríamos en presencia de un conflicto de aplicación de las leyes nacionales o internacionales.

Aunado a lo anterior, es necesario estudiar el Alcance del Principio de la Autonomía de la voluntad en el ámbito Internacional, en el caso de los contratos internacionales esta determinación del Derecho aplicable puede ser obra del legislador o de las propias partes; pero en ambos casos esta técnica conflictual es considerada por los agentes económicos como costosa, poco segura y excesivamente compleja en su aplicación.

⁶ Almadóz, A. (2009) *El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Bogotá, Editorial Legis.

⁷ <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

La necesidad de informarse acerca de la ley extranjera y de tener que ajustar el contenido del contrato a sus disposiciones imperativas, aumenta los costos de transacción en relación con los contratos puramente internos y ello, sin contar con los costes adicionales de negociación en aquellos supuestos en que las partes optan por someter el contrato a una ley distinta de la prevista por el legislador⁸.

De igual manera, es importante señalar, la aplicación de la cláusula compromisoria, en aras de solventar los conflictos internacionales, incluyendo el cumplimiento de la mencionada cláusula en los Juzgados Nacionales.

Las normas jurídicas, bien sea de carácter legal o sub legal constituyen un medio para regular conductas o situaciones que son de interés general, en este sentido, se tendrán en cuenta distintos elementos teóricos y legales, tales como: La Constitución, Leyes Nacionales e internacionales sobre Arbitraje Comercial Internacional, Acuerdos, convenios o tratados en donde se especifique materia Arbitral en comercio Internacional, Marco legal y Jurisprudencial; Igualmente, se tendrá en cuenta las páginas oficiales que revistan mayor información en torno al Arbitraje Comercial Internacional.

Aunado a todo lo anterior, se tendrán en cuenta las legislaciones vigentes de los Ordenamientos Jurídicos de Panamá en lo referente al tema *in comento*, también, distintos autores a nivel internacional y nacional que contribuyan con el desarrollo de la investigación, entre ellos encontramos los convenios nacionales y Ley Vigente sobre arbitraje comercial Internacional, decreto Ley N° 5, de fecha 8 de Julio de 1999, La Ley Modelo y la Convención de Nueva York, decisiones y Jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia de Panamá.

⁸ http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf

Es por esto, se hace necesario llevar a cabo una investigación que permita estudiar el análisis comparativo del compromiso arbitral de los contratos internacionales celebrados por Venezuela en contraste con la legislación Panameña, en un primer momento desde un punto de vista conceptual, seguidamente verificar lo establecido en la Constitución Nacional al respecto para posteriormente observar con detenimiento los Tratados, convenios y las normas que influyen de una manera u otra en el ejercicio de Arbitraje a nivel Internacional, en Venezuela y Panamá.

Para lograr el éxito de la investigación, es fundamental realizar los siguientes cuestionamientos: ¿Qué significa el arbitraje comercial, y de qué manera se desarrolla el procedimiento arbitral en Venezuela y Panamá? ¿Cómo se perfeccionan los contratos mercantiles internacionales y la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes? ¿Qué importancia tiene la aplicación de la cláusula compromisoria en los contratos internacionales para la solución de conflictos en Venezuela y Panamá? ¿Cuáles son los instrumentos jurídicos a utilizar en la solución de conflictos arbitrales, en caso de no existir clausula compromisoria, tanto en Venezuela como en Panamá?

Es por esto que se ha planteado como objetivo general de la investigación, Procesar la extensión de la validez jurídica del compromiso arbitral de los contratos internacionales celebrados por los países de Venezuela y Panamá.

Para poder desarrollar la investigación planteada y así alcanzar los objetivos establecidos se aplicará una metodología acorde a ello, es por esto que será una investigación de naturaleza cualitativa ya que no se buscará establecer datos de carácter estadísticos sino proporcionar elementos que puedan ser valorados al momento de entender y realizar el análisis comparativo del compromiso arbitral de los contratos internacionales

celebrados por Venezuela en contraste con la Legislación Panameña; aunado a esto, tendrá un nivel explicativo, descriptivo y comparativo, arrojando el mismo una opinión personal por cuanto se buscan responder a las deficiencias existentes ya que, como se señaló con anterioridad, no existe un estudio sobre el tema y es necesario llenar ese vacío que permita comprender lo ya señalado y se busca "...encontrar las relaciones de causa-efecto que se dan entre los hechos a objeto de conocerlos con mayor profundidad...⁹",

Junto con lo anteriormente señalado, la metodología también se caracterizará por ser de tipo documental por cuanto se circunscribirá a la diversa información que se encuentre tanto en medios físicos y digitales, doctrinarios, legales y jurisprudenciales que permitan recabar los datos necesarios para lograr el objetivo de la investigación. De igual manera, es necesario mencionar que la investigación documental es una variación de la investigación científica, cuyo objeto es analizar los diferentes fenómenos que se presentan en la realidad, utilizando como recurso principal los diferentes tipos de documentos que produce la sociedad y a los cuales tiene acceso el investigador.

Los medios de comunicación impresos, audiovisuales o electrónicos se han abocado a estudiar la realidad fáctica del Arbitraje a Nivel Internacional, haciendo una mera descripción de lo que observan pero no se evidencian que existan investigaciones que tengan por objeto realizar un estudio detallado sobre la realidad jurídica existente que afecta directamente la cláusula compromisoria y el arbitraje comercial en los contratos internacionales, existiendo así un vacío claro en cuanto a este tema y que exige que se realice uno para poder entenderla y comprender la mejor manera de solucionar conflictos internacionales.

⁹ UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA (2000). *Técnicas de Documentación e Investigación I*. Caracas, Universidad Nacional Abierta, p. 54

La investigación documental tiene un cuerpo de acción más amplio debido en principio, por la diversidad que existe entre fuentes directas e indirectas, considerándose como fuentes indirectas las fuentes orales y las no convencionales.

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Consideraciones Preliminares

Hoy en día, las empresas y comerciantes cuentan con recursos más sofisticados y con frecuencia tratan de encontrar medios y lugares idóneos para resolver las controversias comerciales y de inversiones de carácter internacional, como lo es el arbitraje Comercial.

Los inversionistas, cuando llevan a cabo inversiones en territorio extranjero, suelen estar expuestos a un riesgo mayor, implicando eventuales asimetrías de poder frente a las autoridades locales, las dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión cuando se vulneran los derechos y el incremento de los costos de transacción inherente a la gestión de estos eventuales conflictos, así como la posible falta de neutralidad e imparcialidad de las autoridades locales.

Para poder desarrollar con propiedad la investigación y alcanzar el éxito del objetivo que se ha establecido en la misma, es necesario que en un primer momento se lleve a cabo un análisis de la figura del Arbitraje Comercial Internacional, y así lograr desmontar que es necesario entender a lo que se refiere y no hacer afirmaciones que carecen de un estudio adecuado.

Sin embargo para algunos autores, buscar un concepto de Arbitraje, para establecer su campo de aplicación y ejecución, no ha sido tan eficaz; es por ello que surge la necesidad de realizar lo planteado puesto que actualmente dicho procedimiento de arbitraje no especifica claramente la existencia de un compromiso arbitral o una clausula compromisoria. Es por ello que, en primer lugar, se procederá a analizar el arbitraje desde su

evolución hasta un punto de vista conceptual tomando en consideración el punto de vista legal, así como el doctrinario y posteriormente se procederá a tocar lo referente a sus características, naturaleza y sus principios rectores, y así poder continuar con el desarrollo de la investigación que se ha planteado.

1. Origen y Antecedentes Históricos.

El arbitraje tiene muy remotos antecedentes. Aparece en las Ciudades-Estado Griegas, que crearon el consejo permanente de las anfitionías¹⁰. Desapareció con el Imperio Romano, que al reunir bajo una autoridad única a todo el mundo civilizado, no dio lugar al arbitraje. Resurge entre los estados cristianos de la Edad Media, en los siglos XI y XII sometieron sus disputas a los papas, jefes espirituales de la cristiandad, especialmente a Gregorio VII e Inocencio III. En otras ocasiones desempeñaron el papel de árbitros entre los príncipes sus jefes temporales, como San Luis de Francia y los emperadores Alemanes. La institución declinó hasta extinguirse casi completamente durante los siglos XI, XII y XIII, que contemplaron el nacimiento de los estados modernos.

El Tratado de Jay¹¹, suscrito entre Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794 y ratificado en 1795, marca el verdadero origen del arbitraje moderno. En sus cláusulas señala el arbitraje para la solución de los conflictos derivados de problemas fronterizos, demandas a cuenta de deudas

¹⁰ Anfitionía: agrupación de las antiguas ciudades griegas bajo la dirección de Atenas. Agrupaba 12 tribus (ciudades) de Grecia Central. Se reunían dos veces al año. Colaboraban en dar solución a las luchas de las guerras sagradas existentes. Luego de seto se aplicó a la parte religiosa y con posterioridad desapareció. Bastús. V. (1833). Diccionario Histórico Enciclopédico. Imprenta de Boca. Barcelona-España.

¹¹ Tratado Jay: También conocido como tratado de Londres de 1794, entre Estados Unidos y el Reino de Gran Bretaña, para resolver las diferencias entre ambos países surgidas a raíz de la guerra de la independencia. Este tratado además de evitar la guerra entre ambas naciones, dio paso a una década de comercio pacífico en medio de las convulsiones producidas en Europa como consecuencia de la Revolución Francesa. Corte Internacional de Justicia. <http://www.un.org>.

confiscadas y reclamaciones basadas en derechos y obligaciones neutrales. Durante el siglo XIX se sustanciaron más de 170 casos de arbitraje, la mayor parte de las veces referido a Gran Bretaña y a Estados Unidos. El más conocido de todos, es el caso Alabama (1865-72)¹², derivado de las reclamaciones norteamericanas por la intervención en la Guerra de Secesión de barcos confederados construidos y armados en Inglaterra (entre ellos el corsario Alabama). La decisión fue favorable a Estados Unidos e Inglaterra, a pesar de sus protestas, pagó la indemnización de 15.500.000 dólares.

El movimiento arbitral llegó a su apogeo con las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907¹³. La conferencia de 1899 aprobó un convenio para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales y creó un Tribunal Permanente de Arbitraje, aunque no era un Tribunal en el pleno sentido de la palabra, contaba con una plantilla de unos 120 jueces dispuestos a servir de árbitros cuando fueran requeridos.

Antes de celebrarse la segunda Conferencia de La Haya (1907), fueron interpuestos cuatro casos ante este Tribunal, que fue muy solicitado para resolver numerosos casos de menor cuantía en el periodo anterior a la primera (I) Guerra Mundial¹⁴.

¹² Caso Alabama 1872: Fueron una serie de demandas pecuniarias exigidas por el gobierno norteamericano a la Gran Bretaña después de la Guerra Civil Estadounidense. En mayo de 1871, las partes firmaron el tratado de Washington, el cual establecía ciertas obligaciones de guerra para los supuestos neutrales. El Tribunal también sentenció a Gran Bretaña a pagar una indemnización por daños y pérdidas a los Estados Unidos.

¹³ El convenio de la Haya de 1899, en cuanto al arbitraje, esta es una institución conocida como la corte Permanente de arbitraje, estaba conformada por un grupo de magistrados designados por cada Estado que estuviera en vías de adhesión al convenio; los miembros de cada tribunal arbitral se elegirán entre estas personas. Además, el convenio creó una dirección permanente ubicada en la Haya, con funciones equivalentes a las de una secretaría del tribunal o una secretaría de carácter general y se estableció un reglamento para regir la realización de arbitrajes (Corte Internacional de Justicia ONU).

¹⁴ La primera guerra mundial, fue un acontecimiento bélico internacional, iniciado en Europa, en agosto de 1914, no solo llegó a convertirse en una guerra total, sino que trascendió al ámbito mundial, cuando intervinieron en ese conflicto, naciones situadas en otros continentes. <http://historiaybiografias.com/guerra1>

Hacia 1900 se inició un movimiento para fomentar el arbitraje obligatorio como medio de promover la paz mundial. Los resultados tangibles de este movimiento no fueron demasiado evidentes. Por ejemplo, el tratado de 1903 entre Gran Bretaña y Francia estipulaba que las diferencias de naturaleza legal o referentes a la interpretación de tratados que no fuera posible dirimir por conducto diplomático quedarían sometidas al Tribunal de Arbitraje Permanente, siempre que tales cuestiones no afectasen «los intereses vitales, la independencia o el honor» de los países contratantes o de terceras partes. Esta forma de tratado alcanzó notable éxito debido a la amplitud de sus excepciones.

El Tribunal Permanente de Arbitraje sentó un precedente en 1920, para el establecimiento del Tribunal Permanente de Justicia Internacional por la Sociedad de Naciones. La Sociedad aplicaba tres procedimientos distintos para la resolución de las diferencias internacionales: 1) Mediación y Conciliación a través del consejo de la Sociedad; 2) Arbitraje por acuerdo privado; y 3) Sentencia del Tribunal. El Consejo desempeñó un importante papel como mediador, conciliador y en ocasiones actuó también como tribunal arbitral.

El Tribunal de Justicia Internacional, creado en 1945, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, es a todos los efectos una continuación del Tribunal Permanente de la Sociedad de Naciones. Además de las funciones del Tribunal Internacional, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas está facultado para intentar resolver por vía de arbitraje los conflictos entre las naciones.

La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁵, recomienda que la decisión recaiga en el tribunal

¹⁵ La Organización de las Naciones Unidas (ONU), es una organización internacional formada por 192 Países independientes. Estos se reúnen libremente para trabajar en favor

arbitral, si es que existe, o en el Tribunal de Justicia Internacional. Este plan mantendría el rasgo esencial del arbitraje internacional entre estados soberanos, el acuerdo voluntario de acudir al arbitraje. Establecería además reglas que dieran eficacia al acuerdo previo de someter determinadas cuestiones al arbitraje.

Antes de llegar a esta solución es preciso que las dos partes litigantes suscriban un acuerdo especial llamado Compromiso. Este acuerdo define claramente el objeto de la disputa, determina la forma de elegir los árbitros, decide la amplitud de poderes del Tribunal y fija el lugar del acto y otros detalles esenciales.

Desde mediados del siglo XIX el Tribunal ha estado compuesto generalmente por tres o cinco miembros. Con anterioridad a esa fecha cabía la posibilidad de señalar como árbitro único a una sola persona, generalmente un jefe de Estado. Al establecer el Tribunal, cada uno de los estados elige paritariamente uno o dos miembros y deja la elección del miembro impar a los ya nombrados o a una tercera persona o personas sobre las que exista el acuerdo. La decisión arbitral ha sido considerada siempre final y obligatoria. Muy pocos son los dictámenes que han sido rechazados y ello por motivos plausibles, como la acción contraria a los términos establecidos en el Compromiso.

La Mediación, Conciliación y el arbitraje no es el único medio de solventar las desavenencias entre los Estados. El procedimiento normal es la negociación, que discurre generalmente por las vías diplomáticas ya establecidas, aunque a veces corre a cargo de enviados especiales o reuniones de ministros de Asuntos Exteriores. En casos excepcionales son

de la Paz y la seguridad de los pueblos, así como para luchar contra la pobreza y la injusticia en el mundo. Publicación en la Página Oficial de la ONU., <http://www.un.org/es/index.html>

las conferencias de ministros de Asuntos Exteriores o de jefes de Estado las encargadas de entablar negociaciones.

En caso de fracasar las negociaciones puede servir de mediador una tercera potencia que ofrezca sus «buenos oficios». Estos buenos oficios pueden ser rechazados por una de las partes o por ambas. En caso de aceptarse la oferta, el mediador reúne a las dos partes y trata de establecer una base en la que se pueda fundamentar el acuerdo. Si la mediación tiene éxito, puede calificarse de conciliación internacional.

Existen otros métodos que van más allá de la conciliación pero no llegan a constituir verdadero arbitraje, como las llamadas comisiones mixtas, comisiones de investigación y comisiones de conciliación. La Comisión mixta está compuesta por un número igual de representantes de los dos países litigantes. Tiene por objeto realizar recomendaciones que tiendan a solucionar el conflicto. Aunque tales recomendaciones no obligan en teoría, suelen ser observadas por ambas partes. Como ejemplo típico se cita la solución del conflicto de límites fronterizos en Alaska (1903)¹⁶. Una comisión de seis miembros —tres estadounidenses, dos canadienses y un inglés— votó en favor de la propuesta norteamericana.

Las comisiones de investigación cumplen también el objeto de realizar recomendaciones, pero ofrecen la característica de admitir a representantes de terceras partes ajenas al conflicto. El Convenio para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales aprobado en la Conferencia de La Haya de 1899, recomendó el establecimiento de tales comisiones para facilitar el arreglo de las «diferencias de índole internacional que, no afectando ni al

¹⁶ El conflicto de límites fronterizos de Alaska de 1903, fue una disputa territorial entre Estados Unidos y Canadá, que fue resuelta mediante arbitraje en 1903. La disputa comenzó en 1821, entre los imperios rusos y británicos; y fue heredada por Estados Unidos por la compra de Alaska en 1867. La resolución fue a favor de la posición Estadounidense y Canadá no recibió una salida al mar completamente canadiense.

honor ni a los intereses vitales, surgieren de una diferencia de opinión sobre puntos de vista

En 1950 las Naciones Unidas, aprobaron una resolución por la que se constituía una Comisión de Observación para la Paz, destinada a informar sobre la situación en cualquier zona en que la tensión internacional pusiera en peligro la seguridad y la paz internacionales.

El sistema de arbitraje internacional no tiene a su disposición un cuerpo judicial continuo y permanente. El Tribunal arbitral, es un órgano ad hoc, es decir, establecido para entender en un caso específico. Por otra parte, los jueces o árbitros son escogidos por las propias partes, que concluyen un acuerdo especial para definir la disputa.

El nuevo sistema supone el establecimiento de un Tribunal Permanente integrado por miembros continuos y estables. El estado soberano debe abandonar o modificar su derecho a la decisión exclusiva de cada uno de sus casos por jueces de su propia elección. Ambos sistemas, el de arbitraje y el de tribunal permanente, son semejantes en cuanto que ambos deben basar su decisión en el respeto al derecho. Aquél, empero, utiliza siempre principios de equidad; éste se presta mejor a sentar ciertos principios legales a medida que va decidiendo sobre mayor número de casos y crear así su propia «jurisprudencia».

En 1920, el Consejo confió a una comisión de juristas la redacción de un estatuto, que fue pronto ratificado por los estados miembros. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional se reunió por primera vez en 1922, en el Palacio Carnegie de La Haya.

La Conferencia de San Francisco de 1945, acordó crear un nuevo Tribunal bajo la denominación de Tribunal Internacional de Justicia¹⁷, (Carta de las Naciones Unidas, Cap. XIV). El resultado fue, en efecto, un Tribunal revisado cuya estructura le daba un fuerte sentido de continuidad. El estatuto de 1920, fue aprobado con sólo algunas modificaciones técnicas. Todos los miembros de las Naciones Unidas forman automáticamente parte del estatuto.

También han sido admitidas por Suiza y Austria; las naciones no miembros pueden intervenir en el estatuto bajo ciertas condiciones. Ningún estado está obligado a comparecer ante el Tribunal contra su voluntad. Pero, al igual que ocurría con el estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, las naciones pueden presentar declaraciones aceptando la jurisdicción obligatoria del Tribunal para ciertas categorías de conflictos referentes a: 1) interpretación de un tratado; 2) cualquier asunto de Derecho Internacional; 3) la existencia de cualquier hecho que, en caso de ser probado, supondría infracción de una obligación internacional; y 4) la naturaleza o amplitud de la reparación exigible por el quebrantamiento de una obligación internacional.

El Tribunal Internacional de Justicia es «el principal órgano judicial de las Naciones Unidas». Está compuesto por 15 jueces elegidos para periodos de nueve (09) años por el voto independiente de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. El Tribunal carece de fuerza obligatoria, pero cada miembro se ha comprometido a acatar sus decisiones en cualquier caso en que se hubiere constituido en parte del proceso. Si una de las partes no actúa de acuerdo con el fallo emitido por el Tribunal, la otra puede solicitar

¹⁷ La conferencia de San Francisco de 1945, fue una convención de delegados de 50 naciones aliadas durante la segunda guerra mundial, que tuvo lugar del 26 de abril de 1945 al 26 de Junio de 1945. Los delegados se encargaron de la creación de la carta de las naciones unidas. <http://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1945-san-francisco-onference/index.html>

del Consejo de Seguridad que haga las recomendaciones oportunas o decida las medidas convenientes que den eficacia a la sentencia.

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU acometió en su primera sesión (1949), la redacción de un código internacional de procedimiento arbitral. Esta codificación del Derecho Internacional existente señalaba las características esenciales del arbitraje internacional, al mismo tiempo que afirmaba su carácter voluntario y reconocía el derecho de las partes a elegir los jueces y determinar los poderes y procedimientos del Tribunal.

Los organismos internacionales creados con el fin primordial de evitarlas han tropezado con el inconveniente de que su jurisdicción era muy limitada. La mayor parte de los conflictos internacionales continuaron resolviéndose por medio de acuerdos temporales, de espaldas a las organizaciones internacionales.

2. Evolución del Arbitraje Comercial

El arbitraje, es una institución que se remonta a la antigüedad, antes de surgir el proceso jurisdiccional, ya había surgido el proceso arbitral. Desde entonces la institución del arbitraje ha venido paulatinamente consolidándose a escala mundial como medio idóneo para resolver los conflictos comerciales gracias a sus características absolutamente procesales de celeridad, menor costo, confidencialidad y especialización. Entre ellos encontramos:

- ***Protocolo de Ginebra, sobre cláusula de arbitraje de 1923:*** protocolo relativo a la fijación de cláusulas de arbitraje entre las partes.

- **Convenio de Ginebra sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales del 26 de Septiembre de 1927:** Convenio sobre la ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras.
- **Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras del 10 de junio de 1958 “Convenio de New York de 1958” (sustituyo a los dos anteriores):** Pilar central de la regulación convencional internacional, dirigiéndose principalmente a regular determinados aspectos del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros. El convenio no regula los aspectos sustantivos del arbitraje comercial internacional ni la ejecución del Laudo. Su principal objeto de regulación es la expedición del exequatur. El convenio de New York de 1958, establece un sistema más que favorable al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros basados en la presunción de legalidad del laudo arbitral.
- **Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional del 21 de abril de 1961:** Este convenio instituye el principio general según el cual las partes tienen la libertad de organizar el procedimiento arbitral. Las partes pueden optar por un procedimiento ad-hoc con la eventual intervención prevista de un tercero designado en caso de necesidad. La intervención judicial estaba limitada en el convenio, las excepciones de incompetencia deben presentarse, a más tardar, al momento de contestar la demanda; los tribunales judiciales deben respetar el principio según el cual el árbitro es un juez competente y los efectos de anulación judicial son limitados en el plano internacional.
- **Convenio de arreglo sobre diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de**

1965. Convenio de Washington: En esta convención se creó el centro internacional de arreglo de diferencias relativas a las inversiones.

- **Convenios Bilaterales:** Convenios firmados entre España y otros Estados para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.
- **Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁸:** Aprobado por CNUDMI, el 28 de abril de 1976, el reglamento de arbitraje de CNUDMI, constituye un régimen procesal completo, al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje, para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en una relación comercial, ya sea ante un Tribunal Institucional o ante un Tribunal constituido para el caso controvertido. Este reglamento se ha utilizado para arbitrajes muy diversos, regula todos los aspectos del sistema arbitral, contiene una cláusula compromisoria modelo y regula la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto de la interpretación del Laudo.

EN LATINOAMERICA:

¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI): Es el Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. El comercio acelera el crecimiento, mejora el nivel de vida, crea nuevas oportunidades. http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

La evolución del Arbitraje en Latinoamérica, ha estado históricamente condicionado a factores externos, tales como los cambios políticos, sociales e ideológicos que se han ido produciendo en los distintos países, cambios que unas veces ha favorecido su desarrollo como institución mediadora de conflictos, pero que otras veces, por el contrario le han perjudicado.

Bajo esta realidad, es importante que todo inversor en un País de América Latina contemple las siguientes circunstancias:

1. Si existe un marco legislativo local que se adecue a los parámetros más modernos del arbitraje internacional;
2. Si la jurisprudencia nacional y autoridades gubernamentales actúan a favor del arbitraje;
3. Si en el País objeto de la inversión existe un sistema eficaz, para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros;
4. Si en dicho País se ha suscrito un convenio relativo al arreglo de diferencias entre los inversores de un Estado y el Estado receptor de dichas inversiones;

Las dos primeras circunstancias ofrecen una respuesta muy variada en función de cada País Latinoamericano y de la coyuntura política y económica que esté viviendo. En cuanto a los otros dos aspectos, se pueden observar lo siguiente, Así con respecto a la existencia de un sistema eficaz de reconocimiento y ejecución de laudos Arbitrales extranjeros, antes de la convención de New York de 1958 y la convención de Panamá de 1975, dicho reconocimiento de ejecución de laudos arbitrales extranjeros, dependía única y exclusivamente de las leyes nacionales de cada Estado, ocasionando esto confusión e inestabilidad.

Sin embargo gran parte de los obstáculos existentes entre los distintos países han desaparecido gracias a la ratificación de estos dos convenios, instrumentos internacionales cuyo principal objeto es facilitar y homogenizar los distintos procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, dotando así al comercio internacional de la seguridad jurídica que exigía.

La convención sobre reconocimientos y la ejecución de Laudos arbitrales extranjeros de 1958, (Convención de New York), se encuentra ratificada por más de 120 Estados, entre los que se hallan la mayoría de los Países Latinoamericanos. Dicho convenio se caracteriza, porque cada uno de los Estados que forman parte del mismo, tienen la posibilidad de restringir la aplicación de la convención, aplicando dos tipos de reserva: la reserva de reciprocidad, a través de la cual solo se aplica el convenio respecto a laudos arbitrales dictados en territorio de otro Estado parte; y la reserva comercial a través de la cual solo se aplica el convenio respecto a litigios surgidos como consecuencia de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el derecho interno del Estado que la invoca.

Por su parte la convención interamericana sobre arbitraje internacional en 1975, (Convención de Panamá), ha sido ratificada por la mayor parte de los Países Latinoamericanos, con la particularidad que un inversor procedente de un estado que no sea parte de la misma puede invocar su aplicación si el estado receptor de la inversión está conforme.

Ambas convenciones, con estructura y metodología similar, imponen a los órganos de cada Estado, en términos generales, la obligación de reconocer la validez de los acuerdos arbitrales, de reconocer y ejecutar los laudos extranjeros a través de procedimientos que no sean más incómodos que los aplicables a las decisiones nacionales.

Por lo que respecta a la firma de convenios del tipo que sean relativos al arreglo de diferencias entre los inversores de un Estado y el Estado receptor de dichas inversiones, cobran especial relevancia en primer lugar, la convención de Washington, de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita el 18 de Marzo de 1965, (Convención de Washington) y el Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativa a inversiones (CIADI)¹⁹, los cuales han resultado fundamentales en la resolución de conflictos, a través del arbitraje internacional, de controversia sobre inversión extranjera, entre un País Latinoamericano y un inversor extranjero.

El CIADI, en la actualidad facilita la solución de conflictos en materia de inversión entre los Estados contratantes, a través de procedimientos de conciliación y arbitraje, ha sido firmado por más de 150 países en todo el mundo, entre los que se encuentran numerosos Países Latinoamericanos.

EN VENEZUELA, ha habido un auge de los métodos alternos de resolución de conflictos en los últimos años, y esto es así porque se busca atacar el problema de una administración de justicia ineficaz y tardía. Dentro del orden jurídico se encuentran: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Art 253 y 258); Ley de arbitraje Comercial; Código de Procedimiento Civil, Código Civil, Código de Comercio, los tratados y convenciones internacionales a las cuales se encuentra suscrita Venezuela.

¹⁹ CIADI: Es una institución del banco mundial, con sede en Washington, especialmente establecida para arbitrar una solución a las disputas entre gobiernos por una parte y nacionales de otros estados que hayan invertido en los estados anteriores. Página Oficial CIADI. <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>.

EN PANAMÁ, en el año de 1983, la República de Panamá aprobó la convención de Nueva York²⁰, sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales Extranjeras.

Panamá, también es signataria de la Convención de Washington de 1965, y de la Convención interamericana de arbitraje sobre arbitraje internacional de 1975, conocida comúnmente como la Convención de Panamá²¹.

El Arbitraje comercial internacional en Panamá se encuentra Regulado por el Decreto N° 5, del 08 de Julio de 1999, denominado Decreto Ley, por medio del cual se establece el régimen legal del arbitraje (doméstico e internacional) de la conciliación y de la mediación. Este decreto se inspiró en la Ley modelo de la CNUDMI, sobre el arbitraje comercial internacional (Ley Modelo) y en la convención de New York. Se incluyen disposiciones relativas al Arbitraje Internacional que regulan aspectos como su alcance, las reglas aplicables a la validez del acuerdo arbitral, la determinación de las leyes aplicables al fondo de la controversia, así como el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

3. Sistemas de Arbitraje Comercial

²⁰ La convención de Nueva York, entro en vigor el 07 de Junio de 1959, reconociendo la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver controversias comerciales internacionales, trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento, ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. Página Oficial de la CNUDMI. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

²¹ Panamá también es signataria de la convención de Washington de 1965 (convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados), y de la convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida comúnmente como la convención de Panamá. SILVA, E. (2008) *El contrato de Arbitraje*. Bogotá-Colombia, Universidad del Rosario, Editorial LEGIS.

Los sistemas de arbitraje, suponen la introducción de un tercero con autoridad para poner fin al conflicto, cuya legitimidad le viene otorgada por el previo acuerdo entre las partes (clausula arbitral), pero que a diferencia de los medios anteriores, la decisión emanada de este tercero, si resulta vinculante para ambas partes.

Este es esencialmente voluntario, aunque existen legislaciones en las cuales se prescribe legalmente el arbitraje como forzoso. El ámbito de aplicación del arbitraje esta generalmente referido a asuntos susceptibles de transacción, de carácter patrimonial, en materias de carácter civil y comercial. Se puede especificar el sistema de Arbitraje de la forma siguiente:

a) El sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)²², es reconocido como un instrumento fundamental para el funcionamiento de esta organización internacional, además de constituir un modelo único especialmente efectivo en el marco de las relaciones interestatales. Se trata, por lo tanto, de un régimen particular que impide el recurso a cualquier otra jurisdicción internacional que resuelva diferencias entre Estados, como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional, para garantizar el cumplimiento de un concreto tratado internacional.

Una de las razones del éxito del sistema fue, y continúa siendo en la actualidad, contar con un régimen sancionador particular que “incentiva” el cumplimiento de las normas cuando los infractores no se ajustan a hacerlo una vez establecida su violación. Así, tras dar entrada a la negociación de

²² La Organización Mundial del Comercio (OMC) es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm

compensaciones voluntarias, este régimen permite, en caso de que las negociaciones resulten infructuosas, suspender temporalmente algunas de las ventajas que se derivan de la pertenencia a la Organización. Esto último supone la autorización multilateral de medidas por las que el Estado que presentó la reclamación, podrá aplicar temporalmente ciertas restricciones al comercio con el Estado declarado infractor que no conformó su comportamiento a las normas en un plazo razonable. Con esto se puede decir, que tras una aproximación básica al sistema de solución de diferencias de la OMC, que la institución del arbitraje internacional aparece en él con singulares características.

b) El sistema de solución de diferencias aplicado en el marco del GATT-47²³, fue recogido en cuanto a su terminología y elementos esenciales, con significativas transformaciones, pasó a ser el entendimiento sobre solución de diferencias.

c) El sistema de solución de controversias regulado por el Entendimiento tiene carácter exclusivo y obligatorio para todos sus miembros ciento cincuenta y tres (153) Estados en noviembre de 2009. Se ofrece a estos países, por una parte, el recurso a los buenos oficios, la mediación y la conciliación, así como al arbitraje como mecanismo clásico para la resolución de conflictos internacionales, y por otra, un procedimiento específico, que puede calificarse como autóctono “central”, e incluso ordinario si se atiende a lo generalizado de su uso. Todo ello siempre con carácter subsidiario a la búsqueda negociada de soluciones, que puede plantearse en cualquier momento. La constante puerta abierta a la negociación y a las soluciones

²³ El 1º de enero de 1995, la OMC sustituyó al GATT, que llevaba en funcionamiento desde 1947, como organización encargada de supervisar el sistema multilateral de comercio. A los países signatarios del GATT se les denominaba oficialmente “Partes Contratantes del GATT”. Página principal de la Organización Mundial del Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/gattmem_s.htm

consensuadas persigue mantener el delicado equilibrio entre la actuación diplomática y la que podemos calificar como puramente jurisdiccional.

El Estado declarado infractor de un Acuerdo de la OMC, deberá adecuar su comportamiento a las normas de éste en “un plazo razonable” y, de no hacerlo, podrán tener entrada, a solicitud del miembro reclamante, bien a la compensación voluntariamente aceptada por el infractor o, en su defecto, la adopción de contramedidas. En definitiva, como se ha señalado, el mecanismo sancionador consiste bien en compensar al Estado que presentó la reclamación, o bien en que éste suspenda temporalmente frente al infractor la aplicación de alguna norma de los Acuerdos de la OMC.

d) El Órgano de Solución de Controversias (OSD), integrado por representantes de todos los Estados miembros, es la institución central del sistema y cuenta con su propio presidente y procedimiento interno del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Su intervención está prevista, en mayor o menor medida, con independencia del procedimiento utilizado de entre los ofertados por el sistema.

En el caso de los procedimientos clásicos de resolución internacional de conflictos entre Estados; en primer lugar el papel del OSD, puede calificarse como de centralizador de información esencial. En el procedimiento autóctono, sin embargo, además de intervenir en la organización, cabe destacar su papel en la adopción de los informes relativos a la solución de las diferencias conforme a la regla del consenso negativo; esto es, sólo si existe acuerdo para no adoptar un informe, éste será rechazado.

e) En lo anteriormente mencionado se puede observar la presencia del arbitraje en el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), como el potencial recurso a un mecanismo clásico de solución de diferencias entre Estados. No obstante, esta institución aparece

también en lo que puede calificarse como otra modalidad de arbitraje perfectamente diferenciable de la anterior.

f) El recurso al arbitraje internacional como mecanismo clásico de solución de diferencias entre Estados se contempla como un “medio alternativo” al sistema propio de la Organización para la resolución de conflictos, y sólo cabe recurrir a él cuando las partes definen su objeto “claramente”. Más allá de sumarse al voluntarismo propio de esta institución y de requerir que se trate de un procedimiento “rápido” sin ningún tipo de precisión, si quiera por referencia a la duración de los procedimientos autóctonos, las normas que lo regulan se limitan a establecer obligaciones a los Estados que recurren a él.

Por una parte, deberán notificar al resto de los Estados miembros “con suficiente antelación” el inicio del proceso arbitral para informarles, de la entrada a la posibilidad de que se incorporen como partes al procedimiento, siempre previo acuerdo de todos los implicados. Por otra parte, tendrán que notificar el laudo al OSD y al Consejo o Comité que administre los Acuerdos afectados. Además, a raíz de la notificación del laudo, cualquier Estado miembro “podrá plantear cualquier cuestión” en el marco de los correspondientes Consejos o Comités. Los laudos estarán sometidos al régimen de vigilancia para la aplicación de las decisiones adoptadas en los procedimientos autóctonos que eventualmente prevén el recurso al otro arbitraje. Así, si el objeto de la diferencia fuera la aplicación de recomendaciones y resoluciones a través de la compensación o la suspensión de concesiones, no podría decirse que el recurso al arbitraje constituye realmente una “alternativa” al procedimiento específico de solución de controversias.

g) Cabe añadir que, si bien se reconoce la libertad de las partes para establecer el procedimiento arbitral y, por lo tanto, también para establecer la modalidad de arbitraje y para determinar la constitución del órgano arbitral,

éste se encontrará en todo caso mediatizado por la obligación de que la solución que su laudo proporcione al litigio sea compatible con el o los Acuerdos de la OMC “y no deberán anular ni menoscabar las ventajas” que de ellos se deriven “ni poner obstáculos a la consecución de sus objetivos”. Por lo tanto, la instancia arbitral estará compelida a resolver conforme a las normas de los Acuerdos de la OMC, sin perjuicio de la posible aplicación o toma en consideración de otras normas o principios internacionales, así como de la práctica del sistema autóctono de solución de diferencias.

4. Concepto de Arbitraje Comercial

Según Veleri Albornoz, el Arbitraje desde el punto de vista general, es el medio y la vía procesal privada, exclusiva y excluyente de la jurisdicción ordinaria, a la que las partes someten la sustanciación y resolución de un conflicto de intereses, susceptibles de transacción, a través del nombramiento de un Árbitro, cuya decisión, que constituye el laudo arbitral, produce plenos efectos jurídicos²⁴.

Se trata de una justicia privada y alternativa en relación con la justicia pública impartida por el estado mediante la sustanciación y decisión de los procesos por los tribunales que integran el poder judicial.

El Arbitraje en consecuencia, consiste en un procedimiento iniciado a instancia de parte en virtud de una cláusula contractual compromisoria o de un acuerdo entre partes, cuya resultas, que se traducen en el laudo arbitral, es obligatorio cumplimiento para todas las partes intervinientes a semejanza de las sentencias dictadas por los tribunales de Justicia.

En este sentido, René David define el arbitraje como:

²⁴ ALBORNOZ, P. (2012) *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas-Venezuela, Editorial Ediciones Liber.

Un mecanismo mediante el cual la solución de un asunto que interesa a dos o más personas es encomendada a un tercero (el o los árbitros) cuyo poder no deriva de las autoridades de un Estado sino de un acuerdo privado, y son (el o los árbitros) quienes conducen y deciden el caso sobre la base de dicho acuerdo privado²⁵.

La definición propuesta por René David, pueden desprenderse ciertos elementos que caracterizan el Arbitraje. Elementos que no podrían quedar por fuera de ninguna definición de arbitraje:

- a) Mediante el arbitraje las partes, someten de manera voluntaria un determinado asunto de común interés al conocimiento de un tercero imparcial, esto es, al conocimiento del o los árbitros.
- b) El poder del árbitro se deriva de la voluntad de las partes y no de una investidura de autoridad Estatal.
- c) El árbitro, deberá dar prioridad a lo acordado por las partes para llevar a cabo el proceso arbitral y decidir el caso.
- d) El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos mediante el cual se sustrae la solución de una controversia de la jurisdicción ordinaria.
- e) La decisión del árbitro es de obligatorio cumplimiento para las partes²⁶.

Según el derecho Mercantil, el arbitraje es un procedimiento alternativo al judicial, es decir, cuando una serie de personas en el ámbito contractual realizan una relación jurídica de naturaleza mercantil, a la hora de estipular ese contrato, tendrán la posibilidad de indicar si la controversias,

²⁵ SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

²⁶ David René, (1985) *El Arbitraje Internacional*. Monroy, M. (1982). *Arbitraje Comercial*, Bogotá-Colombia Editorial Temis.

las dudas de interpretación que surjan a raíz de ese contrato las va a resolver un árbitro o un tribunal de justicia.

Si las partes contratantes no indican nada sobre quién debe resolver las controversias, estas serán resueltas por los tribunales de justicia. Y para que una determinada relación jurídica de naturaleza mercantil se someta a arbitraje, tiene que estar expresamente pactado por las partes, porque los conflictos derivados de una naturaleza mercantil se someterán a arbitraje en la medida en que las partes intervinientes en esa relación jurídica lo hayan acordado así expresamente²⁷.

5. Clases de Arbitraje Comercial

Existen dos clases de arbitraje, el institucional y el independiente o ad hoc.

5.1.- Arbitraje Institucional: Es el que se lleva a cabo en una institución generalmente con sus propias normas, y con una lista cerrada de Árbitros. (Una modalidad de arbitraje institucional es el sistema arbitral de consumo vigente en el Estado Español). Aquí las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje.

5.2.- Arbitraje independiente ad Hoc: es aquel en el que las partes escogen los árbitros y las reglas que van a regir el arbitraje, es decir, las partes acuerdan autónomamente las reglas del procedimiento aplicables en la solución de sus conflictos.

También en función del tipo del Laudo que se pretenda, el arbitraje puede ser clasificado como:

²⁷ González, J. (2014). Apuntes de derecho Mercantil. Caracas-Venezuela. <http://www.derechomercantil.info/2014/03/arbitraje-concepto-caracteristicas.html>

a) En derecho: Cuando la resolución debe estar fundamentada en criterios Jurídicos. (Legislación y Jurisprudencias)

b) En equidad, también se llama “en conciencia”. Cuando para la elaboración del laudo se apela al “buen saber, hacer” y a la conciencia del árbitro que dirime el conflicto. Implica que el árbitro debe ser experto en la materia objeto de la controversia y del arbitraje.

El arbitraje, como medio privado de resolución amigable y pacífica de los conflictos de intereses de naturaleza jurídica, puede convenirse entre los Estados mediante un acuerdo, convenio o Tratado Internacional bilateral o multilateral en el cual se establezcan los requisitos y el procedimiento que debe seguirse para la sustanciación y decisión de las controversias, como una vía de justicia alternativa ante la que representa la justicia internacional a través de los Tribunales Internacionales, también objeto de Tratados Internacionales.

Los artículos 608 al 629 del Código de Procedimiento Civil consagra como juicio especial el Arbitramento. Al efecto, dice: “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción...” Este procedimiento es un derecho procesal de las partes en juicio y un derecho facultativo de las partes antes del proceso, que pueden ejercerse en los casos de naturaleza civil en los cuales cabe transacción, como dice el Código. Se trata, entonces, del arbitramento civil, como juicio especialmente regulado por el Código de Procedimiento Civil, cuyo estudio corresponde al Derecho Procesal Civil.

Existe otro arbitramento regulado por la Ley de Arbitraje Comercial, promulgada el 07 de Abril de 1998, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de la misma fecha. Esta Ley contiene nueve capítulos y cincuenta artículos y se

aplica exclusivamente al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier Tratado multilateral o bilateral vigente, y el cual es el que interesa al derecho Mercantil.

6.- Características del Arbitraje Comercial

6.1.- El arbitraje es consensual:

Un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado. En el caso de controversias futuras que pudiera derivarse de un contrato, las partes incluyen una cláusula de arbitraje en el contrato. Una controversia existente puede someterse a arbitraje mediante un acuerdo de sometimiento entre partes.

6.2.- El arbitraje Neutral:

Además de seleccionar árbitros de nacionalidad apropiada, las partes pueden especificar elementos tan importantes como el derecho aplicable, el idioma y el lugar en que se celebrara el arbitraje. Esto permite garantizar que ninguna de las partes goce de las ventajas derivadas de presentar el caso ante sus tribunales nacionales.

6.3.- El arbitraje es un procedimiento confidencial:

El Reglamento de Arbitraje de la OMPI²⁸, protege específicamente la confidencialidad de la existencia de arbitraje, las divulgaciones realizadas durante dicho proceso, y el laudo. En determinadas circunstancias, el

²⁸ La **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)**, es un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas creado en 1967. Su **objetivo** es desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional que sea equilibrado, accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público. Su **ámbito de actuación** engloba tanto las cuestiones de propiedad intelectual, derechos de autor y sus derechos conexos, como las de propiedad industrial, derecho de marcas y otros signos distintivos y derecho de patentes. Tiene su sede en la ciudad de Ginebra (Suiza). <http://www.exteriores.gob.es/>.

reglamento de arbitraje de la OMPI, permite a una de las partes restringir el acceso a secretos comerciales u otra información confidencial que se presente al tribunal arbitral o a un asesor que se pronuncie sobre su confidencialidad ante el tribunal arbitral.

6.4.- Procedimiento “Alternativo” al judicial:

El arbitraje es un procedimiento alternativo al judicial y por tanto es un procedimiento que excluye la aplicación del procedimiento judicial. Pero esto no quiere decir, que el procedimiento de arbitraje pueda llevarse a cabo de la manera como a las partes o al árbitro se le antoje.

Por tanto lo que la ley de arbitraje permite es la posibilidad de que entre las partes en conflicto y el árbitro establezcan un procedimiento sustentado en unas garantías mínimas que impidan la indefensión de las partes.

Los principios básicos que impiden la indefensión son el principio de audiencia, la proposición de pruebas en defensa del derecho de cada uno y por supuesto el principio de igualdad de cada una de las partes.

6.5.- Celeridad y flexibilidad en el procedimiento:

Finalmente el arbitraje se caracteriza por la celeridad y flexibilidad con las que el procedimiento se verá beneficiado.

7. Naturaleza Jurídica del Arbitraje Comercial

La naturaleza Jurídica del arbitraje comercial internacional también ha sido objeto de grandes discusiones doctrinarias. En este sentido existen cuatro teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje internacional, a saber:

1.-) La teoría jurisdiccional; 2.-) Teoría contractual; 3.-) La teoría híbrida o mixta; y 4.-) La teoría autónoma.

En efecto dependiendo de la posición doctrinaria que adopte, las posibles soluciones en materia de derecho aplicable al arbitraje comercial internacional variarán sustancialmente. Así lo ha demostrado la práctica arbitral y la evaluación de las normativas sobre la materia.

Cada una de estas teorías tiene una posición particular sobre la injerencia del derecho nacional y el control jurisdiccional de los Estados sobre el arbitraje comercial internacional, así como sobre la importancia que debe atribuírsele al derecho del lugar del arbitraje.

1.- TEORIA JURISDICCIONAL: Se basa en que esta institución persigue el mismo fin encomendado al poder jurisdiccional de los Estados, esto es, dirimir controversias. La función jurisdiccional desempeñada por el arbitraje comercial internacional resulta de interés público y, en consecuencia, debe estar sujeta al control de los órganos jurisdiccionales del Estado en el cual el arbitraje tiene lugar y de los Estados donde el laudo será ejecutado.

Esta teoría sostiene que el Estado tiene derecho a supervisar y controlar toda actividad que se desarrolle en su territorio, por lo que el derecho del lugar del arbitraje juega un rol protagónico en la regulación del arbitraje comercial internacional.

Adicionalmente, de acuerdo a la teoría jurisdiccional, el poder del árbitro para decidir una controversia no viene dado por la autonomía de la voluntad de las partes, sino por la legislación del lugar del arbitraje. En consecuencia, el árbitro al igual que el juez, está sujeto a la *lex fori*²⁹, esto es, a la Ley del lugar del arbitraje. De esta manera, el árbitro deberá aplicar, en

²⁹ La **Lex fori** ("ley del foro"), es una locución latina ocupada en el Derecho internacional privado, que significa "que será aplicable la ley de la nacionalidad del juez que conoce del asunto" es decir, la ley de su Estado.

todos los casos, las normas de conflicto del lugar del arbitraje para resolver todos los problemas sobre derecho aplicable. Esta teoría desconoce la deslocalización del arbitraje basados en una errónea y obsoleta concepción de la soberanía de los Estados.

En vista de los obstáculos que esta teoría representa para el desarrollo del arbitraje comercial Internacional como medio alternativo de solución de conflictos, que procura satisfacer las necesidades de las partes que intervienen en el comercio internacional, se considera que esta teoría y las soluciones que de ella se derivan deben ser desechadas por cualquier Estado que pretenda promover esta institución.

2.- TEORIA CONTRACTUAL: Se basa fundamentalmente en el hecho de que esta institución nace y se desarrolla en virtud de un acuerdo privado de voluntades manifestado en un acuerdo arbitral.

Bajo la línea de pensamiento contractualista, siendo un producto exclusivo de la voluntad de las partes y teniendo como objetivo dirimir controversias de naturaleza privada, al arbitraje comercial internacional goza de independencia absoluta frente a los órganos jurisdiccionales de los Estados, salvo en el supuesto en que se alegue la nulidad del laudo arbitral o la parte perdedora se niegue a ejecutar voluntariamente el laudo arbitral, caso en el cual requerirá de la cooperación de los órganos jurisdiccionales del Estado para proceder a decidir sobre la nulidad del arbitraje o sobre la ejecución forzosa del mismo.

Los principios y tendencias que gozan del apoyo de la doctrina contractualista podemos mencionar el creciente radio de aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el desarrollo del proceso arbitral, ya que la autonomía de la voluntad de las partes debe prevalecer sobre el derecho del lugar del arbitraje; el poder del árbitro para decidir sobre su propia competencia; la deslocalización del arbitraje, lo cual

implica que el árbitro carece de foro; la posibilidad de regularlo a través de un derecho anacional. Esta teoría al descansar exclusivamente en el aspecto contractualista del arbitraje deja de lado el inevitable control posterior que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales en los cuales se pretenda oponer un laudo arbitral, especialmente, en ausencia de cumplimiento voluntario de la parte perdidosa.

3.- TEORIA HIBRIDA O MIXTA: En esta teoría convergen dos aspectos procesales y contractuales: a) elemento contractual, debido a que el arbitraje en sí mismo nace y se conduce a través de un acuerdo de voluntades; b) el elemento procesal, por cuanto el fin del arbitraje es resolver una controversia a través de un laudo arbitral de carácter obligatorio para las partes.

Bajo la teoría híbrida, a pesar de que se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes para regir el derecho aplicable en el arbitraje (clausula arbitral, fondo de la controversia y proceso), se sostiene que los árbitros solo pueden aplicar el derecho escogido por las partes bajo las limitaciones establecidas en el derecho conflictual del lugar del arbitraje. Así mismo, bajo la teoría híbrida, a falta de elección del derecho aplicable a las partes, el árbitro debe aplicar el derecho conflictual del lugar del arbitraje para determinar el derecho aplicable.

La desventaja que presenta esta teoría es que la misma parte de dos categorías predeterminadas, como lo son procesal y la contractual, para dar respuesta a la naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional. De esta manera, la presencia de la naturaleza procesal en esta teoría debilita su capacidad de respaldar los principios de general aceptación en la práctica del arbitraje comercial internacional, como lo es el principio de deslocalización.

4.- TEORIA AUTÓNOMA: De acuerdo con esta teoría, el arbitraje comercial internacional es independiente de cualquier sistema legal y, en consecuencia, se encuentra completamente deslocalizado en todos sus

aspectos. Para los autonomistas, el desarrollo de la deslocalización del arbitraje se traduce en la posibilidad de decidir una controversia de conformidad con normas transnacionales que, a su vez, permiten lograr una solución justa y equitativa del caso correcto³⁰.

8. Principios Rectores Del Arbitraje Comercial

Vemos principios que se encuentran reiteradamente a través de Jurisprudencias. Entre ellos encontramos:

a) Principio de Buena Fe:

a.1.- Deber de Cooperación de las Partes, este es uno de los principios de la *lex mercatoria*³¹, que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Claramente es una prolongación del principio de Buena fe que se le impone a las partes. Este deber de cooperación juega por supuesto un primer lugar en lo que concierne al procedimiento arbitral, especialmente en materia probatoria. Así los árbitros estiman que las partes deben colaborar con la prueba. Pero sobre todo, este deber de cooperación encuentra su ámbito de aplicación es en materia de formación y ejecución de los contratos. Este deber implica una obligación de informaciones recíprocas sobre elementos susceptibles capaces de influir en la conclusión del contrato o sobre las condiciones de la ejecución.

Con relación a este aspecto la Cámara ha señalado: "Cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda

³⁰ Torrealba, H. "Consideraciones sobre el Arbitraje en Venezuela". Hung, F. (2001). Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema Venezolano. Caracas-Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos. Pp. 111-115.

³¹ La *lex Mercatoria*, constituye un sistema legal autónomo que crea normas independientes de cualquier ordenamiento jurídico nacional y el cual gobierna relaciones entre las partes involucradas en el comercio Internacional. De esta independencia deriva su carácter transnacional. Mustill. (1986) "La nueva *Lex Mercatoria*" Arbitraje Internacional. Londres.

perjudicar”. “Las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos”

a.2.- Deberes de Minimizar Pérdidas, en este aparte se hará referencia a la obligación para el acreedor de un compromiso inejecutado de minimizar su perjuicio. Sólo en la medida en que haya hecho lo posible para disminuir, la pérdida sufrida, el acreedor de una obligación inejecutada puede pretender la concesión de daños-intereses por el árbitro. Esta regla que ha sido consagrada por los árbitros como un uso del comercio internacional, tiene sus orígenes en las decisiones de los jueces de países de Common Law y está enunciada por ciertos códigos de países europeos, tales como el Código Suizo de las obligaciones³². Que el acreedor debe minimizar sus pérdidas es indiscutiblemente un principio de derecho que rige en las relaciones comerciales internacionales.

Los árbitros toman en cuenta esta regla en tanto y cuanto se trata de un uso internacional que hay que respetar. A menudo ocurre que la parte perjudicada trata de atribuir toda la responsabilidad del perjuicio sufrido a su co-contratante, cuando sin duda, había podido reducirlo, actuando sin tardar, desde el momento en que hubiese tenido conocimiento del incumplimiento de aquél. Pero la obligación de negociar de buena fe implica, entre otras cosas,

³² Common Law, también conocido como derecho anglosajón. Significa derecho común, su origen es la costumbre medieval inglesa. Es un derecho no escrito, que no reconoce en la Ley, como ocurre en el derecho continental, la fuente del derecho primordial.

Código Suizo de Obligaciones, es el cuerpo legal central de codificación, del derecho privado de Suiza. El derecho de obligaciones forma parte de este cuerpo normativo, pero sistemáticamente se le considera como un bloque independiente.

la de "abstenerse de cualquier clase de propuesta inaceptable, y que deba necesariamente conducir al fracaso de las conversaciones". Tenemos entonces que cuando las partes no cumplen con la obligación debida de negociar de buena fe, así como cuando realicen ofertas que sean poco razonables, o cuando por el contrario, rechacen una razonable, constituye una trasgresión a este principio fundamental de la lex mercatoria.

b) Principio de Diligencia:

Este principio mediante el cual las partes deben hacer prueba de una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses es el soporte de numerosas decisiones arbitrales. Hace recaer, de modo general, sobre las partes una presunción de competencia profesional ya que supone que, éstas están en condiciones de comportarse como prácticos razonables del comercio internacional.

Este principio explica el rigor que manifiestan los árbitros con respecto a las partes que se han abstenido de prever en su contrato una cláusula de adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

c) Principios Instrumentales:

c.1) Con respecto a la Competencia Arbitral, el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional "Cuando una de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio de arbitraje, la Corte, habiendo probado la existencia de este convenio, puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad o el fundamento legal, de estas excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponderá al árbitro proveer sobre su propia competencia". Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional cuyos árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición sine qua non para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios.

La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera como "una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral". Si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese pronunciarse sobre el fondo.

c.2) La Separabilidad de la Cláusula Arbitral, la autonomía de la cláusula de arbitraje en relación con el contrato que la contiene es una regla indiscutible del derecho de arbitraje comercial internacional. En este respecto conviene remitirse a un laudo muy importante que se pronunció de una manera sumamente clara. "También es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vías de serlo de un modo uniforme, que según la fórmula del Tribunal Supremo de Francia, el acuerdo compromisorio ya se haya concluido por separado de éste, o esté incluido en el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible invalidez de este acto.

c.3) Interpretación Restrictiva de la Cláusula Compromisoria, La Cámara de Comercio Internacional, se ha pronunciado sobre este particular en los siguientes términos: Resultando que las cláusulas compromisorias son de interpretación estricta y que el Tribunal, en estas condiciones, no podrá, sin excederse de su competencia, retener a la Sociedad como parte en este proceso. De todos modos, en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenerse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir, a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente.

d) El Principio de "Pacta Sunt Servanda"

La seguridad de las transacciones es una preocupación primordial para los árbitros de comercio internacional, y es por ello que no admiten que las estipulaciones contractuales puedan ser discutidas más que en casos excepcionales. Esta preocupación constante de privilegiar el respeto del contrato se manifiesta cada vez que una de las partes les invita a revisar un contrato, o adaptarlo para que se tenga en cuenta la evolución, de las circunstancias exteriores. En efecto, los árbitros no proceden a tal revisión o adaptación más que cuando haya sido contractualmente prevista o está autorizada por el derecho aplicable. En caso contrario, se niegan a ello, concediendo preferencia al principio "Pacta sunt servanda" sobre el adagio "Rebus sic stantibus"³³.

e) Principios de UNIDROIT:

Se ha dado mucha atención a estos principios desde su aparición en el año de 1994, de hecho están en segundo lugar después de la atención que se le presta a la *lex mercatoria*. Cabe resaltar que se ha hecho referencia a los Principios de UNIDROIT en al menos 23 casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional hasta finales de 1998.

Los Principios de UNIDROIT³⁴, pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, específicamente dentro del arbitraje existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles:

³³ *Rebus sic stantibus*, es una expresión latina, que puede traducirse como "estando así las cosas" que hace referencia a un principio de derecho, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos teniendo en cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

³⁴ UNIDROIT, es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini en Roma. Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar,

En primer lugar, estos principios pueden ser aplicados propiamente como la ley del contrato, en virtud, de escogencia expresa de las partes o mediante la cual implícitamente esa decisión pueda apreciarse.

En segundo lugar, no obstante las partes hayan escogido la ley municipal, los principios pueden ser aplicados cuando se haga difícil determinar reglas específicas en la ley nacional aplicable. A este respecto, los principios han sido utilizados para llenar vacíos en las leyes internas así como para dar una interpretación internacional a esas leyes nacionales.

Y en tercer lugar, los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar otros instrumentos de leyes uniformes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Esta categorización, es la que refleja la actual práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con relación a la aplicación de las Principios de UNIDROIT, en el Arbitraje de la Cámara.

9. Los Árbitros

El árbitro, es la persona natural que designan las partes, un tercero o el Juez, según el caso, para sustanciar y dirimir la controversia sometida a su decisión. Se puede decir que es el Juez del Proceso. Su misión comienza con la aceptación y avocamiento al conocimiento de la causa y termina con el Laudo Arbitral, que es la sentencia con objetivo final del proceso de arbitraje en cuanto respecta a su actuación.

armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados. Con el fin de incrementar la cooperación internacional, la UNESCO pidió a UNIDROIT el desarrollo de un Convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, adoptado en 1995, como complemento a la Convención de 1970. <http://www.unesco.org>.

Hay instituciones a las que se ha asemejado la figura del árbitro con:

1.- Mediador y Conciliador: Existe un álgido debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación. Para los efectos ambos serán concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero-neutral para asistir a las partes para que lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión que el tercero pueda emitir sea ejecutable. Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. El conciliador, colabora para resolver la controversia de las partes. La diferencia específica reside en las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que ellas mismas resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución; el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.

2.- Mandatario: Hay quien postula que el árbitro, es un mandatario de las partes, por lo cual el arbitraje es asimilable a un mandato. Se le encomienda la realización de un acto jurídico. Considero que la caracterización peca de algo importante que es su diferencia específica en el mandato, los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo. Las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver, por lo que la asimilación parece inadecuada.

3.- Transacción: Algunos asimilan al arbitraje a una transacción. El motivo principal reside en que comparten algo en común: mediante ambos se obtiene a un documento que tiene fuerza de cosa juzgada. Existen tres motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje.

9.1.- El primero, es palpable: en la transacción no hay tercero.

9.2.- El segundo, es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia. En arbitraje

esto no sucede. No hay recíprocas concesiones. El árbitro determinará a quien asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.

9.3.- El arbitraje resulta en un acto jurisdiccional. La transacción es un contrato. En la transacción no hay una renuncia de ejercer ante tribunales un derecho de acción. En el arbitraje sí. Lo cual es un elemento esencial de la transacción.

Requisitos para ser árbitros:

Son muchos los requisitos y virtudes que requieren de los árbitros. El derecho arbitral está diseñado para poder regular adecuadamente diversos tipos de arbitrajes. Ante ello, la inclusión en la ley de requisitos que sean apropiados para una especie de casos podría tornarlo inadecuado para otros.

1.- La imparcialidad, se entiende como un criterio subjetivo y difícil de verificar: alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia de una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión.

2.- La Independencia, la noción descrita, que ha sido generalmente aceptada como buen derecho, se ha enfrentado con discusiones de grado que hacen difícil deslindar su alcance. Hay quien dice que se calificará de independiente al árbitro que carezca de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”.

3.- Neutralidad: la distancia del árbitro para con la cultura jurídica, política y religiosa de las partes. El desligamiento del ambiente jurídico, económico y político de donde proviene la disputa o las partes.

4.- Imparcialidad: ausencia de una preconcepción (favorable o desfavorable) sin examen previo del fondo jurídico de la controversia.

5.- Objetividad: aprensión fiel de la realidad.

9.4 La composición y designación del tribunal (Árbitros):

En la constitución de un tribunal arbitral pluri-membre³⁵, la designación por cada parte de 'su' árbitro, es uno de los pasos estratégicos más decisivo del éxito de un procedimiento arbitral. Por consiguiente, su designación o aceptación debe obedecer a razones diversas que pueden resumirse en cualidades morales e intelectuales (incluyendo profesionales y académicas).

Las partes tienen derecho a decidir quién será 'su' árbitro. Lo anterior es un resultado natural del carácter consensual del arbitraje. En la medida en que la legitimidad del arbitraje descansa en la confianza depositada en los árbitros, nace el derecho de las partes de designar el o los árbitros que reúnan dicha cualidad. La facultad de designar a un árbitro forma parte de la voluntad conjunta de las partes de escoger un tribunal arbitral compuesto por árbitros que son, todos independientes e imparciales.

La designación que lleva a cabo cada parte de 'su' árbitro no es un acto unilateral, sino un paso que forma parte de la manifestación de voluntad conjunta de las partes de crear un tribunal que reúna dichas características. La aclaración, es prudente puesto que en la práctica se observa que con frecuencia partes designan árbitros que no reúnen dichas características. Ello constituye un abuso del derecho de designar a un árbitro de su confianza. Cada árbitro tiene que ser tan independiente e imparcial como lo sería un árbitro único o el presidente del tribunal arbitral.

9.5 Número de Árbitros:

Existe libertad en la composición del tribunal arbitral. Durante los debates de dicho precepto de la Ley Modelo, en el consenso que la Ley

³⁵ Pluri-membre, consta de varios miembros o elementos. Diccionario de la Real Academia Española. Del.rae.es.

Modelo no debía contener una disposición imperativa y que la libertad contractual de las partes sobre el número de árbitros debe ser expresamente mencionada.

Algunas disposiciones requieren que el tribunal arbitral debe estar compuesto por número impar de árbitros, otras le permiten a las partes disponer en forma contraria de dicho requisito, y aún otras legislaciones han optado por no contener disposición alguna sobre la materia.

Los árbitros pueden ser arbitradores o de derecho, como se les ha conocido. O en otras palabras, como lo expresa el artículo 8 de la Ley de arbitraje comercial: árbitros de derecho y de equidad.

9.6 Clases de Árbitros:

1.- Árbitros de Derecho: son quienes deben observar las disposiciones de Derecho en la fundamentación de los laudos, artículo 12 del Código Procesal Civil, (C.P.C)

2.- Los árbitros de Equidad: Procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente la equidad. Si no hubiese indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderán como árbitros de derecho. (Artículo 13 del C.P.C).

Los árbitros, sean de derecho o de equidad, tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato los usos y costumbres mercantiles.

Obligaciones de los Árbitros:

Tienen la obligación de asistir a todas la audiencias del procedimiento arbitral, salvo causas justificadas. El árbitro que dejare de asistir a dos audiencias sin justificación, o salvo acuerdo en contrario del Tribunal acumulare cuatro (04) inasistencias aun cuando fueren justificadas, quedará relevado de su cargo, estará obligado a reintegrar al Presidente del Tribunal

Arbitral, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, el porcentaje de sus honorarios que éste último determine teniendo en cuenta la función desempeñada. Y salvo acuerdo en contrario de las partes, tienen también la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral.

Derechos de los Árbitros:

Los árbitros tienen el derecho de percibir sus honorarios profesionales en contraprestación de la misión para la cual fueron designados. Es una justicia alternativa, privada y onerosa. (Artículo 19 de la Ley de Arbitraje comercial).

10. El Árbitro como amigable Componedor

Es una regla en el arbitraje comercial internacional que los árbitros solo pueden actuar como amigables componedores en caso de que las partes así lo acuerden.

Un árbitro autorizado para actuar como amigable componedor tiene la facultad de apartarse de toda norma de derecho y aplicar directamente la solución que considere más justa y adecuada para el caso concreto. Sin embargo, no le está prohibido aplicar normas de derecho para solucionar la controversia.

El árbitro componedor puede estar autorizado para la no aplicación de las normas materiales de los contratos arbitrales, cuando considere que las mismas no conducirán a la justicia material del caso en concreto. En consecuencia, cuando la aplicación de las cláusulas contractuales arroje resultados injustos, el árbitro podría dejar de aplicar la norma que consagra la obligatoriedad de los contratos y separarse de lo estipulado en el mismo.

Aun cuando el árbitro autorizado para actuar como amigable componedor puede decidir sin necesidad de acudir a ningún ordenamiento jurídico, éste deberá tomar en cuenta las normas de aplicación necesaria y de orden público del lugar del arbitraje y de los estados en donde el laudo sería potencialmente ejecutado, todo ello a los fines de evitar que el laudo arbitral sea declarado nulo o se niegue su reconocimiento y ejecución³⁶.

11. El Arbitraje Comercial Internacional

El Arbitraje Comercial Internacional, es producto de un acuerdo entre las partes para dirimir a través de árbitros en número impar, una controversia jurídica de naturaleza mercantil, susceptible de transacción, independientemente de cual sea la fuente de la obligación. Para que se lleve a efecto, es necesario que conste como compromiso en el contrato, cuando esta es la fuente de la obligación, la cual se denomina clausula compromisoria o clausula arbitral; y si esta no consta, no impide que las partes convengan, independientemente de la fuente de la obligación que le da origen, en tramitar y dilucidar el conflicto de intereses mediante arbitraje.

En este concepto pueden observarse los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un conflicto de naturaleza Mercantil.
- b) Que sea producto de un acuerdo entre partes por escrito.
- c) Que se trate de una controversia jurídica susceptible de transacción.

La Ley de arbitraje Comercial, no se creó para dirimir controversias de naturaleza civil y tampoco administrativas, porque, en cuanto a las primeras,

³⁶ Fouchard, P. (1992). En Internacional. SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

está establecido el proceso de arbitramento en el Código de Procedimiento Civil; y respecto a las segundas, solo es posible cuando los entes público ejecuten actos de comercio y quedan sujetos a las leyes Mercantiles. Por consiguiente, puede afirmarse, que las controversias objeto del arbitraje comercial deben derivarse de los actos de comercio objetivos y subjetivos, unilaterales o bilaterales, y pueden incluirse los derivados de actos de comercio marítimos susceptibles de transacción, sin perjuicio de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente.

El arbitraje comercial internacional como tal, debe ser suficientemente amplio para abarcar el mayor número de transacciones que se desarrollan actualmente en el comercio internacional y que, a su vez, respete los distintos contenidos del derecho comercial adoptados en cada Estado.

11.1. Definición comercial.

Al regular el arbitraje, el nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, no define lo que debe entenderse por “comercial”. La doctrina Francesa sostiene que no es aplicable al arbitraje comercial internacional el sentido estricto que el derecho Francés le otorga al término comercial en el marco de las relaciones comerciales de índole local. Por el contrario, la Doctrina Francesa reconoce la necesidad de dar una interpretación amplia al término comercial dentro del marco del arbitraje comercial internacional, entendiendo como tal cualquier intercambio económico que traspase las fronteras nacionales.

Otro aspecto que ha sido objeto de controversias es si los arbitrajes relacionados con controversias en las que una de las partes es un Estado, una empresa controlada por un Estado o un organismo de derecho internacional público, puede ser calificado como un arbitraje comercial.

En este sentido, la doctrina Francesa ha sostenido, sobre la base de una interpretación amplia de lo que debe entenderse por comercial, que las controversias entre entes públicos que se deriven de relaciones comerciales de carácter internacional deben ser incluidas dentro del ámbito del Arbitraje Comercial internacional. Sin embargo, aquellos arbitrajes que dirimen controversias que se refieren exclusivamente a relaciones de derecho internacional público no pueden ser considerados arbitrajes comerciales internacionales.

11.2. Definición de Internacional.

La doctrina ha propuesto distintos criterios para determinar la internacionalidad del arbitraje. Estos criterios han sido agrupados en dos grandes categorías, a saber: los criterios jurídicos y los criterios económicos.

11.2.1 Criterios Jurídicos:

Se caracterizan por concentrarse en elementos específicos del arbitraje que, por estar conectados con más de un ordenamiento jurídico, determinarán la internacionalidad del arbitraje. Estos elementos son:

- a) El domicilio, nacionalidad, residencia, o asiento principal de las partes;
- b) El domicilio, nacionalidad o la residencia de los árbitros;
- c) El lugar de celebración del contrato objeto de controversia;
- d) El lugar de ejecución de dicho contrato;
- e) La nacionalidad o el asiento principal de la institución arbitral;
- f) El lugar donde el laudo arbitral será ejecutado;
- g) El lugar del arbitraje; y

h) El derecho escogido por las partes para regular el acuerdo arbitral, el fondo de la controversia y/o el procedimiento arbitral.

Fouchard³⁷, atribuye a los criterios jurídicos una utilidad específica. El citado autor afirma que los criterios jurídicos permiten determinar si un arbitraje, está conectado con un único ordenamiento jurídico, en cuyo caso estaríamos en presencia de un arbitraje comercial; (b) si está conectado con más de un ordenamiento jurídico, en caso tal estaríamos en presencia de un arbitraje extranjero en un momento específico; y (c) sin conexión con ordenamiento jurídico alguno, en cuyo caso estaríamos ante un arbitraje anacional³⁸.

Desde esta perspectiva, se puede observar, si todos los factores enumerados anteriormente están conectados en un solo Estado, el arbitraje será un arbitraje nacional regulado por el Derecho de ese estado. En caso de que uno o más elementos estén conectados con varios Estados, podríamos estar en presencia de un arbitraje extranjero u internacional.

En efecto, el ordenamiento jurídico de un estado determinado podría exigir el cumplimiento de ciertos requisitos para reconocer y/o ejecutar un laudo extranjero o anacional, no exigibles a un laudo nacional.

11.2.2 Criterios económicos:

³⁷ Fouchard, Philippe. (1996). *El arbitraje Comercial Internacional*. En negocios Internacionales Mercosur. Buenos aires-Argentina., Publicaciones conjuntas.

³⁸ Es importante destacar que por arbitraje anacional o desnacionalizado se entiende aquel que se encuentra sustraído de la regulación de todos los sistemas legales nacionales y se encuentra sometido a regulaciones transnacionales tales como la *lex mercatoria* o los principios generales del derecho.

SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

Al respecto, la doctrina sostiene que cualquier transacción que implique un movimiento de bienes, servicios o fondos más allá de las fronteras nacionales, o concerniente a la economía o la moneda de al menos dos Estados, necesariamente involucra los intereses del comercio internacional.

El criterio económico también ha sido adoptado por otras leyes internas, bien sea de forma exclusiva o en conjunción con criterios jurídicos, así como también la Ley Modelo³⁹.

12. Fuentes del Arbitraje Comercial Internacional

En orden cronológico de ratificación o adhesión, las fuentes internacionales que regulan el arbitraje comercial internacional vigentes en Venezuela, en sentido amplio, son las siguientes:

12.1.- El acuerdo sobre ejecución de actos extranjeros (Acuerdo Boliviano).

El Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros, fue aprobado en el marco del Congreso Boliviano celebrado en Caracas en 1911. Es el primer tratado internacional vigente en Venezuela sobre la materia. Se limita a regular un aspecto específico del arbitraje, esto es, la eficacia extraterritorial de un laudo arbitral dictado en asuntos civiles o comerciales en un Estado parte.

³⁹ La ley Modelo de CNUDMI sobre arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo) aprobada por la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 21 de Junio 1985, constituye uno de los instrumentos más importantes en materia de arbitraje comercial internacional dado al amplio número de Estados que le han incorporado a sus ordenamientos jurídicos. SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

12.2.- La Convención Interamericano sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (la Convención de Montevideo) fue aprobada en el marco de la segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), celebrada en Montevideo, Uruguay en 1979⁴⁰.

La Convención de Montevideo se aplica a las sentencias y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que un Estado Parte hiciera expresa reserva de limitarlo a las sentencias de condena en materia patrimonial. Venezuela no hizo reserva alguna al ratificar la Convención de Montevideo.

El artículo 5 de la Convención de Panamá, regula las causales de denegación de reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral en materia comercial. En consecuencia y en virtud de lo señalado en el artículo 1 de la Convención de Montevideo, esta última no resulta aplicable en Venezuela para regular la eficacia extraterritorial de laudos extranjeros sobre materia comercial.

Adicionalmente, la Convención de Montevideo consagra la posibilidad de admitir la eficacia parcial de un laudo extranjero y establece cuales son los documentos necesarios para solicitar la eficacia extraterritorial de un Laudo.

⁴⁰ La **Convención de Montevideo**, conocida como la convención sobre los derechos y deberes de los Estados, es un tratado internacional firmado en **Montevideo**, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos. Establece cuatro criterios característicos del Estado: 1. Población permanente; 2. Territorio determinado; 3. Gobierno; 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás estados. SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

12.3.- La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Convención de Panamá), fue aprobada en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I), celebrada en Ciudad Panamá en 1975.

La Convención de Panamá, fue ratificada por Venezuela a menos de un mes de haber ratificado la Convención de Montevideo. Hasta la fecha, es el único tratado internacional vigente en Venezuela que regula en forma general la institución del arbitraje comercial internacional. Su texto sigue muy de cerca los principios establecidos en el Convenio de Nueva York.

12.4.- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

Aprobada en Nueva York en 1958, esta convención tiene carácter universal y ha sido ratificada por un gran número de Estados. En consecuencia, es quizá el tratado internacional de mayor relevancia sobre la materia en la comunidad jurídica internacional.

El objeto de la Convención de Nueva York, es regular el reconocimiento y la ejecución de (i) laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto a aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos; y (ii) sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución.

Además de los cuatro tratados internacionales arriba mencionados, Venezuela ha ratificado una serie de tratados multilaterales⁴¹ y bilaterales que regulan materias distintas al arbitraje comercial internacional y solo se refieren a dicha institución al establecerla como medio de solución alternativa de controversias.

13. Fuentes legales del Arbitraje Comercial Nacional, las llamadas (Fuentes Internas)

13.1.- Constitución Nacional:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagra por primera vez un principio constitucional relativo a la promoción del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos⁴². En efecto, el artículo 258 de la Constitución Nacional establece lo siguiente: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Adicionalmente, el artículo 253 de la constitución consagra que el sistema de justicia venezolano está integrado, entre otros, por los medios alternativos de justicia:

⁴¹ **Tratados Multilaterales**, involucra a tres o más países que desean regular el comercio entre naciones, con la intención de reducir las barreras comerciales, aumentar la integración económica entre los países participantes. El tratado de libre comercio entre la República de Venezuela, México y Colombia (publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.833 de fecha 29/12/1994). **Tratados Bilaterales**, involucra un par de países que tienen acuerdos exclusivos entre sí; como loa minerales en bruto, para fabricar productos terminados. Convenio para el estímulo y protección recíproco de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países bajos (publicado en Gaceta Oficial N° 285.320 de fecha 06/08/93).

SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

⁴² Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpressa en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de Marzo de 2000.

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** (resaltado por la autora).

De esta manera, por primera vez se reincorpora en Venezuela una norma de rango constitucional que se pronuncia a favor de la promoción de los medios alternativos de solución de conflictos en general y del arbitraje en especial.

En atención a estas disposiciones constitucionales, el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 20 de junio de 2001 ha expresado:

Esta sala debe asentar que, la Constitución (...) consagro (...) *el deber que tiene la legislación de promover el arbitraje* (...) como alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial, esto es, no otra cosa sino la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos (resaltado por la autora).

Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de Sala Político-Administrativa, de fecha 8 de febrero de 2002, reconoció el carácter sencillo y expedito del arbitraje como un mecanismo para resolver las controversias de los particulares⁴³.

En este sentido, podría afirmarse que el ordenamiento jurídico venezolano, participa de un sistema proarbitraje en virtud de sus disposiciones constitucionales antes expuestas y de la consagración del

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 8 de febrero de 2002, caso Hanover P.G.N. Compressor, C.A, contra Consorcio Cosacovenca. <http://www.tsj.gov.ve>

arbitraje como un medio de solución de conflictos, en un importante número de leyes internas⁴⁴.

13.2.- Código de Procedimiento Civil.

Las disposiciones sobre el arbitramento contenidas en la Parte Primera, Título I del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil (CPC), regulan al arbitraje en general, sin distinguir entre arbitraje interno o internacional.

En efecto, el artículo 608 consagra las bases del arbitraje en Venezuela al establecer que las partes pueden “comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”

Con la reforma del Código de Procedimiento Civil (CPC), se incorpora el principio de la obligatoriedad del acuerdo arbitral, ya que bajo el CPC derogado de 1916, el compromiso arbitral carecía de carácter obligatorio.

A partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), esta ley resulta de preferente aplicación frente al CPC, cuando las controversias sometidas a arbitraje sean de naturaleza comercial. El CPC no contiene regulación alguna especial en materia de arbitraje internacional.

13.3.- Ley de Arbitraje Comercial (LAC):

El 7 de abril de 1998 fue publicada en Gaceta Oficial N° 36.430, la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), regulándose así, por primera vez, esta institución en el país a través de una ley especial.

⁴⁴ Las Leyes internas contemplan al arbitraje como medio de solución de conflictos: La Ley sobre Derecho de Autor (artículo 62), la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículo 17) y su reglamento.

Una de las primeras interrogantes que han surgidos en la mente de los iusprivatistas nacionales con respecto a la LAC, es así, que la misma resulta aplicable al arbitraje comercial internacional o, si por el contrario, esta se limita al arbitraje interno.

El primero de estos elementos es el antecedente directo que sirvió de base a la LAC. En efecto, según la exposición de motivos de la LAC, la ley de Arbitraje Comercial está basada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial aprobada en 1985, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, (UNCITRAL).

La Ley Modelo, es un instrumento diseñado para ser aplicado al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, nuestra LAC se apartó sustancialmente de las disposiciones contenidas en la ley modelo al regular su ámbito de aplicación, por lo que su aplicabilidad al arbitraje internacional resulta confusa.

La exposición de motivos de este primer proyecto al analizar el objetivo general de la LAC, señalaba:

El objetivo de esta Ley es establecer normas sobre arbitraje comercial, *tanto nacional como internacional*, que estén acordes con la normativa similar de otros países del mundo (...) El arbitraje es la forma por excelencia de resolución de disputas en el comercio, *tanto nacional como internacional* (...) El objetivo principal de esta ley es crear condiciones que den seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros, pero además se persiguen otros fines, como son: (...) c- Permitir que los procedimientos de arbitraje que se sigan correspondan a *normas de conocimientos y aceptación internacional*. d- *Abrir para Venezuela la oportunidad de ser foro de arbitraje internacionales*, no necesariamente relacionados con el país pero en los cuales tiene experiencia y capacitación, por la vía de la adopción de reglas de arbitraje comercial internacional (resaltado nuestro).

Por último, al referirse a los problemas que se pretenden resolver, la exposición de motivos concluye diciendo “la ley se aplicaría tanto al **arbitraje comercial nacional como el arbitraje internacional**” (resaltado mio).

En vista de lo anteriormente expuesto, es indiscutible que este proyecto de ley fue presentado ante el entonces Congreso Nacional de la República con la intención de regular en un mismo instrumento al arbitraje comercial nacional e internacional.

En consecuencia, pareciera correcto concluir que la LAC fue diseñada, al menos en su forma originaria, para regular y promover en el país al arbitraje comercial internacional como medio alternativo de solución de controversias. Sin embargo, durante el proceso de formación legislativa de la LAC, dicha intención fue desviada en forma inexplicable. El proyecto original se separó considerablemente de la Ley Modelo y terminó en una Ley que, aparentemente, se limita a regular al arbitraje comercial interno.

Esto ha llevado a la doctrina venezolana a la necesidad de pronunciarse a favor o no de la aplicabilidad de la LAC al arbitraje comercial internacional.

En efecto, para Maekelt⁴⁵, la inclusión de ciertas disposiciones que interesan al arbitraje comercial internacional, tales como la disposición que establece la supremacía de los tratados internacionales frente a la LAC (artículo 1), la regulación del lugar del arbitraje (artículo 9), del idioma del mismo (artículo 10), del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49), y el establecimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para regular el derecho aplicable al acuerdo arbitral (artículo 49), son razón suficiente para concluir que la LAC es aplicable al arbitraje comercial internacional.

Sin embargo, esta Ley carece de regulación sobre aspectos medulares del arbitraje comercial internacional tales como la definición de los

⁴⁵ Maekelt, T. (2000). El arbitraje. Universidad Central de Venezuela- Caracas. Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 117.

términos “comercial” e “internacionales” y la regulación del derecho aplicable al fondo de la controversia.

A pesar de las carencias de la LAC, en cuanto arbitraje internacional se refiere, debe reconocerse que esta ley contempla ciertos principios de carácter fundamental que interesan tanto al arbitraje internacional como al nacional. Ejemplo de estos principios son: el carácter obligatorio del acuerdo arbitral, así como su carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria (artículo 5), el principio Kompetenz-kompetenz (artículos 7 y 25) y el principio de la autonomía del acuerdo arbitral frente al contrato principal (artículo 7).

En cuanto al arbitraje comercial internacional se refiere, estos principios consagrados en la LAC, unidos a aquellos establecidos en los tratados internacionales ratificados por Venezuela, deben ser considerados, entonces, como las directrices generales adoptadas en nuestro ordenamiento jurídico en relación al arbitraje comercial internacional e interno.

13.4.- Especial referencia a la Ley de Derecho Internacional Privado:

La Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana establece en su artículo 62⁴⁶: “Salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”⁴⁷.

⁴⁶ La Ley de Derecho Internacional Privado fue publicada en Gaceta Oficial N° 36.511, de fecha 6 de Agosto de 1998.

⁴⁷ El artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece las materias en las cuales los tribunales venezolanos tienen jurisdicción exclusiva y excluyente de tribunales jurisdiccionales o arbitrales extranjeros

Es de hacer notar que, en principio, el arbitraje comercial internacional se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley de derecho Internacional Privado.

14.- Del Proceso Arbitral

Principios Rectores de del Procedimiento Arbitral.

En la constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, se hacen referencias al arbitraje o medios alternos de resolución de conflictos que pueden dar una idea bastante aproximada de los principios que rigen el procedimiento arbitral. En el artículo 253 de la Constitución que describe a grandes rasgos el poder judicial en Venezuela, en dicho artículo se habla de todos los organismos que integran el sistema de justicia empezando por el Tribunal Supremo de Justicia y terminando por los abogados autorizados para el ejercicio.

Entre tales sistemas y organismos se incluye a los “medios alternativos de justicia”, los cuales de manera genérica, formarían entonces parte del sistema de justicia, a pesar de no ser considerados como parte del sector público. En el artículo 258, que declara: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alternativo para la solución de conflictos”. El artículo 151, que declara “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una clausula 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”

A pesar de lo expresado anteriormente y en especial en lo respecta a la LAC, la legislación se muestra favorable al arbitraje y especialmente a permitir que en esa materia rija principalmente la voluntad de las partes. En efecto, las normas de procedimiento contenidas en la LAC son fundamentalmente supletorias, y solo se aplican cuando las partes no han pactado algo diferente o en caso de que, en el arbitraje institucional, las normas del correspondiente reglamento del Centro de Arbitraje elegido no contengan normas específicas.

En materia de procedimiento arbitral, rige fundamentalmente lo que las partes hayan pactado o puedan pactar durante el proceso, y en su defecto las disposiciones del correspondiente reglamento del Centro de Arbitraje, las cuales suelen referir a los propios árbitros las decisiones meramente procesales, siempre bajo la regla de que se respete la igualdad entre las partes y que ambas tengan la posibilidad de defensa y el derecho al debido proceso⁴⁸.

EL PROCESO ARBITRAL, lo comprenden varias fases y actos procesales relacionadas: con la constitución del tribunal Arbitral, la fijación y consignación de honorarios de los árbitros y de los costos procesales, la duración del procedimiento, la citación y comparecencia de las partes, la excepción de incompetencia, las medidas cautelares y las pruebas, audiencias, alegatos y pruebas, facultades de los árbitros durante el procedimiento, así como con respecto al laudo y su aclaratoria.

14.1.- Constitución del Tribunal Arbitral:

⁴⁸ ALBORNOZ, P. (2012) *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas-Venezuela, Editorial Ediciones Liber.

Existiendo el convenio escrito entre las partes de resolver el conflicto pendiente por medio del Arbitraje Comercial y la voluntad de llevarlo a efecto, las partes inician el procedimiento designando los árbitros o el árbitro único.

Designados los árbitros y aceptado su nombramiento, se constituye en Tribunal Arbitral y se notifica a las partes de dicha instalación. En el acto de instalación se fijan sus honorarios y los costos procesales, los cuales pueden ser objetados dentro de los cinco días siguientes a la providencia de fijación estableciendo las sumas que consideren las juntas. Si la mayoría de los árbitros no estuviesen de acuerdo, cesa el procedimiento (art. 19 LAC).

14.2.- Consignación de Honorarios y Costos Procesales. Distribución.

Decidida la fijación de gastos y honorarios, cada parte consignara dentro de los diez (10) días siguientes lo que respectivamente les corresponda. El depósito se hará a nombre del Presidente del Tribunal arbitral quien abrirá una cuenta especial para tal efecto. Si una de las partes no consigna la cuota la otra podrá hacerlo dentro de los quince días hábiles siguientes. Y si no hay consignación por ninguna de las partes dentro de los términos expresados, cesa el procedimiento y se entiende que desisten del proceso de arbitraje y, en su defecto, podrán ocurrir a la jurisdicción ordinaria a dirimir su controversia. Se entenderá como un desistimiento recíproco.

Efectuada la consignación, cada árbitro recibirá no menos de la mitad de los honorarios correspondientes y el resto quedará depositado en la cuenta correspondiente. El presidente del tribunal Arbitral distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo arbitral o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente (Art. 20 LAC).

14.3.- Duración del Proceso Arbitral:

Si en el acuerdo de arbitraje no se señalare término de duración del procedimiento, este será de seis (6) meses contados a partir de la constitución del Tribunal Arbitral una o varias veces, de oficio o solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al término antes señalado se sumaran los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso. O sea que los días de interrupción y paralización del proceso por causas legales se sumaran al término de seis meses, en ese supuesto, los que por el contrario no se incluyen en dicho término. Esto quiere decir, que el proceso arbitral dura el término fijado más la prórroga o prórrogas y los días por interrupción y paralización por causas legales (Art. 22 LAC).

14.4. Citación. Primera Audiencia.

El tribunal Arbitral citara a las partes para la primera audiencia de trámites, con diez (10) días hábiles de anticipación expresando fecha, hora y lugar en que se celebrara. La providencia será notificada por comunicación escrita a las partes o a sus apoderados (Art. 23 LAC).

Esta audiencia constituye un acto de concentración procesal en el cual se considerara la cláusula compromisoria o el convenio de arbitraje y las cuestiones sometidas a decisión arbitral. En esta audiencia, también, se consideraran las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía, así como el aporte de documentos que estimen pertinentes y referencia de los documentos o pruebas que vayan a presentar (Art 24 LAC).

14.5. Excepción de Incompetencia y sobre la Existencia y Validez del Arbitraje.

El tribunal arbitral tiene facultades para decidir sobre su propia competencia y sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del

acuerdo de arbitraje (*lura novit curia*)⁴⁹. La excepción de incompetencia tiene que ver con las controversias exceptuadas de arbitraje y con la materia que no sea mercantil o marítima susceptible de transacción, que es de orden público. También podría existir una falta de jurisdicción por corresponder a un Tribunal extranjero en virtud de un tratado internacional (Art 3 y 25 LAC).

Cuando se trata de un acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato, se considerara como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje. Es la excepción de nulidad como defensa de fondo distinta a la excepción de nulidad del acuerdo arbitral (Art. 7 LAC).

Solo la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral de conocer de la causa debe oponerse dentro del término de cinco días hábiles siguientes a la Primera Audiencia de Tramites, como efectivamente se le denomina, sin perjuicio de que pueda oponerse fuera de lapso cuando el Tribunal Arbitral considere justificada la demora (Art. 25 LAC).

14.6.- De las Medidas Cautelares.

Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal Arbitral podrá exigir garantía suficiente de parte del solicitante (Art. 26 LAC).

Es facultativo del Tribunal Arbitral, dictar medidas cautelares de las previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, con la diferencia de que queda en el poder discrecional del Tribunal exigir garantía

⁴⁹ ***lura novit curia***, es un aforismo latino, que significa literalmente "el juez conoce el derecho", utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal, según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas.

suficiente a la parte solicitante, como lo previene el artículo 1.099 del código de comercio. No obstante esta disposición legal, es oportuno advertir: que en el Proceso Arbitral no se admitirán incidencias (Art 27 LAC) y, por tanto, la parte contra la cual obre la medida esta privada del derecho de hacer oposición en los términos previstos en el parágrafo segundo del Artículo 588 Código de Procedimiento Civil, en flagrante violación de su derecho de defensa (Art. 49 Constitución Nacional).

En atención a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, declaro la nulidad parcial del Artículo 1.099 del Código de Comercio. Pero, por otra parte, no es jurídicamente concebible en el proceso arbitral, que por su naturaleza es una institución jurídica de carácter privado, una vía amigable y un medio de solución pacífica de los conflictos que se someten a su consideración, que se permita al Tribunal Arbitral y a solicitud de parte decretar y pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia para la ejecución de medidas cautelares como si se tratara de un juicio mercantil, que es la justicia forzosa y obligada a la que las partes sujetan la decisión de sus controversias. Las medidas cautelares, contra la voluntad de la parte contraria, viola la propia esencia del proceso arbitral (Art.5 y 28 LAC).

14.7.- Audiencia, Pruebas y Alegatos.

El Tribunal arbitral realizara las audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciaran sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas. En el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias. El Tribunal arbitral o cualquiera de las partes podrán pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias (Art. 27 y 28 LAC).

14.8.- Facultades de los Árbitros Durante el Procedimiento.

Los árbitros deberán resolver sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse. La tendencia de cualquier procedimiento de tacha no impide la continuación del procedimiento (Art. 27 LCM y 499-501 CPC).

14.9.- Del Laudo Arbitral. Aclaratoria, Corrección y Complemento.

El procedimiento arbitral culmina con un laudo, el cual será dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del Tribunal Arbitral. En las actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastaran las firmas de la mayoría, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas y de los votos salvados consignados (Art. 29 LAC).

El laudo del Tribunal Arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario, y constara en él la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje (Art.30 LAC).

Las costas del arbitraje serán fijadas por el Tribunal Arbitral en el laudo en el cual también se decidirá a quien corresponda cubrir dichas costas y en qué proporción (Art. 20 Primer Aparte LAC).

Dictado el laudo Arbitral se notificara a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros, y el mismo será de obligatorio cumplimiento (Art. 31 LAC).

El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el Tribunal de Arbitraje de oficio o a solicitud presentado por una de las partes, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del mismo (Art. 32 LAC).

15. Del Domicilio Comercial

15.1.- Consecuencias Jurídicas.

Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el Tribunal arbitral lo determinara, atendiendo a las circunstancias del caso, inclusive, la conveniencia de las partes. El lugar del arbitraje es fundamental porque debe constar en el laudo. Se trata de la competencia territorial del arbitraje, que no es de orden público, y que la ley deja a la voluntad de las partes como cuando permite la elección de domicilio para los efectos de los contratos (Art. 9 LAC).

15.2.- La Competencia.

Esa competencia territorial del arbitraje, en ese sentido, está determinada por la ley, que es la que determina las competencias. Al efecto, es competente por el territorio el Tribunal de Primera Instancia Mercantil del lugar del arbitraje al cual requiere asistencia el tribunal de Arbitraje para la evacuación de ciertas pruebas, de la ejecución de determinados actos, del nombramiento de árbitros en los casos permitidos por la ley y para la ejecución del laudo arbitral. Y, también, es competente por el territorio el Juzgado Superior Mercantil de esa jurisdicción a los efectos de interponer y decidir el recurso de nulidad único medio de impugnación del laudo arbitral (Art. 17, 28, 35 y 43 LAC)

Respecto a la competencia por la cuantía hay que tener en cuenta las competencias que tienen los Juzgados de Parroquia, Municipio, Distrito y Primera Instancia en materia Mercantil, cuando el interés o la cuantía del arbitraje la determine el Tribunal de Arbitraje conforme a lo previsto en el Artículo 24 de la Ley de Arbitraje en la Primera Audiencia de Trámite del proceso arbitral, al cual nos referimos anteriormente; y también, a los efectos de determinar el Tribunal Superior en grado.

Por las anteriores razones es que los Artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial hacen referencia que el Tribunal de Arbitraje está facultado para decidir acerca de su propia competencia, no solo por el territorio y por la cuantía, sino además por la materia cuando no sea Mercantil, este exceptuada de arbitraje o no sea susceptible de transacción.

16. Las Causas de terminación del Proceso Arbitral

El Tribunal Arbitral cesara en sus funciones, por las causas siguientes:

1º Cuando no se haga oportunamente la consignación de los gastos de honorarios de los gastos de honorarios de los árbitros Previstos en la ley.

2º Por voluntad de las partes.

3º Por la emisión del laudo.

4º Por la expiración del termino fijado para el proceso o el de su prorrogación.

También, puede cesar el proceso arbitral, cuando todos los árbitros o la mayoría de ellos se inhibieren o fueren recusados, el Tribunal declarara concluidas sus funciones, quedando las partes en libertad de acudir a los jueces de la República o de reiniciar el procedimiento arbitral (Art. 39 LAC).

Terminando el proceso, el Presidente del Tribunal deberá hacer la liquidación final de los gastos, entregara a los árbitros el resto de sus honorarios, pagará los gastos pendientes y, previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes (Art 34 LAC).

16.1 De la Anulabilidad del Laudo.

Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente

del lugar donde se hubiese dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado deberá acompañar al recurso interpuesto.

Suspensión de efectos:

La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en caso que el recurso fuere rechazado. En el auto de admisión del recurso se determinara la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso, la cual deberá otorgar dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes a partir del auto de admisión (Art. 43 y 45 LAC).

16.2 Causas de Anulabilidad del Laudo Arbitral.

La nulidad del laudo dictado por el Tribunal Arbitral, se podrá declarar por las causales taxativas siguientes:

- a) Falta de consentimiento del acuerdo de arbitraje. Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje (Art 136 CPC y 1141 y 1346 C.C).
- b) Violación al derecho a la defensa. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos. (Art. 15 C.C).

- c) Violación del procedimiento. Cuando la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta ley (Art. 12 y 15 LAC)
- d) Extrapetita y Ultrapetita⁵⁰. Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo (Art. 12 CPC).
- e) Acuerdo arbitral cuestionado. Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aun vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral.
- f) Razones de orden público. Cuando el Tribunal Superior competente ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público (Art. 3 LAC).

16.3 Inadmisibilidad del Recurso de Nulidad.

Admitido el recurso y dada la caución, el Tribunal Superior conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil (Art. 47 LAC).

El tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad en dos casos:

⁵⁰ **Extra petita**, es una expresión latina, que significa "por fuera de lo pedido", que se utiliza en el derecho para señalar la situación en la que una resolución judicial concede derechos que no fueron pedidos por una de las partes.

Ultra petita, es un expresión latina, que significa "más allá de lo pedido", que se utiliza en el derecho para señalar la situación en la que una resolución judicial concede más de lo pedido por una de las partes.

- 1) cuando sea extemporánea su interposición, es decir, cuando el recurso de nulidad se interponga antes de la notificación del laudo o después de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.
- 2) Por falta de causa legal, es decir, cuando las causales de anulabilidad invocadas en el recurso de nulidad no se correspondan con las causales anteriormente referidas, previstas en el Artículo 44 de la ley de arbitraje comercial (Art. 45 LAC).

16.4. Declaratoria sin lugar del Recurso de nulidad. Consecuencias.

El Tribunal Superior competente declarara sin lugar el recurso de nulidad, en los casos siguientes:

- a) Falta de caución. Es cuando el recurrente no presta la caución que garantice las resultas del proceso, es decir, la que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado, prevista en el Artículo 43 de la ley de Arbitraje Comercial, la cual suspende la ejecución del laudo arbitral (Art 45 LAC).
- b) Falta de fundamentos. Es cuando el recurso de nulidad carece de fundamentos de hecho y de derecho en atención a los cuales debe decidir el Tribunal Arbitral (Art. 12 CPC y Art. 45 LAC).
- c) Inconsistencia de los fundamentos. Es cuando ninguna de las causales invocadas en el recurso de nulidad prospere, lo cual se debe a la falta de consistencia del planteamiento de los hechos y de los fundamentos jurídicos (Art. 46 LAC).

La declaratoria sin lugar del recurso de nulidad conlleva al Tribunal Superior a condenar al recurrente al pago de las costas del recurso; el laudo

arbitral queda firme y es de obligatorio cumplimiento para las partes (Art. 46 LAC).

17. De la Jurisdicción Arbitral. Recurso de Casación.

Una vez, admitido el recurso y dada la caución, el Tribunal Superior conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil (Art. 47 LAC).

Lo anterior tiene que ver con la jurisdicción arbitral, por así decirlo, la cual no es plena en cuanto a que sustancie, decida y ejecute su propia decisión. Como hemos visto, el Juzgado de Primera Instancia Mercantil hace asistencia al Tribunal Arbitral en la evacuación de pruebas, en la ejecución de medidas cautelares (¿?), en el nombramiento de árbitros, según los casos, y en la ejecución del laudo arbitral. En este sentido, comparte la jurisdicción y, a la vez hace las veces de primera instancia, que se agota con la culminación del proceso arbitral con el dictamen del laudo.

Dictado el laudo, el Tribunal Arbitral se desentiende del proceso y, si es recurrido en nulidad, este se interpone ante el Juzgado Superior Mercantil, que puede que lo declare inadmisibile o lo declare sin lugar, en cuyos casos el laudo arbitral surte plenos efectos jurídicos y es de obligatorio cumplimiento para las partes. Su ejecución corresponderá al Juzgado de Primera Instancia Mercantil (Art. 48 LAC).

Por consiguiente, la jurisdicción arbitral, por así decirlo, está constituida por el Tribunal Arbitral y los Tribunales de Primera Instancia Mercantiles, por los Juzgados Superiores Mercantiles y por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Aquí, hay que tener en cuenta, que la jurisdicción mercantil por la cuantía esta atribuida a los Juzgados de Parroquia, a los Juzgados de Municipio y a los Juzgados de Distrito, que son vinculantes y competentes en grado respecto a las

controversias de arbitraje, conforme a la resolución del extinto Consejo de la Judicatura N° 619 de fecha 30 de enero de 1996, publicado en la Gaceta Oficial N° 35.890, de fecha 30 de enero de 1996 (Art. 43 y 48 LAC).

18. De los Centros de Arbitraje en Venezuela y Panamá

El Centro de Arbitraje es el organismo privado, que constituyen las instituciones vinculadas al comercio y a actividades económicas e industriales, así como cualquiera otra institución, de naturaleza distinta, que establezcan el arbitraje como medio de solución alternativa de las controversias de naturaleza mercantil.

Las Instituciones que crean y constituyen los Centros de Arbitraje Comercial son: Las Cámaras de Comercio, cualquiera otra asociación de comerciantes, asociaciones internacionales, universidades y demás asociaciones y organizaciones existentes y que se crearen con posterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial (Art. 11 LAC).

Los centros de arbitraje dictaran su propio Reglamento concerniente al procedimiento arbitral institucional, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso (Art. 12 LAC).

El Reglamento deberá contener:

- a) El procedimiento para la designación del Director del centro, sus funciones y facultades.
- b) Las reglas del procedimiento arbitral.
- c) El procedimiento de elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deberán

reunir los árbitros; las causa de exclusión de la lista; los tramites de inscripción y el procedimiento para su designación.

d) Las tarifas de honorarios para árbitros; y tarifas de gastos administrativos, las cuales serán revisadas y renovadas cada año.

e) las normas administrativas aplicables al centro; y

f) Cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro.

Todo Centro de Arbitraje contará con una sede independiente, dotada de los elementos necesarios para servir de apoyo a los Tribunales arbitrales, y deberá disponer de una lista de árbitros, cuyo número no podrá ser inferior a veinte (art. 14 LAC). A estos Centros es a donde ocurren las partes interesadas en busca de un arbitraje institucional, en defecto de un arbitraje independiente.

18.1.- VENEZUELA:

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), es una institución encargada de administrar los procedimientos de mediación y arbitraje que cuentan con la experiencia, especialización e infraestructura para que los Mediadores y Árbitros cumplan con el trabajo encomendado, de manera contractual, por las partes; lo que permite que estas satisfagan sus intereses, bien a través de un acuerdo o de un laudo definitivamente firme.

Los Centros de Arbitraje no deciden los casos, sólo los administran, pues la justicia impartida emana de las propias partes (mediaciones) o de un tercero imparcial (árbitro) designado por las estas mismas.

Prestan servicios de Mediación y Arbitraje conforme al Reglamento General que regula el procedimiento, tienen una lista abierta de mediadores y árbitros expertos en diversas materias, así como una amplia red de

colaboradores a nivel internacional para la tramitación de arbitrajes internacionales.

Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), tienden la mano a comerciantes, emprendedores y empresarios (pequeños, medianos y grandes), para la resolución de sus conflictos. Es una forma de administrar justicia a la medida de las necesidades del negocio, de manera eficaz, rápida y eficiente.

Cuenta con 18 años de actividad, el CACC es la Institución de Arbitraje más conocida en Venezuela, con más de 450 expedientes tramitados, es el punto de referencia mundial para el arbitraje en el país.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas recomienda la siguiente Clausula arbitral:

“Toda controversia o diferencia que verse sobre la existencia, extensión, interpretación y cumplimiento de este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje en la Ciudad de Caracas, Venezuela, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. El Tribunal Arbitral estará compuesto por 1 o 3 árbitros, los cuales decidirán conforme a derecho o la equidad.

Este Centro de arbitraje, se rige por la Ley de Arbitraje Comercial, el Reglamento General y Jurisprudencias sobre la materia⁵¹.

18.2.- PANAMÁ:

⁵¹ La información, acerca del Centro de arbitraje en Venezuela, fue extraído de la siguiente página. Internet. <http://arbitrajeccc.org/mision-vision/>.

ALBORNOZ, P. (2012) *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas-Venezuela, Editorial Ediciones Liber.

CORNEJO, R. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Marco Legal y Jurisprudencial. Colombia, LEGIS editores S.A.

Fundada en 1994, el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá es una institución auspiciada por la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá y otros gremios empresariales, cuyo objetivo primordial es promover la utilización del arbitraje, la mediación y la conciliación, como formas de resolución de controversias en la comunidad empresarial nacional e internacional, a través de sus distintos servicios. La resolución de controversias de forma rápida, especializada y económica es fundamental para la atracción de inversión extranjera y el respeto de la seguridad jurídica.

El Centro cuenta con un Consejo Directivo, que es su organismo rector, y administrativamente cuenta con una Dirección, dos Secretarías Arbitraje, Mediación y Conciliación; una Coordinación Administrativa, un Asistente Legal, así como personal administrativo que le permite ofrecer los servicios de administración de procesos arbitrales, conciliaciones y mediaciones, servicios como centro internacional de audiencias y los servicios de consultoría y capacitación.

La Dirección del Centro, lleva a cabo todas las gestiones dirigidas a velar por la transparencia, diligencia, confidencialidad, eficiencia y cuidado de los servicios que ofrece el Centro; garantiza la calidad de los servicios de Arbitraje, Conciliación, Mediación y Negociación, así como también define y coordina los programas de difusión, investigación y desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, con los distintos organismos educativos, gremiales y económicos interesados, ya sean públicos o privados, nacionales e internacionales.

La Secretaría General de Arbitraje, es la responsable de recibir y tramitar todas las solicitudes de procesos arbitrales que son presentadas en el Centro, realizando todo el trámite pre-arbitral de los procesos hasta la constitución del tribunal arbitral. Realiza todas las acciones tendientes al fiel

cumplimiento de los reglamentos del Centro, así como la revisión de forma del Laudo o Sentencia Arbitral. También es la encargada de tramitar las solicitudes de los aspirantes a árbitros y elevar los informes de falta a la ética de los árbitros o mediadores que operan el Centro.

El centro de Arbitraje en Panamá, ofrece el servicio de arbitraje como un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales. Dependiendo si el arbitraje tiene o no elementos extrafronterizos, el arbitraje es nacional o internacional.

El Centro de Conciliación y arbitraje de Panamá (CeCAP), cuenta con un cuerpo de profesionales idóneos para el ejercicio de la función de árbitros y mediadores, los cuales requieren poseer cursos de capacitación en materia de arbitraje y mediación, según sea el caso; ser especialistas en una determinada profesión, contar con trayectoria profesional y ética y someterse a un proceso de entrevistas y escrutinio por parte de la Comisión de Selección de Árbitros y Mediadores del Consejo Directivo⁵².

⁵² La información, acerca del Centro de arbitraje de Panamá, fue extraído de la siguiente página. http://cecap.com.pa/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1
CORNEJO, R. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Marco Legal y Jurisprudencial. Colombia, LEGIS editores S.A.
Almadoz, A. (2009) *El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Bogotá, Editorial Legis.

CAPITULO II

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Consideraciones Preliminares

El proceso de globalización en el comercio internacional va introduciendo a sus agentes económicos a aplicar fórmulas que conllevan a la utilización de principios uniformes que ofrecen soluciones a los conflictos planteados. Por ello el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, constituye el principal factor de conexión en materia de contratación internacional.

Los principios Unidroit⁵³, serán aplicados cuando las partes lo hayan acordado en el contrato internacional o por convenios que el mismo se rija por principios generales del derecho, la Lex Mercatoria o la Lex contractus⁵⁴. La doctrina Venezolana ha considerado que los elementos que rodean al contrato son lo que le dan vida al mismo, por lo que se hace necesario que las partes presentes en el mismo con su conducta, satisfagan sus pretensiones, por lo que han de cumplir con lo pactado en el contrato.

En el capítulo precedente se determinó el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, va más allá de un contrato tanto nacional como internacional, por lo que a continuación se desarrollará el segundo objetivo de la investigación a través de un estudio que permita determinar cuáles son

⁵³ UNIDROIT, es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini, en Roma. Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados.

⁵⁴ Lex Contractus, es una locución latina que significa Ley del Contrato y que es utilizada para referirse al principio general del derecho civil, que establece que el contrato es norma jurídica válida entre las partes contratantes. El contrato es LEY entre las partes.

los principios y las limitaciones de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales, las teorías de los contratos y las clases de arbitraje según la autonomía de la voluntad, para lograr así una comprensión de la trascendencia que tienen los contratos internacionales y su aplicabilidad.

1. Generalidades

1.1. Teoría de los Contratos

Tal estudio es denominado en la doctrina como teoría general del contrato y tiene un amplio y diverso contenido, a saber:

1.2 Concepto de contrato:

Evolución del término contrato.

A.- Derecho Romano: El contrato era en Roma la única figura capaz de producir o crear obligaciones y para celebrarlo era necesario el cumplimiento de determinadas formalidades. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el rígido formalismo primitivo va atenuándose, transformándose las formalidades totalmente en otras. El surgimiento mismo del contrato real, es una prueba más de esta evolución, cuando se admite la simple entrega de la cosa para perfeccionarlo, en lugar de las complicadas formalidades primitivas.

Igualmente, los romanos concebían a los contratos como figuras jurídicas que producían un vínculo con un contenido determinado (sistema cerrado o *numerus clausus*) y solo esas determinadas figuras engendraban acción; los contratos innominados, con un contenido diverso, solo aparecen en etapas muy desarrolladas y se convertían en obligatorios cuando eran cumplidos por algunas de las partes. Corresponde fundamentalmente al derecho Pretoriano la admisión de estas profundas transformaciones.

B.- Edad Media y Moderna. Surgimiento del Principio Consensualista.

Se concibe al hombre como un ser independiente y libre, que solo por su propia voluntad puede decidir limitarse en su libertad; tal concepción en el terreno jurídico, lleva necesariamente a la conclusión de que lo fundamental para que se considere a una persona obligada respecto de otra es la libre expresión de su voluntad y no el cumplimiento de determinadas formalidades. El principio “*pacta sunt servanda*”⁵⁵ desplaza al principio “*ex nudo pacto actio non nascitur*”⁵⁶

C.- Caracteres de la Evolución.

Como resultado de esta larga evolución pueden señalarse tres caracteres fundamentales: Primero: la suplantación del sistema formalista de contratación, que atiendan fundamentalmente al cumplimiento de determinadas formalidades (*causa civilis*), por el sistema consensualista, que atiende especialmente a la libre expresión de las voluntad de las partes y por lo tanto fija en el consentimiento la base vinculatoria del contrato. Segundo: El surgimiento del principio de la autonomía de la voluntad, por el cual solo la voluntad libremente expresada es capaz de obligar a una persona. Tercero: La multiplicación en el Derecho Moderno de los contratos consensuales (que se perfeccionan por el solo consentimiento) y de los contratos innominados con diversidad de contenidos.

1.2.- Principio de la autonomía de la voluntad.

El principio de la autonomía de la voluntad, consiste en considerar que toda persona solo puede obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado. Solo la voluntad de un sujeto de derecho es apta para producir obligaciones. Primero: Las partes pueden pactar entre ellas las prestaciones

⁵⁵ ***Pacta sunt servanda***, es una locución latina que traduce “lo pactado obliga”, que expresa que toda convención debe ser cumplida fielmente por las partes, de acuerdo con el pacto.

⁵⁶ ***Ex nudo pacto actio non nascitur***, esto significa que del simple pacto no nace acción.

que deseen. Segundo: El consentimiento es la piedra angular para la formación de la mayoría de los contratos. Tercero: Las partes son libres de regular como bien lo quieran las prestaciones de un contrato.

Igualmente las partes pueden derogar la mayoría de las normas del código civil y aun establecer formalidades especiales distintas de las legales o de las no contempladas en el ordenamiento legal.

1.3.- Limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad.

Existen situaciones en las cuales el Estado interviene, normando, moderando y regulando la voluntad de las partes. Ello ocurre especialmente en aquellos casos en que por razones de orden público, el Estado dicta normas que no pueden ser modificadas por las partes. “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

La intervención del Estado limitando la libertad contractual se explica en algunos casos, por virtud de la desigualdad económica entre las partes, el Estado interviene mediante normas imperativas de orden público, que fijan y regulan las prestaciones contractuales.

1.4.- La noción de contrato.

El contrato es definido por el Código Civil⁵⁷, (Art. 1133) como “una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

Características del contrato

1.- El contrato es una convención

⁵⁷ *Código Civil, Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982*

El contrato constituye una especie de convención, puesto que involucra el concurso de las voluntades de dos o más personas conjugadas para la realización de un determinado efecto jurídico, que puede consistir en la creación, regulación, transmisión, modificación o extinción de un vínculo jurídico.

Siendo una convención, no hay duda de que el contrato pertenece a los negocios jurídicos bilaterales, caracterizados por la concurrencia de dos o más manifestaciones de voluntad que al conjugarse producen determinados efectos para todas las partes.

2.- El contrato regula relaciones o vínculos jurídicos de carácter patrimonial, susceptibles de ser valorados desde un punto de vista económico.

Dentro del negocio jurídico, el contrato es el instrumento más apto y frecuente utilizado por las personas para reglamentar sus relaciones económicas y pecuniarias. El carácter eminentemente patrimonial de los vínculos jurídicos objeto del contrato es quizás el signo peculiar del mismo y lo que permite distinguirlo de la convención propiamente dicha, reservada para las relaciones jurídicas de carácter extra patrimonial.

3.- El contrato produce efectos obligatorios para todas las partes.

Siendo el contrato el resultado de la libre manifestación de voluntad de las partes contratantes e imperando en el Derecho Moderno el principio consensualista, es obvio que sea de obligatorio cumplimiento para las partes, quienes así lo han querido y consentido en limitar sus respectivas voluntades.

4.- El contrato es fuente de obligaciones.

El contrato constituye una de las principales fuentes de obligaciones, quizás la que engendra mayor número de relaciones obligatorias. No hay

duda de que es una figura desencadenante de derechos y deberes, de comportamientos y conductas.

1.2.- Clasificación de los contratos

I.- según surjan obligaciones para una o para ambas partes de un contrato:

1- Contratos Unilaterales⁵⁸

2- Contratos Bilaterales⁵⁹, estos a su vez se clasifican en:

a) Contratos sinalagmáticos imperfectos:

Son aquellos contratos que en un principio solo producen obligaciones para una de las partes, pero que en el curso de su desarrollo hacen o pueden hacer surgir obligaciones para ambas partes.

b) Contratos sinalagmáticos perfectos:

En el contrato sinalagmático perfecto ambas partes desde un principio son acreedores y deudoras simultáneamente; así ocurre en los casos de venta y de arrendamiento ya mencionados.

II.- Según el fin perseguido por las partes:

⁵⁸ **El contrato es unilateral** cuando solo surgen obligaciones para una sola de las partes contratantes. En esta clase de contratos una sola de las partes es deudora y la otra parte es acreedora. El Código Civil los define en su artículo 1134: “el contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga...”

⁵⁹ **El contrato es bilateral** cuando surgen obligaciones para ambas partes contratantes. Presentan la particularidad de que cada una de las partes está obligada frente a la otra. Son recíprocamente deudores. El Código Civil en su artículo 1134 lo define así: “el contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente”. En el contrato bilateral cada una de las partes es deudora y acreedora al mismo tiempo.

1.- Contratos Onerosos⁶⁰.

2.- Contratos Gratuitos⁶¹, se subdividen en dos categorías:

- a) contratos desinteresados: son llamados de beneficencia, en los cuales una parte procura una prestación en beneficio de la otra parte, pero sin empobrecerse ella misma.
- b) Liberalidades: estos contratos gratuitos presentan la particularidad de que la parte que realiza una prestación en beneficio de la otra se empobrece; al ejecutarla disminuye su patrimonio.

III.- Según que la determinación de las prestaciones de una o algunas de las Partes dependa o no de un hecho casual:

1.- Contratos Conmutativos⁶².

2.- Contratos Aleatorios⁶³.

⁶⁰ **Los Contratos Onerosos**, son aquellos en los cuales cada una de las partes procura tener una ventaja mediante un equivalente o contraprestación. El artículo 1135 del Código Civil los define: “el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente...”.

⁶¹ **Contratos Gratuitos**, son aquellos contratos en los cuales uno de los contratantes se propone proporcionar a la otra una ventaja sin equivalente alguno. El artículo 1135 del Código Civil los define así: “el contrato... es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente”.

⁶² **Contratos Conmutativos**, la determinación y extensión de las prestaciones es fijada por las partes en el momento de la celebración del contrato, de allí que se afirme en la doctrina que en los contratos conmutativos las partes conocen de antemano la extensión de sus prestaciones.

⁶³ En los **contratos aleatorios** las prestaciones de una o alguna de las partes dependen de un hecho causal, denominado también “alea” y por lo tanto varían en su extensión si el hecho se produce o deja de producirse. El artículo 1136 del Código Civil los define: “El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho causal”.

3.- Interés de la Distinción⁶⁴.

IV.- Según su modo de perfeccionamiento, o según sus requisitos extrínsecos:

1.- Contratos Consensuales⁶⁵.

2.- Contratos Reales⁶⁶.

3.- Contratos Solemnes⁶⁷.

V.- Según su carácter:

1.- Contratos Preparatorios⁶⁸.

2.- Contratos Principales⁶⁹.

3.- Contratos Accesorios⁷⁰.

⁶⁴ **Interés de la Distinción**, como interés práctico de esta distinción puede señalarse que en el contrato aleatorio no es aplicable uno de los modos de terminación de los contratos, como es el de la "rescisión por lesión". Por lesión se entiende el perjuicio sufrido por una de las partes de un contrato cuando su propia prestación es desproporcionada en relación con la prestación de la otra parte.

⁶⁵ **Contratos Consensuales**, Son aquellos que se perfeccionan solo consensu, por el solo consentimiento. En el Derecho Moderno, caracterizado por la supremacía del principio consensualista, forma e integran la gran mayoría de los contratos.

⁶⁶ **Contratos Reales**, Son aquellos que se perfeccionan con la entrega de una cosa. De origen romano, aún se conservan en el Derecho Moderno y son los mismos enumerados en los textos romanos: multo, comodato, depósito y prenda.

⁶⁷ **Contratos Solemnes**, Son los contratos que requieren para su perfeccionamiento el cumplimiento de una determinada formalidad. La ausencia de dicha formalidad hace inexistente el contrato solemne de que se trate; por ello se denomina a tales formalidades "formalidades ad substantiam" o "formalidades ad solemnitatem", con los que se quiere significar que el cumplimiento de las mismas es esencial para la existencia del contrato.

⁶⁸ **Contratos Preparatorios**, Son contratos preparatorios los que tienen por objeto crear un estado de derecho que pueda servir de base o fundamento a la celebración de otros contratos posteriores.

⁶⁹ **Contratos Principales**, son aquellos que cumplen por si mismos un fin contractual típico o propio, sin tener relación alguna con otros contratos. La mayoría de los contratos son contratos principales.

VI.- Según la duración de la enajenación de las prestaciones:

1.- Contratos de tracto o Cumplimiento Instantáneo⁷¹.

2.- Contratos de tracto sucesivo⁷².

3.- Interés de la Clasificación: la clasificación tiene múltiples aspectos de interés práctico, entre los cuales pueden señalarse:

a.- En lo que respecta a la excepción non adimpleti contractus⁷³, cuyo efecto general en los contratos de tracto instantáneo es suspender el contrato y en los de tracto sucesivo es dejarlo inexistente durante el lapso en que una de las partes dejó de cumplir su obligación.

b.- Por lo que se respecta a la acción resolutoria, los efectos retroactivos no pueden ocurrir plenamente en los contratos de tracto sucesivo por existir prestaciones cumplidas y ya disfrutadas, lo que se traduce en la necesidad de pedir el cumplimiento de las contraprestaciones correspondientes.

c.- Por lo que respecta a la aplicación de las diversas soluciones de la teoría de la imprevisión, solo es posible en los contratos de tracto sucesivo, en los

⁷⁰ **Contratos Accesorios**, son aquellos que se realizan para garantizar un contrato u obligación anterior, no existen para cumplir un fin contractual propio, sino un contrato o una obligación preexistente.

⁷¹ **Contratos de tracto o Cumplimiento Instantáneo** el contrato de tracto o **cumplimiento instantáneo**, llamado también contrato de ejecución única, se caracteriza porque las partes cumplen sus prestaciones en un solo momento, en una sola unidad de tiempo. La ejecución de las prestaciones no requiere periodos de tiempo más o menos largos, sino que pueden ejecutarse instantáneamente.

⁷² **Contratos de tracto sucesivo**, de cumplimiento sucesivo o de ejecución continúa: los contratos de tracto sucesivo están caracterizados porque la prestación de una de las partes, por los menos, no se realiza en una unidad de tiempo, sino en periodos más o menos largos.

⁷³ Luyando M. (1987), la excepción non adimpleti contractus (excepción de contrato no cumplido), llamada también excepción de incumplimiento, "es la facultad que tiene la parte de un contrato bilateral a negarse a cumplir sus obligaciones cuando su contraparte le exige el cumplimiento sin a su vez haber cumplido con su propia obligación" (p. 502).

cuales las prestaciones son de ejecución continua y las partes pueden confrontar el problema de la excesiva onerosidad.

VII.- Según las normas legales que lo regulan:

- 1.- Contratos Nominados o Típicos⁷⁴.
- 2.- Contratos Innominados o Atípicos⁷⁵.
- 3.- Diversas clases de contratos innominados o atípicos⁷⁶.

VIII.- Según la situación de igualdad de las partes:

- 1.- Contratos Paritarios⁷⁷.
- 2.- Contratos de adhesión⁷⁸.

IX.- Según que el contrato produzca efectos obligatorios para las partes solamente o bien produzca dichos efectos para terceros que no sean partes del mismo:

⁷⁴ **Contratos Nominados o Típicos**, son aquellos contratos contemplados expresamente en la ley y regulados específicamente mediante normas especialmente dictadas a ese efecto

⁷⁵ **Contratos Innominados o Atípicos**: contratos innominados o atípicos son aquellos que carecen de individualización y de regulación legal específica; por lo tanto, se rigen por los principios generales de todo contrato y les son plenamente aplicables las máximas y reglas de la teoría general del contrato.

⁷⁶ **Diversas clases de contratos innominados o atípicos**: Dada la preeminencia en el Derecho Moderno del principio consensualista, la voluntad de las partes fija nuevos fines a las convenciones, hasta el punto de que en toda comunidad organizada son cada vez más frecuentes la existencia y celebración de contratos que no encajan en los tipos prefijados por el legislador.

⁷⁷ **Contratos Paritarios**: son aquellos contratos producto de una libre y concienzuda discusión de las partes, quienes conjuntamente fijan sus diversas estipulaciones y alcances colocados en plano de igualdad económica.

⁷⁸ **Contratos de adhesión**, están caracterizadas porque las diversas cláusulas y estipulaciones del contrato son fijadas, establecidas e impuestas por una sola de las partes, quedando solo a la otra la posibilidad de aceptarlo tal como se le propone o de rechazarlo en todo su conjunto.

1.- Contratos Individuales⁷⁹.

2.- Contratos Colectivos⁸⁰.

X.- Según la naturaleza personal de la prestación de una o alguna de las partes:

1.- Contratos Ordinarios⁸¹.

2.- Contratos intuitu personae⁸². Presentan como características fundamentales las siguientes:

a) Además de los modos de terminación típicos de todo contrato, el contrato intuitu personae se extingue por la muerte del contratante cuyas condiciones de tipo personal califiquen de intuitu personae al contrato.

b) En caso de incumplimiento del contrato intuitu personae por la parte cuyas condiciones lo califican como tal, no es posible la ejecución forzosa en especie sino por equivalente.

XI.- Por razón de la expresión de la causa del contrato:

1.- Contratos Causados⁸³.

⁷⁹ **Contratos Individuales**, son aquellos que regulan intereses de las propias partes contratantes; de allí la denominación de individuales, pues regulan los intereses particulares de cada una de ellas.

⁸⁰ **Contratos Colectivos**, se denomina así a los contratos celebrados entre grupos de personas vinculadas por idénticos o similares intereses económicos. Regulan, no los intereses de las partes consideradas como individualidades, sino los intereses económicos representados por cada una de las partes.

⁸¹ **Contratos Ordinarios**, en los contratos ordinarios las prestaciones de las partes no tienen carácter personal; por lo tanto, en caso de incumplimiento, las obligaciones son susceptibles de ejecución forzosa en especie mediante medios indirectos de ejecución.

⁸² **Contratos intuitu personae**, son aquellos que se realizan en atención a las facultades o condiciones personales de uno de los contratantes, por lo menos.

2.- Contratos Abstractos⁸⁴.

1.3 Elementos de los contratos

Los elementos del contrato, son aquellas condiciones o circunstancias que lo configuran y que son indispensables para su existencia o para su validez.

Clasificación de los elementos del contrato

I.- Elementos del contrato desde el punto de vista de su estructura técnica:

a) Elementos esenciales⁸⁵.

Los elementos esenciales se subdividen:

1.- Elementos Comunes⁸⁶.

2.- Elementos Especiales⁸⁷.

⁸³ **Contratos Causados**, son aquellos que contienen no solo la manifestación de voluntades de las partes de cumplir con las prestaciones, sino la causa de la promesa, o sea, la intención o fin jurídico perseguido con las prestaciones prometidas.

⁸⁴ **Contratos Abstractos**, son aquellos que contienen la manifestación de voluntad de las partes de cumplir con sus prestaciones haciendo abstracción de las causas de la promesa.

⁸⁵ **Elementos Esenciales**, son aquellos indispensables para la existencia y para la validez del contrato como tal. Son elementos esenciales: el objeto, la causa, el consentimiento válido la capacidad; el cumplimiento de las formalidades, en los contratos solemnes; la entrega de la cosa, en los contratos reales, el precio (pago de una suma de dinero), en la venta.

⁸⁶ **Elementos Comunes**, los elementos comunes, como su nombre lo indica, son indispensables a todo tipo de contrato, independientemente de su naturaleza o clase; así ocurre con la causa, el objeto, el consentimiento válido y la capacidad.

3.- Elementos Especialísimos⁸⁸.

b) Elementos Naturales⁸⁹.

c) Elementos Accidentales⁹⁰.

II.- Desde el punto de vista de los efectos producidos en el contrato:

a) Elementos esenciales a la existencia del contrato⁹¹.

b) Elementos esenciales a la validez del contrato⁹².

⁸⁷ **Elementos Especiales**, son aquellos indispensables para la existencia de una determinada clase o grupo de contratos; así ocurre con la entrega de la cosa, en los contratos reales, o el cumplimiento de una determinada formalidad, en los contratos solemnes.

⁸⁸ **Elementos Especialísimos**, son aquellos indispensables para establecer la naturaleza de un determinado contrato en particular.

⁸⁹ **Elementos Naturales**, son aquellos característicos de un tipo normal de contrato, estrechamente vinculados a la naturaleza peculiar del contrato de que se trate; son contemplados o sobrentendidos por la ley, pero presentan la particularidad de que pueden ser excluidos por la voluntad de las partes. Tal es el caso de la gratuidad, en el contrato de mandato o en el mutuo; el saneamiento, en la venta, etc.

⁹⁰ **Elementos Accidentales**, son aquellos elementos introducidos por las partes en el contrato para limitar o modificar sus efectos normales; así ocurre con la condición, el término y el modo.

⁹¹ **Elementos esenciales a la existencia del contrato**, son aquellos indispensables a la propia figura del contrato, de modo que la falta de alguno de ellos impide la formación del contrato, lo hace inexistente. El artículo 1141 del Código Civil dispone: "Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1- consentimiento de las partes. 2- Objeto que pueda ser materia del contrato 3- causa lícita."

⁹² **Elementos esenciales a la validez del contrato**, son aquellos elementos necesarios para que el contrato produzca todos sus efectos jurídicos. La ausencia de uno de dichos elementos produce la invalidez del contrato, el cual, si bien existe, puede ser anulado. Elementos de validez existe o elementos esencial a la existencia, no tiene existencia jurídica, es inexistente. El contrato puede ser anulado: Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, y por vicios del consentimiento.

1.4 Efectos del contrato:

Los efectos del contrato legalmente perfeccionado son estudiados por la doctrina desde un doble punto de vista: los llamados efectos internos o intrínsecos del contrato y los denominados efectos externos o extrínsecos.

I.- Principio de relatividad de los contratos:

El principio general que rige los efectos del contrato es el principio de relatividad consagrado en nuestro ordenamiento por el artículo 1166 del Código Civil: “los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos en la ley”.

Este principio fundamental ha sido denominado en doctrina principio de la relatividad de los contratos y se basa en la circunstancia de que siendo el contrato fruto de la voluntad de las partes, en principio solo puede producir efectos para ellas y no para los demás miembros de la comunidad, quienes son extraños al contrato, es decir, son terceros, pues no pueden convertirse en deudores ni en acreedores de una obligación contractual suscrita y asumida por las partes. La acreencia solo puede reclamarla el acreedor y la obligación solo puede cumplirla el deudor, persona que es la única obligada en el contrato.

II.- Efectos internos del contrato:

Los efectos internos del contrato consisten fundamentalmente en producir obligaciones, las cuales conforme al principio explicado, solo producen efectos entre las partes contratantes y no afectan ni aprovechan a los terceros. Solo el titular del derecho de crédito (acreedor) puede exigir el cumplimiento de la obligación; solo el deudor es la persona que está obligada

a cumplir la obligación. Un tercero, un extraño a la relación contractual, no puede ni exigir el cumplimiento ni tampoco estar obligado a cumplir.

III.- Efectos externos del contrato:

Los efectos externos del contrato son aquellos que el contrato produce frente a los terceros, en el sentido no de que estos queden obligados por el contrato, pues ya sabemos que ello no puede ocurrir, porque la obligación es un efecto interno del contrato que solo puede afectar o beneficiar a las partes, sino ante la necesidad en que están los terceros de reconocer el contrato, es decir, en el sentido de oponibilidad del contrato a esos terceros.

La regla o principio general respecto a los efectos externos del contrato es precisamente la norma contraria a la expuesta en relación con los efectos internos. Si en estos rige la regla de no producir efectos frente a terceros, en materia de efectos externos, la norma general es que el contrato tiene efectos contra todos. Es oponible erga omnes.

1.5 La terminación de los contratos:

Por terminación de los contratos se entiende la extinción de los mismos, en el sentido de que el contrato como tal deja de producir sus efectos jurídicos normales y cesa de cumplir los fines para los cuales había sido celebrado.

I- La disolución de los contratos:

Dada la base eminentemente consensualista de los contratos en el Derecho Moderno, es obvio que si los contratos se forman por el mutuo consentimiento (mutuo consensu), también puede deshacerse por el mutuo consentimiento de las partes que lo integran.

La disolución de los contratos es también denominada en doctrina revocación, en el sentido de que se considera que quien otorga su voluntad

para contratar revoca esa misma voluntad al deshacer el acto o contrato celebrado.

II- La nulidad de los contratos:

Por nulidad de un contrato se entiende su ineficacia o insuficiencia para producir los efectos deseados por las partes y que le atribuye la ley, tanto respecto de las propias partes como respecto de los terceros.

La nulidad de un contrato ocurre cuando faltan los elementos esenciales a su existencia a su validez, o cuando viola el orden público o las buenas costumbres.

III- La resolución de los contratos:

De una manera general se entiende por resolución de un contrato la terminación del mismo en virtud del incumplimiento culposo de una de las partes contratantes. La resolución es un modo de terminación exclusivo de los contratos bilaterales y configura en la doctrina uno de los capítulos de la teoría general de los contratos bilaterales.

IV- La rescisión de los contratos:

La rescisión es un medio de impugnar contratos, en el sentido de que no produzcan sus efectos normales en aquellos casos que establecen una desproporción excesiva entre las prestaciones de las partes en perjuicio o detrimento de algunas de ellas.

V- La revocación de los contratos:

Por revocación de un contrato se entiende específicamente la terminación del mismo por voluntad unilateral de una de las partes. La revocación procede en determinados contratos, en los que por su peculiar

naturaleza, el legislador autoriza a una de la partes a dalo por terminado sin necesidad del consentimiento de la otra parte⁹³.

2. Régimen Jurídico Aplicable

En lo que respecta a la determinación de la Ley aplicable en los contratos internacionales, la doctrina toma en cuenta dos sistemas para regular dichos contratos:

a.- Lex Loci Celebrationis, que significa la ley del lugar de celebración, en este sentido los que apoyan este sistema señalan que cuando el contrato nace, ocurre en un lugar y momento determinado, sin tomar en cuenta la voluntad de las partes, solamente se aplicara la Ley del lugar donde tuvo origen el contrato, donde nació desde el punto de vista del derecho.

b.- La Lex Loci Executionis, que significa la Ley del lugar donde se cumple o se ejecuta una obligación, los que apoyan este sistema señalan que el lugar de nacimiento del contrato puede ser circunstancial, por cuanto las partes establecieron o señalaron dentro de la Ley que ha de regular en una eventual controversia o conflicto entre las partes, señalaron un punto geográfico para su celebración, no obstante puede darse el caso que el contrato no tenga aplicación el ordenamiento jurídico del sitio escogido por las partes, en consecuencia se tomará en cuenta el lugar donde se está materializando los efectos del contrato, es decir, donde se ejecuta.

La norma ut-supra, señala que si se celebra un contrato en un país extranjero pero que deba ejecutarse en el territorio venezolano, se someterá a la Ley venezolana siempre y cuando las partes no hayan elegido otro derecho, la norma en comento contiene o consagra el principio de la

⁹³ *Maduro L. (2009). Curso de Obligaciones. Derecho Civil III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela*

autonomía de la voluntad, la cual ha de prevalecer principio, actualmente esta norma se encuentra derogada por el artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, ya que se refiere a la solución subsidiaria respecto de las obligaciones convencionales.

Es importante de igual manera hacer referencia a los Principios Generales para los contratos Mercantiles internacionales elaborado por el Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT). Expresa Dos Santos⁹⁴, que los contratos internacionales, deben entenderse en una forma amplia lo más amplia posible, a fin de excluir solo aquellos contratos carentes de elementos internacionales, es decir, cuando todos sus elementos de importancia se encuentran conectados con un único Estado.

El Principio de la Autonomía de la voluntad, para elegir libremente la ley aplicable a los contratos internacionales el cual está presente en las legislaciones internas, siendo acogido por el derecho convencional, no obstante, dicha elección no es válida cuando la misma infringe las leyes imperativas del foro o atenta contra el orden público establecido en las Instituciones del Estado. Sin embargo, no todas las legislaciones aceptan la posibilidad de prorrogar la competencia de foro en los mencionados contratos, y cuando se encuentra una sola de las partes; estas restricciones se pueden observar cuando se presentan casos como inversión extranjera directa, transferencia de tecnología entre otros.

2.1.- Cláusula de Elección del Foro. Contratos Internacionales:

Esta cláusula es el acuerdo sobre la jurisdicción directa, es lo que comúnmente se llama cláusula de elección de foro, en el ámbito internacional

⁹⁴ Dos Santos O. (2000), *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*.

se conocen como cláusulas de elección de foro internacional, a través de ellas las partes o los particulares indican en forma expresa la jurisdicción directa de uno o varios Tribunales⁹⁵.

De esta forma, deben ser consideradas las posiciones procesales de las partes y las relaciones procesales preexistentes entre ellas. Dada la relatividad de los efectos de una cláusula de elección de foro, no debe sorprender que una misma cláusula tenga diversos efectos para las partes.

En consecuencia la cláusula de elección de foro puede tener para una de las partes sólo efectos positivos, o tener solamente efectos negativos. Puede suceder, sin embargo, que ambos efectos se presenten en forma acumulativa, o que, sencillamente, no estén presentes tales efectos⁹⁶.

2.2.- Ley de Derecho Internacional Privado. Contratos Internacionales.

En el derecho internacional el principio de la autonomía de la voluntad, permite a las partes escoger el derecho que desean aplicar a sus relaciones

⁹⁵ Hernández E. (2004). Colección cuadernos problemas contemporáneos del derecho Procesal Civil Internacional Venezolano, cuando indica que los efectos de una cláusula de elección de foro deben ser apreciados y determinados desde el punto de vista de las partes.

⁹⁶ La sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo que una cláusula convencional de derogaciones de jurisdicción venezolana, a favor de los tribunales Extranjeros en virtud que debía hacerse en forma expresa e independiente, ya que para llegar a la conclusión el Magistrado ponente se basó en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en el sentido que la derogación de la jurisdicción Venezolana mediante contratos de adhesión lesiona el derecho constitucional como es el de acceso a la justicia, concordado con el artículo 47 de la Ley de derecho Internacional Privado, el cual se refiere a la inderogabilidad convencional de la jurisdicción.

La Jurisdicción cuando le corresponde a los Tribunales Venezolanos no pueden ser derogada convencionalmente a favor de los Tribunales Extranjeros, en los casos donde los asuntos se refieran a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el País, o que de alguna manera afecten el orden Público Venezolano. Esta norma deroga el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil.

jurídicas contractuales, en otras palabras de escoger la *lex contractus*⁹⁷, que viene a ser referencia a la autonomía de la voluntad de las partes⁹⁸.

En Venezuela el contenido del artículo 1159, del Código Civil Vigente indica que los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes, no puede revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley, de modo que se fundamenta a la autonomía de las partes en autonomía de la voluntad.

3. Los Contratos Internacionales

Son manifestaciones voluntarias de quienes lo suscriben con repercusiones jurídicas, se tratan de documentos que constituyen en una base legal que obliga a las partes que intervienen a cumplir con lo que se haya determinado previamente.

En Venezuela, en nuestra legislación no hay una definición precisa del contrato Internacional, sin embargo en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicables a los Contratos Internacionales (CIDACI), de la Organización de los Estados Americanos, ha sido ratificada por Venezuela en el año 1995, y el 01 de Junio de 1998, establece en su artículo 1, que dicha convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. 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.

⁹⁷ *Lex contractus: La ley del lugar del Contrato*

⁹⁸ *Hernández E. (2004). Colección de cuadernos, referente a los problemas contemporáneos del derecho Procesal Civil Internacional Venezolano, expresa que la admisión de la autonomía de la voluntad de las partes como criterio atributivo de jurisdicción significa el reconocimiento por el legislador de que, para ciertos supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados, las partes pueden, por medio de un contrato, regular directamente, ellas mismas, la cuestión de la jurisdicción directa.*

Esta convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos Estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. Cualquier Estado parte podrá al momento de firmar, ratificar o adherirse a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Maekelt, Villarroel, Resende, señalan la importancia de la conceptualización al establecer la importancia de conocer lo que distingue a un contrato internacional de un contrato interno. No solo determinar si se encuentra en presencia de un contrato que puede estar sometido parcial o totalmente al derecho de uno o más ordenamientos jurídicos, sino que también pueden plantearse problemas en cuanto a la validez de una cláusula de elección del derecho extranjero aplicable a un contrato que tenga todos sus elementos localizados en un solo país o con respecto a la posibilidad de recurrir a un árbitro extranjero, cuando este tipo de asuntos esté reservado solamente a los casos de la contratación internacional; y además, para determinar cuándo procede la aplicación de una legislación material uniforme referida a los contratos internacionales.

Es de aclarar que los contratos se ubicaran en el campo del Derecho Internacional Privado, cuando las partes que se obliguen sean de distinta nacionalidad; tengan domicilios en diferentes Estados; se celebren en un Estado y los efectos deban cumplirse en otro; las partes son de un mismo Estado, pero celebran el contrato en otro. Lo cual conllevaría a realizar un estudio para determinar las diferentes leyes que pudieran ser aplicadas en caso de que surgiera un conflicto referido a la ley que rige el contrato.

Es de hacer notar, que corresponde a los jueces calificar si un contrato es internacional o no de acuerdo a la Convención Internacional o le corresponde conocer al Juez del Estado de acuerdo a la ley interna. Pues, hay que tomar en consideración lo que las partes han pactado y establecido en el contrato que regula la relación jurídica entre ellos.

3.1- Doctrina y jurisprudencia. Vertientes de los Contratos Internacionales:

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que los contratos internacionales pueden ser vistos desde dos ópticas una desde el punto de vista jurídico, que es cuando se supone la existencia o presencia de un elemento extranjero en la relación contractual, tomando para ello la nacionalidad, domicilio de las partes contratantes, así como el lugar de su celebración o ejecución del contrato.

Según Maekelt, Villaroel, Resende y otros, (2005) para deducir el carácter internacional de un contrato con la presencia de un elemento extranjero en la relación contractual ha servido de presunción a favor de la calificación del contrato como internacional, pero ello no implica una caracterización definitiva.

Hoy día, la opinión mayoritaria considera 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 internacional. Es preciso, como lo señala la doctrina española, corroborar la relevancia jurídica del elemento extranjero y verificar si la finalidad social de los hechos reclama o no una reglamentación internacionalizada.

Otro punto de vista es el económico, que se refiere cuando entran en funcionamiento los intereses económicos de dos o más Estados. Como el

caso que se presentó en el año 1997, entre la Embotelladora Caracas C.A y otros constituida y domiciliadas en el país, así como Pepsi Cola Panamericana S.A, constituidas y domiciliadas en el Estado de Delaware de Estados Unidos de América y domiciliada en Venezuela. Aquí el criterio económico se basó en la forzosa incidencia del comercio internacional el cual tiene por objeto los contratos y el renombre mundial de las marcas que identifican los productos comercializados en nuestros País.

Es de hacer notar que no es suficiente la presencia o existencia de un elemento extranjero, para considerar al contrato como internacional, pues, señalan que se hace necesario tomar en cuenta la relevancia jurídica del elemento extranjero el cual permitirá o no su regulación a nivel internacional.

3.2- Definición del contrato en la legislación Venezolana.

En la legislación venezolana, el artículo 1.133 del Código Civil, dispone: “el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.”

Sin embargo, el contrato celebrado entre dos o más personas puede estar sometido a diferentes ordenamientos jurídicos, ya que para su existencia debe prevalecer el consentimiento de las partes, el objeto que pueda ser materia de contrato y que se trate de una causa lícita. Lo que se observa es, que tanto a nivel de la ley interna como desde el punto de vista del nivel internacional en los contratos hay un predominio de la voluntad de las partes, por ello hablamos que debe darse el consentimiento mutuo entre las partes a contratar, y de esa forma se determina la ley que ha de regular el contrato y los efectos del mismo, siempre y cuando las partes hayan señalado en forma expresa a la ley a aplicar.

De modo que si las partes en el contrato no han estipulado o indicado la ley que ha de regular en un eventual conflicto o controversia le corresponderá al juez determinar presuntamente la ley a aplicar conforme lo disponga su propia legislación.

Sin embargo hay normas que limitan la voluntad de las partes conforme a la legislación Venezolana como es el artículo 8 de la ley de Derecho Internacional privado (1998) cuando establece: “las deposiciones del Derecho Extranjero que deban ser aplicables de conformidad con la presente ley, solo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden publico venezolano”

La norma en comento, se refiere al orden público que no es más que un conjunto de reglas imperativas que limitan y controlan la acción humana en la vida social, es un mecanismo de exclusión del derecho extranjero, y el artículo 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado (1998) expresa: “No obstante lo previsto en esta ley, se aplicaran necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho Venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hechos conectados con varios ordenamientos jurídicos.”

La existencia de normas imperativas en el ordenamiento jurídico venezolano, es con el objeto de evitar la aplicación de leyes extranjeras que vayan en contra de los principios fundamentales del Estado Venezolano.

4. Clases de Contratos Internacionales

Los Contratos Internacionales se pueden clasificar atendiendo a dos criterios básicos: las partes contratantes y el objeto del mismo.

4.1.- Según las partes contratantes podemos diferenciar en dos:

4.1.1.- Los contratos públicos, cuando una de las partes contratantes, o bien, las dos son organismos públicos.

4.1.2.- Los contratos privados, cuando las partes contratantes, ya sean personas físicas o jurídicas, son privadas.

4.2.- Según el objeto del mismo: Las figuras contractuales más habituales serían:

4.2.1.- El contrato de compraventa internacional de mercaderías: Cuando una de las partes se compromete a entregar una cosa, y la otra un precio cierto en dinero o signo que lo represente.

4.2.1.- El contrato de agencia comercial internacional: aquél contrato en virtud del cual una de las partes, denominada agente, ya sea una persona física o jurídica, se obliga frente a otra, llamada principal, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover en un determinado territorio actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones.

4.2.3.- El contrato internacional de transferencia tecnológica: aquel contrato por el que una persona física o jurídica proporciona a otro acceso a una tecnología o knowhow, a cambio de una remuneración en forma de importe global, o royalties periódicos, o una participación accionarial.

4.2.4.- El contrato de concesión o distribución exclusiva internacional: a través del contrato de distribución una empresa, denominada “concedente”, se compromete a vender sus productos en exclusiva a otra empresa, denominada “concesionario”, en un determinado territorio y con fines de reventa de los mismos.

4.2.5.- El contrato de franquicia internacional: aquella relación jurídica por medio de la cual un empresario, denominado “franquiciador” o “franquiciante”, pone a disposición de otro empresario independiente, denominado “franquiciado”, la posibilidad de explotar en un determinado territorio una concepción global de empresa, con el objeto de producir y/o comercializar los productos o servicios del primero, recibiendo a cambio una contraprestación económica.

4.2.6.- El contrato de joint venture internacional: aquel contrato por el que dos o más socios convienen, prosiguiendo su actividad, crear una empresa común para una actividad determinada, estable o provisional, dotándola de apoyo técnico, financiero o comercial de sus propias empresas. Negociación y redacción de un contrato internacional Existen dos grandes técnicas de negociación y redacción de un contrato internacional

Principios rectores de la contratación internacional:

Es innegable que al existir partes de diferentes Países, los mismos deben regirse por principios que deben ser respetados por partes de allí:

1º) Principio de autonomía de la voluntad de las partes: Las partes desarrollan su propio contrato, siempre de acuerdo a la ley, es decir se podrá realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido o que atente contra el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros.

2º) Principio de buena fe contractual: Es un principio general del Derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad, o la rectitud de una conducta. Exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso.

3º) Principio de pacta sunt servanda (cumplimiento de lo pactado legalmente): Este principio establece que los tratados deben ser cumplidos. Es considerado como el principio fundamental del derecho internacional. Sin embargo se aceptan tres excepciones al principio Pacta sunt servanda.

a.- Imposibilidad física: Esta tiene efecto cuando las condiciones físicas, aplicación del tratado hacen imposible su cumplimiento. La convención de Viena establece que una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado, si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción del objeto mismo tratado. Si la imposibilidad es temporal, solamente se podrá alegar como causal para suspender el tratado, no para terminarlo.

b.- Imposibilidad moral o “carga excesiva”: Esta tiene lugar cuando su ejecución puede poner en peligro la existencia misma del estado. En este caso es físicamente posible el cumplimiento de la obligación, pero no lo es desde el punto de vista moral.

c.- Cláusula “Rebus sic stantibus”⁹⁹: Un tratado puede quedar sin efecto cuando determinadas circunstancias históricas o políticas aceptan su denuncia.

5. Elementos de los Contratos Internacionales

Son estos los elementos imprescindibles de un contrato Internacional:

a) Lugar, fecha y duración del contrato.

⁹⁹ Es una expresión Latina, que puede traducirse como “estado así de las cosas”, que hace referencia a un principio de Derecho, en virtud del cual, se en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos teniendo en cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

b) Vendedor y Comprador: Datos completos de la empresa y personas de contacto. Es muy importante verificar si la persona que firma el contrato tiene la potestad de hacerlo. Es decir, si es el representante legal de la empresa. Si es una empresa designada por el gerente o administrador de la empresa podemos asegurarnos solicitándole los poderes que tienen otorgados e incluirlos como anexo al contrato.

c) Producto: Descripción detallada, composición, funcionalidades, denominación etimológica. Guiarse por la descripción que aparezca en las etiquetas o manuales de uso. Es recomendable incluir la nomenclatura aduanera, indicar que respeta la normativa del País aplicable al producto. Comprobar si está libre de cargas y embargos.

d) Cantidades: Unidad total de unidades, peso, volumen, dimensiones. Las unidades de medida deben corresponder con las utilizadas por el que reciba la oferta. Puede ser necesario utilizar medidas anglosajonas.

e) Precio: Precio por unidad, precio total, divisa de pago. Indicar claramente la divisa que se utilizará en la transacción económica. Es conveniente indicar el precio en letra y número siempre con la divisa al lado.

f) Condiciones de Pago: Cheque, transferencia, crédito y su duración. Indicar si el pago es adelantado, al contado o a plazo. Indicar si es necesario el nombre del banco y número de cuenta. En cuanto al pago aplazado o a crédito atender a las costumbres del País destino.

g) Garantías: Bancarias y no bancarias, certificaciones y homologaciones servicios postventa. Depende del contrato, cuando el importe de la prestación sea alto es recomendable el aval bancario a primera demanda. Especial referencia a la Norma ISO, certificaciones de origen y las homologaciones que pudiesen requerirse en el País del Comprador.

- h) Condiciones de Expedición: Medio de transporte, envase y embalaje. Referirse con claridad al número de cajas y unidades por caja.
- i) Entrega: Fecha, lugar de entrega. Dependerá del Incoterm utilizado o de lo pactado en el contrato. Por su gran aceptación en el comercio internacional es recomendable fijar las condiciones de entrega mediante un Incoterm¹⁰⁰.
- j) Validez: Fecha, periodo y Vigencia de la oferta. Indicar la fecha competente, día, mes y año desde que es válida la oferta y hasta cuándo.
- k) Aspectos Legales: Ley aplicable, Tribunal Competente, Cláusula de Arbitraje, responsabilidad del vendedor y límites de responsabilidad. Debe indicarse la legislación aplicable para solucionar las controversias que pudiesen surgir entre las partes. Indicar el Tribunal de que País será competente para conocer la controversia. Cláusula de sometimiento a arbitraje puede incluirse en el contrato o acordarse posteriormente, responsabilidades del vendedor por ejemplo en caso de retraso en la entrega y los límites de esta responsabilidad.

6. La autonomía de la voluntad de las partes

La autonomía de la voluntad, es un principio básico del Derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

¹⁰⁰ *Incoterm: son un conjunto de reglas internacionales, regidos por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional. El propósito de los Incoterms es el de proveer un grupo de reglas internacionales para la interpretación de los términos más usados en el Comercio internacional.*

Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones.

En la actualidad, este principio se encuentra en decadencia, lo cual se debe a las restricciones que le son impuestas. La decadencia actual del mismo afecta al contrato tanto en su formación como en los efectos jurídicos que produce y, repercute de esta forma en la seguridad jurídica que ofrece el contrato a las partes intervinientes.

6.1.- La autonomía de la voluntad como principio general del Derecho en el ámbito de las obligaciones contractuales.

El contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados. Entre todos los hechos o actos jurídicos generadores de obligaciones, el contrato es, indudablemente, aquel en el que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que su elemento característico, es el consentimiento, o sea el acuerdo libre de la voluntad. De modo que la voluntad es la creadora de la relación jurídica, y por ende, del vínculo obligacional de fuente contractual. El contrato es considerado, a su vez, como el puro producto del consentimiento.

La idea de que la voluntad, actuada a través de una declaración de voluntad, es pura y simplemente la creadora del vínculo jurídico. A partir de

Savigny¹⁰¹ comienza una mutación importante, pues la voluntad pasa a formar parte de la doctrina del negocio jurídico. La voluntad deja así de ser soberana; su validez no descansa en que la persona la exteriorice como valor ético anterior a todo derecho, sino que reposa en el ordenamiento jurídico, el cual es necesario que la reconozca al proteger el fin querido por la voluntad.

Ferri, sostiene que el negocio jurídico es supuesto de hecho, pero a la vez es creador de derecho objetivo, de normas que entran en vigor por consecuencia del negocio y que tienen vigencia en determinado tiempo, que es el necesario para que se produzcan los efectos buscados.

Algunos autores ponen en primer plano a la voluntad como causa del efecto jurídico. Así Stolfi, considera que si se amengua el papel de la voluntad individual, se reduce el rol del negocio jurídico y la doctrina pierde gran parte de su importancia y fundamento lógico. Este autor, por su parte, defiende la tesis tradicional conforme a la cual los efectos jurídicos que se producen por el negocio tienen como causa inmediata la voluntad de los particulares. Considera que el efecto jurídico se origina no sólo porque el ordenamiento jurídico lo vincula a aquél, sino, en primer término, porque quien celebra el negocio jurídico quiere producir el efecto jurídico, precisamente con la celebración del negocio jurídico.

La autonomía privada en sentido amplio, está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de

¹⁰¹ *Friedrich Karl Von Savigny, Fundador de la escuela histórica alemana, fue profesor en las Universidades de Marburgo y de Landshut y el primer catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Berlín.*

poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas.

En otros términos, la autonomía de la voluntad se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas, es decir, a través de actos o negocios jurídicos. Por otro lado, este principio no solo se concreta en crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que también posibilita determinar el contenido de la misma, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.

La voluntad de las partes es la que determina el contenido del contrato, de manera que su interpretación se atiende fundamentalmente a su intención. Las partes son libres también para atribuir a los contratos celebrados los efectos que consideren pertinentes, ya que las reglas del legislador son, en general, meramente supletorias de su voluntad. En virtud de este principio las partes pueden también elegir la forma en que se debe constituir el contrato, y tienen igualmente independencia para establecer el objeto del contrato y de suprimirlo o modificarlo.

En ese sentido, las manifestaciones más importantes, en el Sistema de Contratación Civil de la autonomía de la voluntad son la libertad de contratar y la libertad contractual. Libertad de contratar, denominada también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato y, en caso de hacerlo determinar con quién contrata. Es decir, la libertad de contratar otorga a las personas el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar.

El contrato, definido como acuerdo libre de voluntades, coexiste con una serie de supuestos cuya génesis y conformación difieren bastante de la

construcción clásica, lo cual posibilita afirmar que existe una crisis del contrato.

La decadencia del principio de autonomía de la voluntad debe entenderse como una mutación importante en su desarrollo. Al respecto se debe señalar que los límites y limitaciones, constituyen los factores fundamentales de esa decadencia, y que no son inamovibles, por el contrario, se caracterizan por su naturaleza cambiante y variada.

Las restricciones al principio de autonomía de la voluntad se han hecho mucho más evidentes con el surgimiento de figuras como las condiciones generales de la contratación, así como la proliferación de la contratación masiva, donde no hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; y la libertad contractual, e incluso la libertad de contratar.

El contrato, por tanto, deja de ser un resultado de la autonomía privada para ser el producto de la adecuación entre el resultado pretendido por las partes y el ordenamiento jurídico. Lo que incide en que se dejen de concebir los límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad como excepciones de una indeseable intervención gubernativa, para ser entendidos como manifestación positiva de un mismo bien común, de modo que pasan a integrar en el contrato las normas imperativas en un plano compartido con la voluntad.

La doctrina venezolana ha estudiado la diferencia entre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el derecho interno y el derecho internacional privado. En el ámbito del derecho interno, este principio implica el poder de las partes de determinar sus relaciones jurídicas. En el ámbito del derecho internacional privado, es la libertad de las partes de escoger el derecho aplicable a sus relaciones contractuales.

La doctrina nacional ha definido la autonomía de las partes como un “instituto de derecho internacional privado, por lo tanto, ideado para resolver conflictos de leyes, según este principio, las partes pueden determinar mediante un acuerdo de voluntades aplicable a una relación jurídica.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el derecho aplicable al fondo de una controversia sometida a arbitraje comercial internacional, es un principio de aceptación universal. Así lo demuestra el amplísimo número de leyes internas, reglamentos de las principales cámaras arbitrales del mundo, y tratados internacionales, que han consagrado expresamente este principio.

La elección del derecho aplicable puede ser manifestada por las partes en forma expresa o tácita. En cuanto a la elección tácita, se han desarrollado ciertos mecanismos artificiales para determinar su existencia tales como considerar la elección del lugar del arbitraje como una elección tácita del derecho de dicho lugar para regular el fondo de la controversia.

En este sentido, cabe advertir que, en la mayoría de los casos, las partes eligen el lugar del arbitraje atendiendo a razones de neutralidad y conveniencia geográfica sin llegar a plantearse la aplicación del derecho de ese lugar para resolver el fondo de la controversia, derecho que probablemente será totalmente extraño a las partes y a la controversia misma.

No obstante lo anterior, la elección de la sede arbitral podría servir como un indicio de la intención de las partes de someter la controversia al derecho del lugar de la sede arbitral, siempre y cuando dicha intención se desprenda, adicionalmente, de la conducta de las partes, de las cláusulas contractuales o, en general, de otros elementos que coadyuven a la determinación de la voluntad tácita de las partes.

En cuanto el momento adecuado para llegar a un acuerdo sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia, se considera que el momento ideal para ello es al suscribir el acuerdo arbitral, esto evitaría posibles retrasos en el acuerdo arbitral. Sin embargo, la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable puede ser ejercida en cualquier momento, incluso después de haber surgido la controversia y haberse iniciado el proceso arbitral.

7. El alcance del Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes en el Arbitraje Comercial Internacional en Venezuela y Panamá.

El alcance que debe atribuírsele a la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el derecho aplicable a una controversia sometida a arbitraje comercial internacional, se puede analizar de la siguiente manera:

7.1.- La expresión “Norma de derecho”:

La mayoría de las modernas regulaciones sobre la materia, al consagrar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia, establecen que las partes tienen la libertad de escoger las normas de derecho que estimen convenientes para regular la controversia.

La expresión “normas de derecho”, debía permitir a las partes escoger normas de diferentes sistemas legales, incluyendo normas de derecho elaboradas a nivel internacional, incluyendo dentro de esta última categoría normas contenidas en tratados internacionales o textos similares elaborados a nivel internacional, aunque los mismos no hubieren entrado aún en vigor en un estado específico. Permite también elegir más de un derecho de un

Estado determinado, pero no permite incluir “principios generales del derecho o precedentes arbitrales.

Basadas en la Ley modelo, un número considerable de legislaciones internas y Reglamentos de cámaras arbitrales han adoptado también la expresión “normas de derecho”.

La evolución sufrida por la norma análoga contenida en el Reglamento de la ICC¹⁰², también demuestra que, con esta expresión se pretendió ampliar el ámbito regulatorio de la controversia sometida a arbitraje, permitiendo que la misma quede regulada por normas nacionales y transnacionales.

En efecto en 1975, se incluye por vez primera una norma sobre derecho aplicable al fondo de la controversia sometida a arbitraje en el Reglamento de la ICC artículo 13. Esta primera norma establecía, que las partes podían escoger el derecho aplicable y, a falta de elección, el árbitro debía determinar dicho derecho mediante la aplicación de las normas de conflicto que estimare aplicable. En este sentido, la expresión “derecho” se entendió como una referencia al ordenamiento jurídico de un Estado determinado. En la práctica arbitral condujo hacia la aplicación de normas transnacionales para resolver el fondo de una controversia sometida a arbitraje comercial internacional.

Con la inclusión de la expresión “normas de derecho”, se abrió paso a la posibilidad de someter el fondo de la controversia a normas transnacionales, reforma del reglamento efectuada en 1998, plasmado en el

¹⁰² *El Reglamento de Arbitraje de la ICC, vigente desde el 01 de Enero de 1998, es el fruto de un intenso proceso consultivo a nivel mundial. Las modificaciones realizadas, tienen como fin disminuir retrasos y ambigüedades y llenar ciertas lagunas tomando en cuenta la evolución en la práctica del arbitraje. Sin embargo, las características fundamentales del sistema de arbitraje de la ICC, principalmente su universalidad y flexibilidad, así como el papel que juega la Corte Internacional de Arbitraje en la administración de los procesos arbitrales.*

artículo 17, con esto se ha considerado que esta expresión empleada en los más modernos instrumentos que regulan el arbitraje comercial internacional, pretende dejar claro que las partes no solo tienen la libertad de elegir uno o varios ordenamientos jurídicos de uno o más Estados, sino que también gozan de la libertad de someter la controversia a la aplicación de normas transnacionales, tales como los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*¹⁰³.

8. Elección del Derecho de un Estado determinado

Como se ha señalado anteriormente, las partes pueden escoger el derecho de un Estado determinado para ser aplicado al fondo de la controversia sometida al arbitraje comercial internacional. En la mayoría de las regulaciones se ha establecido que, salvo que las partes manifiesten expresamente lo contrario, dicha elección se considerará referida al derecho material del ordenamiento jurídico escogido, con exclusión de sus normas de conflicto. De esta manera se excluye la posibilidad del reenvío¹⁰⁴. Esto refleja la amplia potestad que se ha querido otorgar a las partes para que sean estas quienes establezcan directamente el régimen aplicable al fondo de la controversia, sin necesidad de acudir al método conflictual.

En caso que, las normas materiales del ordenamiento jurídico escogido por las partes no regulen ciertos aspectos de la controversia, el árbitro podrá buscar la solución en las otras fuentes del ordenamiento jurídico escogido por las partes tales como los tratados internacionales, la costumbre, la analogía, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la

¹⁰³ *La Ley Mercante o Ley del Comerciante, del Latín LEX MERCATORIA, fue inicialmente un sistema jurídico utilizado por los comerciantes en la Europa Medieval. Por medio de este conjunto de normas y principios, establecidos por los propios comerciantes, estos regulaban sus relaciones.*

¹⁰⁴ *Goldman B. (1992). Los conflictos en el arbitraje internacional. Tomo 347. Volumen 109. Sobre el reenvío en el arbitraje comercial internacional*

doctrina, las cuales deberán ser aplicadas por el árbitro en el mismo orden de prelación establecido en el derecho escogido por las partes.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable al fondo del litigio, las partes pueden:

8.1.- Elección de un derecho sin conexión alguna con la controversia:

¿Es posible que las partes elijan como derecho aplicable al fondo de la controversia un derecho que no presente conexión alguna con las partes ni con la relación jurídica que los Une? Mientras en el pasado se exigía la existencia de alguna conexión entre el derecho elegido por las partes y el contrato internacional, básicamente bajo el fundamento de evitar el fraude a la Ley, hoy en día es ampliamente reconocido tanto en el derecho internacional privado general, como en el arbitraje comercial internacional en particular, que las partes tienen plena libertad de escoger un derecho sin conexión alguna con la obligación de la cual se deriva la controversia. En muchos casos, la elección de un derecho no vinculado a las partes o a la obligación, encuentra justificación en aquellos casos en los cuales el derecho escogido regula una determinada relación jurídica de manera efectiva, favorable y adecuada a las necesidades de las partes.

8.2.- Establecer la aplicación de diversos ordenamientos jurídicos para regular distintos aspectos de la controversia (depeçage)¹⁰⁵:

Las partes pueden elegir más de un ordenamiento jurídico para regular varios aspectos del fondo de la controversia. Ello se conoce como depeçage voluntario. Este es un principio que el arbitraje comercial internacional toma de la regulación del contrato internacional en el derecho internacional privado.

¹⁰⁵ El depeçage, es la posibilidad de aplicar las normas de diversos países a los diferentes elementos de una misma situación jurídica, (contrato internacional), se divide en voluntario e involuntario, el involuntarios es relativo a actos institucionales.

El depeçage, resulta de especial utilidad en el caso de contratos complejos en los que se regule más de un tipo de obligación contractual o en el caso de que la controversia se derive de obligaciones contractuales separables en partes económicas jurídicas independientes. En este caso, las partes podrán someter cada una de estas obligaciones al ordenamiento jurídico que consideren más apropiado. Sin embargo, es importante que las partes estén bien asesoradas antes de fraccionar la regulación de sus obligaciones sometiéndolas a ordenamientos jurídicos distintos a los fines de evitar que dicha obligación resulte regulada por derechos contradictorios o con diferencias irreconciliables.

8.3.- Elección de un derecho vigente en un momento determinado:

Las partes también tienen la posibilidad de incluir en su acuerdo arbitral lo que ha sido denominado por la doctrina como “cláusula estabilizadora”. Mediante esta cláusula, las partes pueden acordar que el fondo de la controversia será regulado por el ordenamiento jurídico de un Estado vigente para una fecha determinada, generalmente, para la fecha de la celebración del contrato o del acuerdo arbitral.

Con este tipo de cláusulas las partes buscan una mayor seguridad jurídica en la solución de una posible controversia entre ellas. De esta manera, las partes evitan que posibles reformas legales, las cuales se encuentran completamente fuera de su dominio, afecten de manera desfavorable la regulación del fondo de la controversia.

La inclusión de cláusulas estabilizadoras ha sido considerada válida en la práctica arbitral. Incluso, el principio de aplicar el derecho vigente al momento de la suscripción del acuerdo arbitral ha sido aplicado aún sin existir una cláusula de estabilización.

8.4.- Excluir la aplicación de determinadas normas sobre una materia específica:

Así como las partes tienen plena libertad para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia, se ha sostenido que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes les permite excluir la aplicación de determinadas normas del derecho escogido. Según Gonzalo Parra de Arranguren, la Ley Modelo parece autorizar esta posibilidad, posición que apoyan en los trabajos preparatorios de esta Ley, en donde se “mencionó la posibilidad de seleccionar el derecho Suizo, excepción hecha de sus normas relativas a las compensaciones decretadas por los Tribunales.

8.5.- Excluir la aplicación de cualquier ordenamiento jurídico. Contratos sin derecho que los regule (Contratos sin Ley):

Se ha planteado la posibilidad de que las partes otorguen carácter subsidiario al derecho elegido por ellas. Esto es, que en caso de contradicción entre el contrato y el derecho elegido por las partes para regular el fondo de la controversia, prevalezca el primero frente al segundo. Lo que implica que al menos parcialmente, el contrato podría resultar un contrato sin Ley.

En consecuencia, el árbitro tendrá que recurrir a normas de derecho para solucionar aquellos aspectos no regulados por las partes en el contrato. Adicionalmente, se sostiene que un contrato siempre estará sometido a un derecho determinado para regular su formación, interpretación y ejecución.

Asimismo, la doctrina llama la atención sobre el hecho de que, incluso los más modernos instrumentos que regulan la materia, obligan a las partes a elegir un derecho o normas de derecho. En este sentido, se ha llegado a sostener que, en caso de que las partes acuerden que la controversia debe resolverse únicamente de acuerdo a lo establecido en el contrato, el árbitro

se verá en la misma situación en la que se ve cuando las partes no hacen elección del derecho aplicable.

Sin embargo, consideramos que no puede ignorarse que, en numerosas ocasiones, las partes regulan en forma tan detallada y completa su relación contractual que el árbitro puede encontrar la solución a algunos o a todos los aspectos de la controversia en el contrato principal, sin necesidad de determinar un derecho aplicable a tales efectos.

Cook, comenta que la práctica arbitral del Iran-United States Claims Tribunal¹⁰⁶, señala que la mayoría de las controversias sometidas a arbitraje han sido dirimidas sobre la base de los contratos suscritos por las partes.

En este sentido, la doctrina ha señalado que, en caso de que las partes hubieren ordenado al árbitro resolver una controversia de acuerdo a lo establecido en el contrato, y éste no contenga solución para uno o más aspectos de la misma, el árbitro podría regular el fondo de la controversia en todo aquello que no esté regulado en el contrato de acuerdo a la *lex mercatoria* y a los principios generales del derecho, en lugar de aplicar el derecho de un estado determinado. Lo anterior está basado en la presunción de que las partes, al someter la solución de una controversia única y exclusivamente a lo establecido en el contrato, están excluyendo la posibilidad de aplicar un ordenamiento jurídico determinado.

Adicionalmente, es importante destacar que las partes tienen la libertad de acordar expresamente la no aplicación de un ordenamiento jurídico determinado. Así mismo, pueden someter el fondo de la controversia a normas que no pertenecen a un ordenamiento jurídico determinado.

¹⁰⁶ *Este Tribunal se ocupa de dirimir mediante arbitraje los conflictos que surjan entre uno de los estados partes y los nacionales del otro estado parte, así como los conflictos intergubernamentales. El mismo ha sido catalogado como el más importante cuerpo arbitral en la historia, debido al gran número de controversias que ha dirimido desde la fecha de su creación.*

9.- Elección de Normas Transnacionales. Especial referencia a la Lex Mercatoria

En este sentido, se ha afirmado que el arbitraje comercial internacional ha sido el escenario más fértil para el desarrollo de la lex mercatoria. En la práctica arbitral se han fundamentado ciertas decisiones sobre la base la lex mercatoria, sin hacer referencia a ordenamiento jurídico alguno.

La doctrina Francesa, al comentar el artículo 1496, del Código de Procedimiento Civil Francés, ha reconocido unánimemente que la expresión “normas de derecho” abarca la posibilidad de resolver la controversia sometida a arbitraje comercial internacional mediante la aplicación de normas transnacionales. La jurisdicción francesa tampoco ha cuestionado esta interpretación.

En efecto, existe una creciente tendencia en aplicar la lex mercatoria a disputas sometidas a arbitraje comercial internacional. La doctrina justifica esta tendencia afirmando que las partes al elegir la lex mercatoria buscan “eliminar los tecnicismos de sistemas legales nacionales y evitar normas inapropiadas para regular controversias internacionales”.

9.1.- Definición de La Lex Mercatoria:

Constituye un sistema legal autónomo que crea normas independientes de cualquier ordenamiento jurídico nacional y el cual gobierna las relaciones entre las partes involucradas en el comercio internacional. Su carácter normativo es independiente de cualquier ordenamiento jurídico nacional. De esta independencia se deriva su carácter transnacional.

La lex mercatoria, es aún un cuerpo de derecho difuso y fragmentado que irá creciendo en la medida en que aumente el número de leyes uniformes, costumbres internacionales, usos mercantiles y laudos arbitrales reportados.

Sobre este particular, Mustill, se cuestiona que, de ser un sistema jurídico autónomo ¿de dónde se deriva su poder normativo? A esto Lando responde: “” La fuerza obligatoria de la lex mercatoria no depende del hecho de que sea redactada y promulgada por las autoridades de un estado, sino que ésta sea reconocida por la comunidad de comerciantes y por las autoridades estatales”.

Como crítica al carácter autónomo de la lex mercatoria se alega que la misma resulta insuficiente para regular todos los aspectos que pudieran derivarse de una controversia. Quienes comparten esta línea de pensamiento, ven en la lex mercatoria un conjunto de principios de carácter tan general que difícilmente podría proveer respuestas a todos estos aspectos.

En este sentido, encontramos autores que mencionan que la lex mercatoria como fuente de derecho aplicable para solucionar controversias sometidas a arbitraje comercial internacional, sostienen que:

“El arbitraje es un sistema privado de justicia que existe porque así lo permite el sistema nacional, debido a que el mismo es controlado por las autoridades legales apropiadas del lugar en el cual se está llevando a cabo el proceso arbitral. No puede permitirse que este sistema privado formule por si sola una lex arbitri a través de la noción de deslocalización y cree un cuerpo de normas substantivas a través de la lex mercatoria”.

Otra corriente doctrinaria no ve en la lex mercatoria una fuente de derecho autónomo, ni un listado de principios de carácter general aplicados a la práctica comercial, sino un método mediante el cual el operador jurídico

podrá determinar la existencia de principios generales en el derecho comercial internacional. Este método implica el uso del derecho comparado por parte del árbitro para comparar leyes internas, convenciones internacionales, la práctica comercial, la práctica arbitral e, incluso, las resoluciones adoptadas por organizaciones internacionales de reconocida trayectoria (como lo es el caso de Unidroit, la ICC, la AAA y la LCIA); con el objeto de llegar a identificar los principios generales que interesen al caso concreto. En este sentido, la *lex mercatoria* ha sido calificada como un método que comprende, por una parte, la aplicación de normas de derecho y, por otra, un proceso de selección y creación de soluciones adaptadas al caso concreto.

9.2.- Fuentes de la *lex mercatoria*:

A.- Convenciones Internacionales: Ciertas convenciones que han sido ratificadas por numerosos estados, tales como la Convención de New York, pueden ser consideradas como “principios de general aplicación” y “representativas de la práctica internacional”. En consecuencia, este tipo de convenciones internacionales constituyen fuentes de la *lex mercatoria*.

B.- Normas específicas sobre el comercio internacional dictadas por los Estados, pero solo en la medida en que las mismas demuestren un consenso en la comunidad internacional sobre la regulación de determinado aspecto del comercio internacional.

C.- Usos y costumbres comerciales, incluyendo aquellos que han sido codificados tales como los INCOTERMS y los usos comerciales conocidos por la International Chamber of Commerce y el International Law Association¹⁰⁷. Los usos y costumbres comerciales sirven al árbitro de guía

¹⁰⁷ *Law Association: Asociación de derecho internacional, fue fundada en Bruselas en 1873. Sus objetivos son el estudio la aclaración y el desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, y la promoción de la comprensión internacional y el respeto por el*

para determinar los usos en el comercio internacional aun cuando no hayan sido incorporados por las partes en sus contratos.

D.- Principios generales del Derecho Internacional, entendiendo como tales, aquellas normas reconocidas en todos o al menos la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los estados que integran la comunidad comercial internacional.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico venezolano, consideramos de particular importancia el rol que se le atribuye a los principios generales del derecho internacional como la fuente de la *lex mercatoria*, ya que el mismo podría prestarse a confusiones. Principalmente porque, a simple vista, la *lex mercatoria* y los principios generales del derecho internacional constituyen fuentes del derecho con jerarquía diferente en el ordenamiento jurídico Venezolano.

La doctrina venezolana ha ubicado a la *lex mercatoria* dentro de las normas de derecho internacional público, las cuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, constituyen el primer eslabón de nuestra pirámide de fuentes del derecho internacional privado. De acuerdo a lo establecido en la citada norma, los principios generales del derecho ocupan el último eslabón de dicha pirámide.

De igual manera se considera, que no existe incompatibilidad entre la jerarquía de fuentes del derecho internacional privado en el sistema jurídico venezolano y la posibilidad de considerar a los principios generales del derecho internacional como fuentes de la *lex mercatoria*. Existe una diferencia fundamental entre los principios generales del derecho internacional como fuente de la *lex mercatoria* y los principios generales a los que se refiere expresamente nuestra Ley de Derecho Internacional Privado.

derecho internacional. La asociación tiene un carácter consultivo, como organización no gubernamental.

Es importante destacar que la diferencia entre los usos y costumbres comerciales y los principios generales del derecho no siempre ha sido del todo clara para la doctrina. En este sentido, Goldman, haciendo alusión a la práctica arbitral, concluye que “jueces y árbitros hacen mención a los principios generales del derecho y los usos generales del comercio internacional, sin preocuparse mucho en distinguir claramente entre ellos, como componentes de la *lex mercatoria*¹⁰⁸. Concluye este autor que la “*Lex mercatoria* es al menos, un conjunto de principios generales y normas de costumbre espontáneamente elaboradas en el marco del comercio internacional sin referencia alguna a un particular sistema de derecho nacional”.

E.- Leyes uniformes tales como las producidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI /UNCITRAL) y el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT).

Sobre estas fuentes es necesario precisar que, dichas leyes uniformes deben ser adoptadas por un número significativo de Estado para que puedan considerarse como una fuente de la *Lex Mercatoria*.

F.- Contratos Estandarizados, entendidos como aquellos que son creados por grupos o asociaciones comerciales en calidad de modelos en base a los cuales las partes puedan elaborar sus contratos. A pesar de que han sido propuestos como fuentes de la *Lex Mercatoria*, existen serias dudas al respecto ya que los mismos varían frecuentemente de Estado y de unas organizaciones comerciales a otras.

G.- Laudos Arbitrales, principalmente aquellos emanados de instituciones arbitrales reconocidas a nivel mundial, tales como la ICC, la AAA y LCIA. Sin

¹⁰⁸ Goldman B. *The Applicable*, pp.116. *Sobre la dificultad de distinguir entre los principios generales del derecho, costumbre internacional y lex mercatoria.*

embargo, en virtud de la confidencialidad que el arbitraje debe a las partes, los laudos arbitrales siguen siendo de limitado acceso.

9.3.- Contenido de la Lex Mercatoria:

La Lex Mercatoria suele abarcar los principios generales del derecho y las normas establecidas en una convención o texto jurídico similar adoptado a nivel internacional, aun cuando no se encuentre en vigor.

En la Lex Mercatoria encontramos una serie de principios que la doctrina y la práctica arbitral ha considerado parte integrante de su contenido.

A) El contrato es de obligatorio cumplimiento para las partes.

B) El contrato debe ser interpretado y ejecutado de acuerdo a la buena fe. En consecuencia, el árbitro no debe interpretar el contrato literalmente. Por el contrario, debe procurar determinar la verdadera intención de las partes mediante el análisis de la conducta de las mismas durante la negociación del contrato y después de su suscripción.

C) Un contrato obtenido mediante soborno u otro medio deshonesto es nulo.

D) Una parte razonable diligente puede alegar su legítima ignorancia sobre el hecho de que el representante de la otra parte no tenía poder para suscribir el contrato en su nombre y representación. En pocas palabras, en caso de que una de las partes pretenda alegar la nulidad del contrato por haber sido firmado por una persona que carecía de poder para representarlo, el árbitro deberá pronunciarse a favor de la validez del contrato si el poder resulta aparentemente válido y la otra parte hubiere actuado de manera “razonablemente diligente” en la revisión de dicho poder.

E) Un Estado no puede alegar su propia incapacidad para contratar con el objeto de evadir las responsabilidades contraídas en virtud de la suscripción de un contrato.

F) Un Tribunal arbitral no está obligado a seguir la calificación que las partes hubieren dado a su contrato.

G) En el comercio internacional, se presume la validez del consentimiento de las partes para contratar.

H) El comportamiento de las partes durante la vigencia del contrato debe ser tomado en cuenta por el árbitro para determinar la verdadera intención de las partes.

I) Un contrato debe ser interpretado en contra de la parte que lo redactó. Este principio, generalmente aplicable a contratos de adhesión, persigue evitar que la parte que redactó una cláusula contractual en forma ambigua u oscura pueda aprovecharse de tal situación.

J) Las partes quedan liberadas del cumplimiento de sus obligaciones en caso de fuerza mayor.

K) La parte tiene derecho a ser compensada por el daño que le hubiere ocasionado el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

L) La ejecución de una obligación contractual no puede derivar en un enriquecimiento sin causa.

La Lex Mercatoria, constituye una fuente de derecho autónoma cuyo carácter normativo no depende de los órganos legislativos estatales. Siendo un sistema autónomo, las partes pueden someterse a la Lex Mercatoria la regulación del fondo de la controversia objeto del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, consideramos que lo ideal es que las partes

tomen esta decisión una vez que se hubieren cerciorado de que la Lex Mercatoria proporciona respuestas a la relación comercial en particular.

10. Limitaciones al Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes.

Normas de aplicación necesaria

Voser¹⁰⁹, sostiene que una de las razones fundamentales para la creciente importancia que se le ha prestado a las normas de aplicación necesaria en el ámbito de los contratos internacionales es el unánime abandono del requisito de la existencia de una conexión entre el derecho elegido por las partes y el contrato internacional. Esto ha dado lugar que las normas de aplicación necesaria sean vistas como un mecanismo de control para mitigar el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en el derecho aplicable al contrato internacional.

Sin embargo, la aplicabilidad de las normas de aplicación necesaria en el ámbito del arbitraje comercial internacional se ve especialmente cuestionada en virtud del principio de deslocalización de este tipo arbitraje.

Las normas de aplicación necesarias son aquellas que regulan materias de especial interés para un Estado. En consecuencia, resultan de prioritaria aplicación y excluyen la aplicación de cualquier norma de conflicto normalmente aplicable. En otras palabras, son normas “cuya observancia es necesaria para salvaguardar la organización política, social y económica de un país”.

¹⁰⁹ Voser N. (1.996). *Reglas Obligatorias de Ley, como una limitación aplicable en el arbitraje comercial internacional. volumen 7*

En principio, podría afirmarse que el árbitro tiene el deber de aplicar las normas de aplicación necesaria del derecho elegido por las partes para regular el fondo de la controversia, ya que dichas normas de aplicación necesaria forman parte integrante del ordenamiento jurídico elegido.

Por otra parte ¿Qué sucede en aquellos casos en los cuales las partes eligen un derecho con exclusión expresa de sus normas de aplicación necesaria? ¿Debe el árbitro acatar tal exclusión? En este sentido, la respuesta de la doctrina ha sido negativa, basados en que la aplicación de este tipo de normas del ordenamiento jurídico escogido no depende de la voluntad de las partes. Esto es, una vez que las partes han escogido un derecho determinado, se aplicaran necesariamente, sus normas de aplicación inmediata.

Tampoco existe consenso, ni en la doctrina ni en la práctica arbitral, sobre si el árbitro debe aplicar las normas de aplicación necesaria de ordenamientos jurídicos conectados con el caso, aun cuando sean ordenamientos jurídicos distintos elegidos por las partes.

Desde el punto de vista de la jurisdicción ordinaria, ciertos tratados internacionales, entre ellos la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos Internacionales (ratificado por Venezuela en 1995) y leyes internas como la Ley Suiza (artículo 19), otorgan al juez la facultad de aplicar las normas aplicación necesarias extranjeras o de un tercer Estado que presente vínculos estrechos con el fondo de la controversia, cuando así lo considere conveniente.

En efecto, existe una gran diferencia entre el juez y el árbitro, diferencia que se refleja directamente en la posición que estos operadores jurídicos deben aportar frente a las normas de aplicación necesarias extranjeras. Al carecer de foro, todas las normas de aplicación necesaria son extranjeras para el árbitro. En consecuencia, de lo que cabe hablar en el

ámbito del arbitraje comercial internacional es de normas de aplicación necesaria de un ordenamiento jurídico distinto al aplicable al fondo de la controversia.

A diferencia del rol del juez frente a un derecho determinado, al árbitro no le corresponde velar por el cumplimiento de ordenamiento jurídico alguno. En consecuencia, no está obligado a tomar en cuenta las normas de aplicación necesaria de un derecho distinto al elegido por las partes para regular el fondo de la controversia, incluyendo el derecho del lugar del arbitraje.

Por otra parte, el poder del árbitro se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, el derecho elegido por las partes resulta de obligatoria aplicación. Bajo esta perspectiva, al árbitro le está prohibido separarse del derecho elegido por las partes para aplicar normas de aplicación necesaria de otros derechos vinculados con la controversia.

Adicionalmente, el árbitro carece de foro, este no está obligado a aplicar las normas de derecho internacional privado del lugar del arbitraje, por lo que una disposición como la contenida en el artículo 19 de la Ley Suiza sobre Derecho Internacionales Privado, no resulta aplicable para un árbitro cuyo proceso arbitral tiene lugar en suiza.

La Convención de Nueva York, la cual ha sido calificada como el instrumento internacional dominante en esta área, permite al juez rechazar la ejecución de un laudo extranjero si el mismo ha sido anulado en el país que, o conforme a cuya ley, se haya dictado. Un laudo que viole las normas de aplicación necesaria del lugar del arbitraje, está sujeto a su anulación por parte de los tribunales del lugar del arbitraje.

Asimismo, esta convención prevé como causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo que el mismo resultare “contrario

al orden público” del país en el que solicita el reconocimiento y/o ejecución del laudo.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se considera que el árbitro está en la obligación de tomar en cuenta, al menos, las normas de aplicación necesaria del ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje y de aquellos Estados en donde el laudo podría requerir de ejecución forzosa.

La práctica arbitral demuestra que los árbitros han tratado de evitar el uso de normas de aplicación necesaria de ordenamiento jurídico distinto al aplicable al fondo de la controversia. Sin embargo, los árbitros han procurado demostrar que existen razones de fondo para no aplicar las normas de aplicación necesaria de derechos distintos al aplicable al fondo de la controversia, en lugar de basar su no aplicación en el solo hecho de que no forman parte del derecho que rige la controversia.

Algunos autores afirman que el árbitro podría aplicar las normas de aplicación necesaria de ordenamiento jurídicos conectados con el caso concreto, distintos al derecho del foro y al derecho de los estados en los que potencialmente el laudo sería ejecutado, por razones de cooperación internacional en la defensa de normas nacionales consideradas de carácter fundamental.

En este sentido, la doctrina ha afirmado que no es conveniente ver a la autonomía de la voluntad de las partes como un poder sacrosanto y permitir que, con la sola elección de un ordenamiento jurídico determinado, las partes puedan violar las normas de aplicación necesaria de un ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el caso concreto. Esta posición atentaría incluso con el futuro del arbitraje comercial internacional como institución, ya que llevaría a identificarlo con un medio que permite burlar la aplicación de este tipo de normas.

Por otra parte, la eficacia de los laudos se vería altamente comprometida en caso de requerirse su ejecución forzosa ante tribunales jurisdiccionales de Estados cuyas normas de aplicación necesaria han sido ignoradas. En consecuencia, el árbitro debe procurar el mayor equilibrio posible entre el respeto a la voluntad de las partes y la eficacia del laudo arbitral.

Ahora bien, ¿Cuál es el método a seguir por el árbitro para tomar en cuenta y, eventualmente, aplicar las normas de aplicación necesaria? Al respecto, Voser, propone que el árbitro debe considerar los siguientes factores:

(i) Todas las normas de aplicación necesaria de los Estados relacionados con la controversia gozan de la misma importancia ante los ojos de los árbitros. En consecuencia, el árbitro no debe darle prioridad a las normas de aplicación necesaria de ningún ordenamiento jurídico, incluyendo las del lugar del arbitraje.

(ii) No en todos los casos, las normas de aplicación necesaria del derecho aplicable al fondo de la controversia deben ser aplicadas. En efecto, estas normas no deben ser aplicadas por el simple hecho de ser parte del ordenamiento jurídico aplicable al contrato internacional.

Cuando las partes, o en su defecto el árbitro, determinan el derecho aplicable a su relación contractual, lo hacen atendiendo al balance de los intereses privados envueltos en la relación contractual (micro función del contrato internacional). En dicha decisión, ni las partes, ni los árbitros toman en cuenta que el contrato internacional tiene efectos sobre la economía y política internacional y, en consecuencia, es de interés público y Estatal (macro función del contrato internacional).

Aplicar las normas de aplicación necesaria del derecho aplicable al fondo de la controversia en todos los casos implicaría velar por los intereses

de un determinado Estado sin analizar previamente si ese Estado tiene alguna conexión e interés real en la transacción.

Voser, plantea un método a seguir por el árbitro para determinar en qué casos deben aplicarse las normas de aplicación necesaria en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

A) El Árbitro debe tomar en cuenta las normas de aplicación necesaria de todos los ordenamientos jurídicos que presenten una conexión con el caso en concreto. De esta manera, se garantiza el tratamiento igualitario que los árbitros deben dar a los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el árbitro solo debe aplicar aquellas normas de aplicación necesarias del o los ordenamientos jurídicos que presentan una estrecha conexión con el caso concreto. Con esto surgen dos preguntas fundamentales: La primera de ellas, si existe una conexión especial con el derecho del Estado del lugar del arbitraje. En este sentido, la doctrina ha considerado que esa relación estrecha existe en cuanto al proceso arbitral, ya que el Estado tiene especial interés en que se cumplan los parámetros mínimos para un debido proceso. La segunda pregunta que surge es si existe una conexión especial con el derecho o los derechos de los Estado en los que potencialmente se solicitaría la ejecución del laudo. La doctrina se encuentra dividida en este sentido. Algunos sostienen que deben cumplirse con las normas de aplicación necesaria de estos Estados para tratar de garantizar la ejecutabilidad del laudo.

B) Es del análisis del derecho del Estado de donde emanan estas normas de aplicación necesaria estrechamente vinculadas con el caso concreto, a los fines de determinar si existe un verdadero interés en que las mismas sean aplicadas a supuestos de hecho internacionales. En consecuencia, el árbitro

deberá determinar, en cada caso, si las normas de aplicación necesaria en cuestión han sido diseñadas para ser aplicables a su supuesto internacional.

El árbitro (I) ha determinado cual es o son los Estados cuyas normas de aplicación necesarias deben ser tomadas en cuenta por existir una estrecha vinculación entre estos Estados y el caso concreto y (II) ha determinado cuales de estas normas demandan su aplicación en los supuestos de hechos internacionales, el árbitro deberá hacer un análisis del contenido de estas normas para determinar si las mismas deben ser aplicadas o no de acuerdo con el fin que estas persiguen.

El árbitro debe aplicar las normas de aplicación necesaria de un Estado siempre y cuando no atenten contra el verdadero orden público internacional, entendiendo por este, aquellos principios fundamentales que son comunes a la comunidad internacional, verdaderos principios de justicia universal.

De lo planteado anteriormente, es importante dejar claro lo siguiente:

a) Las normas de aplicación necesaria del derecho que resulte aplicable al fondo del litigio deben ser acatadas por el árbitro, aun en presencia de una exclusión expresa por las partes de la aplicación de tales normas, siempre y cuando dichas normas de aplicación necesaria tengan algún interés real en la transacción.

b) Las normas de aplicación necesaria del lugar del arbitraje y de los Estados en los cuales podría requerirse la ejecución del laudo arbitral también deben ser aplicadas por el árbitro. Igualmente, el árbitro debe tomar en cuenta si dichas normas tienen interés real en la transacción. Esta conclusión encuentra su fundamento en el deber del árbitro de procurar la validez y eficacia extraterritorial del laudo arbitral.

c) El árbitro debe rechazar aquellas normas de aplicación necesaria que sean contrarias al verdadero orden público internacional.

La doctrina ha enumerado otros supuestos frente a los cuales los árbitros podrían rechazar la elección del derecho realizadas por las partes. Dentro de estos supuestos podemos mencionar:

- En caso de que el derecho elegido por las partes carezca de disposiciones legales que regulen asuntos comprendidos en el fondo de la controversia. En ese caso, el árbitro debería separarse del ordenamiento jurídico elegido por las partes y aplicar el ordenamiento jurídico de otro Estado o los principios generales de derecho.
- En caso de que la aplicación del derecho elegido por las partes atente contra el orden público internacional del lugar del arbitraje o de los Ordenamientos jurídicos de los Estado en los cuales el laudo deberán ser Ejecutados. Tal como lo hemos analizados con ocasión de las normas de Aplicación necesaria, el fundamento de este rechazo no es salvaguardar el cumplimiento de tales ordenamientos jurídicos, sino procurar la Validez y eficacia extraterritorial del laudo arbitral.
- Para aplicar principios generales del derecho comercial internacional. Bajo esta propuesta, el árbitro debe separarse del derecho escogido por las partes en caso de que dicho derecho sea contrario a los principios generales del derecho comercial internacional. Esta teoría es considerada exagerada ya que la mayoría de las normas que regulan la materia obligan al árbitro a tomar siempre en consideración los usos mercantiles aplicables al caso. En consecuencia, de tomarse como válida esta concepción amplia de los usos mercantiles, los árbitros tendrían la facultad, bajo un gran número de regulaciones al respecto, incluyendo aquellas de los Estados que adoptaron la Ley Modelo, de desechar la voluntad de las partes y aplicar, más allá de

los usos comerciales propiamente dicho, normas del derecho comercial que se deriven de los estudios de derecho comparado.

11. Marco Jurídico aplicable en Venezuela y Panamá.

En Venezuela son aplicables al arbitraje comercial internacional los siguientes tratados y leyes:

- a) Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). En vigencia desde el 29 de Diciembre de 1994¹¹⁰.
- b) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá). En vigencia desde el 22 de Febrero de 1985¹¹¹.
- c) Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y laudos extranjeros (Convención de Montevideo). En vigencia desde 1993¹¹².
- d) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 258 y 151. (Excluye el arbitraje en los Contratos de Interés Público, sin que haya definición específica de ese tipo de contratos¹¹³).
- e) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En su artículo 12, se establece que para comprometer en árbitros cualquier funcionario

¹¹⁰ Ley Aprobada en la Gaceta Oficial N° 4.832 del 29 de Diciembre de 1994

¹¹¹ Ley aprobada en gaceta Oficial N° 33.170, del 22 de Febrero de 1985

¹¹² Ley aprobada en Gaceta Oficial N° 33.140 del 15 de Enero de 1993

¹¹³ Gaceta Oficial N° 5.543, Extraordinario del 24 de Marzo de 2000

público requiere la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República¹¹⁴.

f) Ley de Arbitraje Comercial (LAC)¹¹⁵

Marco Legal del Arbitraje Comercial en Panamá:

En el año 1983, La República de Panamá aprobó la convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Panamá también es signataria de la convención de Washington de 1965 (Convenio sobre arreglo de diferencias relativas entre Estados y nacionales de otros Estados) y de la convención Interamericana sobre arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida comúnmente como la Convención de Panamá.

El Arbitraje Comercial Internacional, se encuentra regulado en Panamá por el decreto Ley N° 5, del 08 de Julio de 1999, por medio del cual se establece el régimen legal del arbitraje (doméstico e internacional), de la conciliación y de la mediación. Este Decreto Ley, se inspiró en la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre arbitraje comercial internacional, y en la convención de Nueva York.

Se incluyen disposiciones relativas al arbitraje internacional que regulan aspectos como su alcance, las reglas aplicables a la validez del acuerdo arbitral, la determinación de las leyes aplicables al fondo de la controversia, así como el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

¹¹⁴ *Gaceta oficial N° 5.554 extraordinario del 13 de noviembre de 2001*

¹¹⁵ *Gaceta Oficial N° 36.430, del 07 de Abril de 1998*

El decreto Ley sufrió algunos altibajos durante su primera década de existencia, a raíz de algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (CSJ). En efecto, en los años 2001 y 2003 la Corte Suprema de Justicia tomó decisiones que pusieron seriamente en duda la práctica del arbitraje internacional en Panamá. La primera sentencia declaraba inconstitucional el principio Kompetenz-Kompetenz¹¹⁶ y la segunda ponía en tela de juicio la facultad del Estado de someterse a Arbitraje.

No obstante, en el año 2004, el gobierno Panameño decide corregir esta situación reformando la Constitución, lo cual llevo a una modificación del Decreto Ley en el año 2006. El principio de Kompetenz-Kompetenz y la facultad del Estado de someterse al arbitraje a través de un convenio arbitral (sin necesidad de una autorización especial), ahora son reconocidos en el texto Constitucional. De esta forma, se ha seguido una tendencia que no es ajena a otros Países Latinoamericanos y que consiste en la llamada constitucionalización del arbitraje. Este fenómeno tiene sus fundamentos en muchos casos en lo que ha sido descrito como una colisión entre el

¹¹⁶ *Kompetenz-Kompetenz: O facultad del árbitro de decidir sobre su propia competencia. El mencionado principio cuyas primeras formulaciones se remontan hasta el año de 1876, por el autor Bohlau en Kompetenz-Kompetenz, seguido principalmente por Schmitt en 1928, atañe a problemas tan complejos como la distribución de competencias entre subsistemas estatales de solución de controversias, o la reafirmación legislativa de la jurisdicción arbitral sobre la del poder judicial.*

En 1955, un fallo emitido por el Tribunal Superior en la República Federal de Alemania contempla el principio Kompetenz-Kompetenz. En este se determinó que debía atribuírseles a los árbitros la facultad de determinar el alcance del acuerdo arbitral como la competencia y autoridad hacia el mismo.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: UNCITRAL adoptó oficialmente el principio Kompetenz-Kompetenz, establecido al respecto en el artículo 21, numeral 1 de su reglamento de arbitraje, lo siguiente: "El Tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

parroquianismo de las constituciones políticas latinoamericanas y el universalismo del arbitraje internacional¹¹⁷.

12. Algunas Diferencias en ambos ordenamientos Jurídicos

Ambos marcos jurídicos se encuentran enmarcados o regidos en la convención de Nueva York y la Convención de Montevideo, de igual manera se apega a los lineamientos establecidos en la Ley Modelo.

Pero se consiguen principales diferencias, en Venezuela, en lo que respecta a la Ley que rige los conflictos existentes en los contratos internacionales, tenemos una Ley específica que es la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) y con basamento en jurisprudencia. En lo que respecta a Panamá posee el decreto Ley N° 5.

Es importante señalar que la LAC, no hace distinción alguna, en cuanto al reconocimiento y ejecución de un Laudo Arbitral, entre un Laudo dictado en Venezuela y un Laudo dictado en cualquier otro País. En este sentido la Legislación local va más allá de lo establecido en las Convenciones de Nueva York, Panamá y Montevideo, cuyos efectos estarían limitados a Laudos dictados en algún País signatario cuyo reconocimiento y ejecución fuesen solicitados en otro País signatario.

De acuerdo a la LAC, cualquier Laudo dictado en cualquier País puede ser reconocido y ejecutado en Venezuela sin necesidad de exequátur¹¹⁸ previo y tal reconocimiento y ejecución sólo pueden ser

¹¹⁷ CORNEJO, R. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*. Colombia, LEGIS editores S.A.

¹¹⁸ *Exequatur: Jurídicamente se entiende por exequátur el reconocimiento jurídico u homologación que un Estado otorga a las sentencias judiciales emanadas por los tribunales de otro Estado, para que las mismas puedan tener validez.*

negados cuando dicho Laudo hayan sido anulados en los casos previstos en el artículo 49 de la LAC que, en general coinciden con las cláusulas de denegación establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York, y que se encuentran referidas a: 1.- la incapacidad que afecte a una de las partes al momento de celebrarse el acuerdo arbitral; 2.- la falta de notificación de la designación de un Árbitro o de actuaciones arbitrales o la imposibilidad para una de las partes hacer valer sus derechos; 3.- La ilegal composición del Tribunal o del Procedimiento Arbitral; 4.- El exceso cometido por los árbitros en el laudo al referirse el mismo a controversias o materias no contenidas en el acuerdo de arbitraje; 5.- cuando se compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable o es contrario al orden público.

En el artículo 5, de la convención de Panamá regula las causales de denegación de reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral en materia comercial. En consecuencia y en virtud de lo señalado en el artículo 1 de la Convención de Montevideo, esta última no resulta aplicable en Venezuela para regular la eficacia extraterritorial de laudos extranjeros sobre Materia Comercial.

En Venezuela, el acuerdo arbitral, que surja de una relación jurídica contractual o extracontractual, debe constar por escrito y ser expresión indubitable de la voluntad de someterse a arbitraje, caso contrario en la legislación Panameña, es más amplia en virtud que la Convención de Panamá regula: (i) La forma del acuerdo arbitral, el cual debe constar por escrito; (ii) el nombramiento de árbitros, sometiéndolo a la autonomía de la Voluntad de las Partes; (iii) El proceso arbitral sometiéndolo a lo estipulado

La legislación Venezolana regula la materia relativa al exequátur en forma dispersa y a través de diferentes normas contenidas en: la Ley de Derecho Internacional Privado (Capítulo X, relativo a la eficacia de las sentencias Extranjeras en Venezuela de 1998), el Código de Procedimiento Civil (Titulo X, la eficacia de los actos de autoridades extranjeras de 1990) y la Ley Orgánica del Tribunal supremo de Justicia (2010).

por las partes y, en su defecto, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial; (iv) la asimilación del laudo arbitral a una sentencia judicial ejecutoriada; y (v) las causales de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. En lo que respecta a este punto Venezuela también lo especifica, que fue mencionado anteriormente.

13. Aplicabilidad de la Autonomía de la Voluntad de las Partes en Venezuela y Panamá

En Venezuela:

Para justificar la aceptación del principio de conformidad con el cual las partes pueden elegir el Derecho aplicable al contrato, es decir, el principio de la autonomía conflictual, la doctrina ha esgrimido, en primer término, la seguridad jurídica, pues las partes tienen la posibilidad de saber, a priori, el Derecho al que deberán adecuar su conducta; y, en segundo término, la garantía de sus intereses materiales, pues son las partes quienes se encuentran mejor legitimadas para determinar el Derecho que más conviene a sus intereses. Dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado, al igual que el Reglamento Roma I, la Convención de México concede a la autonomía de las partes un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a las relaciones contractuales al disponer, que “El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”. Por el mismo camino transita la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, pues de conformidad con su artículo 29 “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

El marco de actuación de que goza la autonomía conflictual en el sistema venezolano es bastante amplio. En efecto, no se exige contacto alguno con el sistema elegido; tampoco se limita temporalmente la elección,

en el sentido de que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (Art. 8 CIDACI). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un derecho sólo para una parte del mismo, pues se permite el dépeçage voluntario (Art. 7 CIDACI). Situación ésta que, en definitiva, potencia el desarrollo del comercio internacional al reducir la incertidumbre en la regulación de las relaciones contractuales. En torno a esta facultad, también se ha discutido la posibilidad de “congelar” el Derecho elegido, en el sentido de que éste se aplique tal y como era para el momento de la elección, independientemente que cambie para el momento de su aplicación. Nos referimos a las llamadas cláusulas de congelación o freezing provisions¹¹⁹.

La doctrina venezolana admite esta posibilidad, pero considerando que la misma constituye más un ejercicio de la autonomía material que de la autonomía conflictual, pues el Derecho así elegido equivaldría a una cláusula incorporada al contrato cuyo valor dependerá del ordenamiento jurídico determinado como competente a falta de elección¹²⁰.

En Panamá:

La ley aplicable al procedimiento es la que señalan las partes de modo expreso. En su defecto se aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial del artículo 5 expresa que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo si se prueba que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la

¹¹⁹ *freezing provisions*: Conocidas también como cláusulas estabilizadoras, han sido consideradas válidas en la parte arbitral. Incluso, el principio de aplicar el derecho vigente al momento de la suscripción del acuerdo arbitral, ha sido aplicado aún sin existir una cláusula de estabilización.

¹²⁰ Madrid Martínez, *Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana...*, ob. cit., p. 255.

ley que les es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado sentencia. El mismo artículo permite la denegación del reconocimiento si la sentencia arbitral no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia. Permite la denegación del reconocimiento del laudo arbitral si la constitución del tribunal o el procedimiento no se hubieren ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o en defecto de tal acuerdo, no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje. La arbitrabilidad de la materia se rige también por la ley del lugar del reconocimiento y ejecución del laudo. La Convención admite la denegación del reconocimiento y ejecución si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje o contraria al orden público del Estado ante el cual se pide el reconocimiento y ejecución. Tenemos, entonces, que según la Convención de Panamá de 1975 las partes deciden: la forma del nombramiento de los árbitros; el procedimiento a seguir (si no lo hacen, rige el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje); la ley aplicable a la validez del acuerdo (si no eligieron, se aplica la del Estado donde se dicta la sentencia arbitral). Por otro lado, la misma Convención señala determinados aspectos no sometidos a la voluntad de las partes. Así, la capacidad de las partes, que se rige por la ley que les es aplicable; la validez del laudo en cuanto cosa juzgada, que es regida por la ley del Estado en que se dictó y por la ley del Estado cuya ley se aplicó; la validez del laudo en cuanto materia arbitrable y al orden público, que se disciplina por la ley del Estado donde se pretende el reconocimiento y la ejecución del mismo.

CAPITULO III

LA VALIDEZ DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS EN VENEZUELA Y PANAMA

Consideraciones Preliminares

La Ley de arbitraje Comercial¹²¹, establece en su artículo 5, El acuerdo arbitral, por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, esto con el objeto de hacer frente a las arbitrariedades que pueda cometer una de las partes y que perjudique, rigiendo así el principio de legalidad dentro de un sistema en donde las partes se obligan a someterse a la decisión de árbitros y renuncian a hacer vales sus pretensiones ante los jueces.

Esto es como consecuencia de la obligatoriedad de la cláusula Compromisoria, cuya previsión en los contratos impone a las partes más de lo que una obligación de hacer, y se constituye en un compromiso por el cual el interesado recurre al órgano competente judicial con el fin de cumplir a la parte resistente a someterse al arbitraje.

En el caso que nos ocupa, en Venezuela y Panamá, rige la aplicabilidad de la Cláusula compromisoria, con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes; es por esto que a continuación se procederá a llevar a cabo el desarrollo del tercer capítulo con el objeto de establecer con claridad que es una cláusula compromisoria, su aplicación en la solución de conflictos internacionales, soportándose la mismas en casos emblemáticos que son jurisprudencia en Venezuela y Panamá.

¹²¹ Ley de Arbitraje Comercial, (1998). Gaceta N° 36.430, del 07 de Abril de 1998.

1. Las Clausulas en los Contratos Internacionales

Un contrato internacional puede definirse como un acuerdo pactado entre dos o más partes, con domicilios en Estados diferentes. Este acuerdo crea, modifica y extingue relaciones económicas de naturaleza económico-patrimonial, con ánimo de lucro y habitualidad entre las partes, que se comprometen a cumplir.

Este acuerdo consiste en que un vendedor de un determinado país entrega un bien o presta un servicio a un comprador extranjero, en forma, lugar y fecha pactados y bajo un precio determinado. Todo ha de estar de acuerdo con la legislación acordada o en su defecto por las normas de derecho internacional.

Los principios que han de regir los contratos internacionales son, el principio de Autonomía Material (es decir, la libertad de las partes para redactar las cláusulas de su contrato) y el principio de la Autonomía de la Voluntad (libertad para escoger la legislación a la que se acoge el contrato), así como la buena fe contractual, es decir, que se quiera cumplir con lo efectivamente dispuesto y no se tengan otras intenciones ocultas o poco claras al cumplimiento de lo pactado con la diligencia debida en cuanto a los usos y costumbres de cada sector.

Las cláusulas esenciales que todo contrato internacional debe tener son:

- ✓ Preámbulo: Se debe hacer referencia a los motivos que han originado el contrato, así como las gestiones previas y, de haberla, la conexión que tiene este contrato con otro principal u otros subcontratos.
- ✓ Partes: Definir de forma breve las personas vinculadas al contrato así como los organismos intervinientes.

- ✓ Objeto: Determinarse el tipo de contrato y la obligación principal de cada una de las partes.
- ✓ Condiciones de entrega: El INCOTERM ¹²², cláusulas de precio en el comercio Internacional más usado.
- ✓ Precio: Teniendo en cuenta, embalaje, transporte, seguro, aduanas, documentación, tipo de cambio (si procede), etc.
- ✓ Condiciones de pago: La moneda, la forma de realizar el pago y el medio usado para ello.
- ✓ Entrada en vigor: Momento en que se hará efectivo el contrato. Normalmente a la firma de éste.
- ✓ Cláusula Penal: Indemnización por daño y perjuicios en caso de incumplimiento.
- ✓ Fuerza Mayor: Eventos imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes que impiden el cumplimiento del contrato.
- ✓ Autorizaciones y permisos: No sólo enumerarlos, sino describir su procedimiento para obtenerlos.
- ✓ Garantías Contractuales: De oferta (garantía de que el adjudicatario firmará el contrato), de reembolso (la devolución al comprador de los anticipos percibidos por el vendedor en caso de incumplimiento), de ejecución (cubrir riesgos por incumplimiento del vendedor) y de garantía (cubrir el cumplimiento de las obligaciones del vendedor durante el periodo de garantía).

¹²² *El INCOTERM, son un conjunto de reglas internacionales, regidos por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional.*

También se denominan cláusula de precio, pues cada término permite determinar los elementos que lo componen. La selección INCOTERMS influye sobre el costo del contrato.

El propósito de los Incoterms, es el de proveer un grupo de reglas internacionales para la interpretación de los términos más usados en el Comercio internacional.

- ✓ Seguro: El tipo de póliza contratado
- ✓ Idioma en que está expresado el contrato.
- ✓ Resolución: Cada parte podrá poner fin al contrato si la otra lo incumple.
- ✓ Legislación aplicable al contrato.
- ✓ Órgano o jurisdicción competente en caso de conflicto.
- ✓ Otras disposiciones¹²³.

2. Clausula Compromisoria Arbitral en Venezuela y Panamá

La cláusula compromisoria es un término que presenta diferentes definiciones dependiendo del área que se esté tratando.

De esta forma, dentro del Derecho Internacional Público, este término hace referencia específicamente a la cláusula de un acuerdo o tratado en el cual se pacta el acudir a un arreglo de tipo judicial o arbitral para resolver pleitos concernientes a la interpretación o a la aplicación del tratado.

Por otro lado y si se habla del Procedimiento Civil se refiere a las cláusulas que se incluyen en un contrato, comúnmente privado y de tipo comercial. Es por medio de esta cláusula que las partes del contrato evidencian su compromiso a usar el arbitraje en el caso de que surjan diferencias entre ellos.

Características y aspectos a tener en cuenta:

- Por ejemplo, es necesario entender que en el caso de presentarse diferencias en el cumplimiento del contrato, será gracias a las

¹²³ Solano M. 2014. Libre cambio.es
<https://librecambio.es/2014/03/10/el-contrato-internacional-clausulas-escenciales>

estipulaciones incluidas en la cláusula compromisoria, que ellas serán solucionadas de manera exclusivas por los amigables componedores. A estos, también se les conoce como jueces árbitros.

- Para entender por completo esta cláusula ha de haber claridad, que ella en realidad presenta una renuncia de la jurisdicción judicial. Esta renuncia es autorizada a causa de la disponibilidad de aquellos derechos que se ven perturbados.
- En todo caso, también es importante dejar claro, que esta cláusula no cubre aquellos derechos en los que se vea comprometidos el orden público.
- Por otro lado, al hablar de la cláusula compromisoria, es importante dejar claro que ella se limita a vaticinar aquellos conflictos que de manera eventual se pueden presentar en una relación de tipo judicial. Además se limita a establecer el tipo de proceso, en este caso arbitral, que se han de aplicar. De esta forma, queda clara la diferencia que esta cláusula evidencia en relación con el compromiso y es que en este caso ya se habla de un conflicto existente y del acto por medio del cual se establecen de manera definitiva tanto el objeto del proceso arbitral así como sus sujetos.

Teniendo en cuenta todos estos detalles, ha de quedar muy claro que la cláusula compromisoria establece, una promesa por parte de los participantes de una relación jurídica, en la cual se consiente el compromiso arbitral en el momento en que se de algún conflicto o diferencia en dicha relación.

Cláusula compromisoria y la convención preliminar de compromiso

Al hablar de esta cláusula, muchas veces se generan confusiones con la convención preliminar de compromiso. Ambas son diferentes, la Cláusula compromisoria acepta el arbitraje ante un tipo determinado de conflictos a futuro, lo que hace la convención es aceptar este arbitraje pero ante un conflicto o más diferencias que se presentan en la actualidad. De esta forma, la convención preliminar de compromiso es una opción pero para los conflictos ya suscitados.

Es entonces que, se debe preguntar, por el efecto principal que presenta la cláusula compromisoria. Este efecto consiste, en el derecho que acuerda cada contratante, para exigir de manera judicial al otro la suscripción del compromiso y por ende exigir la constitución del tribunal arbitral.

Además, se debe dejar claro, que esta cláusula puede invocarse como soporte de una excepción de incompetencia, en el caso de que una de las partes decida demanda a la otra parte ante la justicia ordinaria.

Como puede verse, dentro de la cláusula compromisoria son muchos elementos y aclaraciones que se han de tener en cuenta y aclarar otros detalles:

- Lo primero, es aclarar que el hecho de haber pactado esta jurisdicción arbitral no implica y mucho menos impide que se dé la gestión de medidas precautorias urgentes. Esta gestión, debido a su naturaleza, exigen que haya la intervención de jueces ordinarios.
- Así mismo, es necesario aclarar que la validez de esta cláusula no se encuentra detenida a formas establecidas. Es por eso, que ha de saberse que el contenido de dicha cláusula es librado de manera exclusiva por lo que dicten las partes.

- Así pues, no hay impedimentos para que las partes desde el comienzo incluyan en el contenido la designación del árbitro, el procedimiento así como el lugar donde realizar el arbitraje. Ahora, estas estipulaciones podrán ser cambiadas por común acuerdo.
- Finalmente, ha de comprenderse que la cláusula compromisoria se extiende por renuncia tanto expresa como tacita. En este caso se daría porque una de las partes ha presentado una demanda frente a la justicia ordinaria y la otra parte, lo que hiciera es contestarla sin siquiera articular la declaratoria.

Cláusulas compromisorias que “pueden” afectar la convocatoria arbitral:

- (I) La “clonación” de pactos arbitrales. Surgida con ocasión de la cotidiana y censurable practica de trasladar de un contrato a otro los convenios arbitrales, sin determinar su real aplicación a una determinada situación contractual.
- (II) La fusión de la cláusula compromisoria. La integración del arbitraje con otros métodos alternativos de solución de controversias en un mismo pacto, con miras a que uno se origine a partir del fracaso del otro y así sucesivamente hasta llegar finalmente a la opción arbitral, puede generar discusiones entre las partes en torno al real agotamiento de las instancias previas que preceden al arbitraje. Así son llamadas cláusulas multimodales o multifuncionales que rezan, por ejemplo, “cualquier disputa que se produzca entre los contratantes con ocasión de la ejecución de este contrato será sometida a conciliación. En el caso que la conciliación no fuere posible, la controversia se resolverá mediante arbitraje..”, dan buena cuenta de las complicaciones interpretativas que pueden

exhibir este tipo de pactos a la hora de iniciar un determinado tramite arbitral.

- (III) Las cláusulas alternativas de opción múltiple. Evento similar acontece cuando también el contrato señala varios métodos alternativos para resolver controversias, pero a diferencias del caso anterior, se estipula que se delega la solución de una clase particular de desavenencia a uno de ellos y las de otra identidad, a uno totalmente distinto. Verbigracia: “las controversias o diferencias relativas a este contrato y de naturaleza contable, se resolverán por medio de una experticia técnica. En caso que, las controversias sean jurídicas, estas se dirimirán mediante la convocatoria de un tribunal de arbitramento...” como se puede corregir, existirán circunstancias en las cuales la tajante división entre el tipo de diferencia a surtir no será tan fácil de efectuar o la frontera limítrofe entre los tipos de controversias no sea tan precisa, casos en los que seguramente se hará dispendiosa la tarea de los árbitros.

Factores de riesgo en la formulación de una cláusula compromisoria.

Pueden señalarse como materias fundamentales en la estructuración de una cláusula compromisoria, por consiguiente haciendo aconsejable su inclusión, las que se enuncian seguidamente: (I) la determinación del tipo de arbitraje, (II) el señalamiento del número de árbitros, (III) la determinación del lugar donde se desarrollara la actuación arbitral y se emitirá el laudo, (IV) la forma de nombrar los árbitros y (V) la institución arbitral competente para integran el tribunal.

Ahora bien, oportuno es citar que en materia de formulación de la cláusula compromisoria, la legislación posee carácter supletivo, es decir, que

las normas que rigen dicha institución se aplican ante los vacíos que exhiba la voluntad de las partes.

La mayor preocupación que podría albergar la formulación de una cláusula compromisoria, no estaría referida a los aspectos frente a los cuales las partes guarden silencio, ya que la norma supliría tal omisión, sino cuando en la redacción en torno a aspectos definidos como fundamentales al inicio del presente acápite, se deriven estructuraciones defectuosas o irregulares que pueden mutar en inoperante el trámite arbitral. A continuación y a manera simplemente enunciativa, se citan los siguientes:

(I) Designación de un centro de arbitraje inexistente o que con el paso del tiempo ha dejado de fungir como tal; (II) Entronizar el tribunal en cabeza de un número de árbitros par, lo cual no es permitido por la normatividad vigente sobre la materia; (III) Al decir de la jurisprudencia contenciosa, también constituye cláusula objeto de censura, cuando se ha acordado que el arbitraje deba surtirse en territorio nacional – arbitraje doméstico-, pero se pactan normas de procedimientos diferentes a las previstas por el ordenamiento procesal colombiano; y así, bien podría traerse a colocación un mayor listado de cláusulas defectuosas.

En consecuencia, la reflexión que entrañan las palabras que anteceden está circunscrita a poner de presente la importancia de formular cláusulas compromisorias idóneas para convocar un tribunal arbitral, ya que para concluir se diría: como sea la cláusula, será el arbitraje.

3.- Cláusula Compromisoria Patológica o Combinadas

Una Cláusula compromisoria sana, es una cláusula que permite cuando nace un litigio, llevarlo al o a los árbitros sin un nuevo acuerdo de las partes o intervención del Juez estatal, incluso en caso de obstrucción de una

de las partes, generalmente la demanda. Si una cláusula compromisoria no lo permite, se trata de una cláusula compromisoria patológica.

Se considera patológica toda cláusula que no cumple con cuatro funciones fundamentales:

- a) Producir efectos obligatorios para las partes;
- b) Impedir la intervención de los Tribunales Estatales antes que el laudo sea admitido;
- c) Dar al o a los árbitros el poder para resolver el litigio;
- d) Permitir la organización de un procedimiento que conduzca en las mejores condiciones a un laudo.

Fouchard¹²⁴, indicaba estrictamente que una cláusula patológica, es una cláusula de la cual no se puede deducir una voluntad clara y firme de los firmantes de someterse al arbitraje y que, por consecuencia, no se puede aplicar sin un nuevo acuerdo entre las partes. Cuando falta una voluntad clara de las partes de someterse al arbitraje, no se trata de cláusula compromisoria.

Sin esta suscripción voluntaria a favor del procedimiento arbitral, la cláusula puede ser una cláusula patológica, toda vez que conlleve problema relativo a su interpretación o ejecución, pero no es una cláusula compromisoria patológica. Una Cláusula compromisoria patológica supone, por una parte, la existencia, al momento de su firma, de la voluntad de las partes de someter sus litigios futuros y eventuales al arbitraje y, por otra, su ineficiencia posterior en razón de una o más deficiencias de redacción.

¹²⁴ Fouchard, Abogado y consultor de Derecho Comercial Internacional, profesor de la Universidad de París, en donde se especializó en el Arbitraje Comercial Internacional. Entre sus escritos se encuentran: *Ley de Derecho Internacional de Arbitraje Comercial, Paris, Comité Francés de Arbitraje (2007)*

En realidad, la práctica demuestra que la patología de una cláusula compromisoria suele principalmente manifestarse en dos niveles diferentes que son de características de la funcionalidad de una cláusula de arbitraje:

.- El nombramiento de los árbitros si el rechazo de una parte de participar en la designación del o de los árbitros es susceptible de bloquear la organización del arbitraje.

.- La definición material arbitral.

De vez en cuando la patología se manifiesta sucesivamente en los dos niveles, lo que necesariamente no significa que, el caso sea de los más graves. Depende de la intensidad de la enfermedad en cada uno de los niveles, que puede ser curable o incurable. Sin embargo, no hay siempre una relación directa entre la curabilidad de una cláusula compromisoria patológica y la gravedad de la patología, como lo demuestra el ejemplo siguiente: Cuando una cláusula compromisoria no contiene un mecanismo contractual que permita, directamente o indirectamente conseguir la nominación de un árbitro en caso de rebeldía de la parte demandada, generalmente, la enfermedad se puede curar por intervención del Juez de la sede del arbitraje, quien, en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales modernos, tiene el poder de hacer una nominación en tales circunstancias.

Ahora bien, si esta intervención del poder judicial que las partes querían evitar cuando pactaron una cláusula compromisoria, representa cinco años de procedimiento ante los tribunales locales, con dos o tres niveles de jurisdicción, y consecutivos gastos de asesoramiento antes de entrar en la sustancia del arbitraje, significa que el remedio es al fin de cuenta, peor que el mal.

En algunos casos la patología de la cláusula compromisoria, no yace en su propia redacción, sino en su combinación con otra cláusula. Eso

explica que esta contribución mencione particularmente las cláusulas combinadas¹²⁵.

4. Ordenamiento Jurídico Aplicable a la Solución de Conflictos Internacionales

Estadísticas recientes demuestran que, en la gran mayoría de los casos, las partes hacen uso de su derecho de escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia que someten a arbitraje. Pero ¿Qué sucede cuando las partes no se pronuncian en el acuerdo arbitral sobre el derecho que debe regir el fondo de la controversia?. En ausencia de elección del derecho aplicable al fondo de la controversia, el árbitro debe tratar, en primer lugar, buscar la solución en las estipulaciones contenidas en el contrato del cual se deriva la controversia, en muchos casos las partes regulan exhaustivamente su relación, por lo que el contrato podría contener la solución, sino a todos, al menos a una buena parte de los aspectos de la controversia.

A falta de una solución contenida en el contrato principal, se considera que el árbitro deberá tratar de conseguir una respuesta en la voluntad de las partes, invitándoles a que lleguen a un acuerdo al respecto, antes de proceder a emplear uno de los métodos que se mencionarán para determinar por sí mismo, el derecho aplicable al fondo de la controversia.

En efecto, en numerosas ocasiones, la ausencia de elección del derecho aplicable al fondo de la controversia se debe a razones de desconocimiento de esta problemática en el ámbito del arbitraje comercial internacional y no a razones de imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes sobre este particular. Adicionalmente, la facultad de las partes de

¹²⁵ *Silva, E. (2005) El contrato de Arbitraje. Bogotá-Colombia, Universidad del Rosario. Colegio Mayor de Nuestra Sra. Del Rosario.*

elegir el derecho aplicable, puede ser ejercida en cualquier momento, incluso después de haberse derivado una controversia.

En el caso que (i) el contrato no resuelva directamente el objeto de la controversia, y (ii) las partes no lleguen a un acuerdo sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia, el árbitro deberá determinar las normas de derecho en base a las cuales decidirá la controversia. Si la doctrina ha reconocido expresamente esta posibilidad, a falta de elección del derecho aplicable al proceso, no se ve ninguna razón para que el mismo razonamiento no pueda ser aplicado en ausencia de elección del derecho aplicable al fondo de la controversia.

Soluciones Planteadas:

4.1.- Aplicación de las normas de conflicto del lugar del arbitraje:

De acuerdo con esta alternativa, el árbitro debe determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia mediante la aplicación de las normas de conflicto del lugar del arbitraje.

Esta solución, se corresponde con el pensamiento de aquellos que, atribuyendo una gran importancia a la naturaleza procesal del arbitraje, equiparan las funciones del tribunal arbitral a las funciones de los tribunales judiciales y consideran que el árbitro, al igual que el juez, tiene la obligación de aplicar las normas conflictuales del ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje.

Actualmente, esta propuesta es considerada obsoleta y ha sido duramente criticada por no corresponderse con la naturaleza especial del arbitraje comercial internacional. Las modernas regulaciones se han desprendido de la vieja concepción según la cual el arbitraje internacional tiene como foro el lugar del arbitraje. En consecuencia, el árbitro carece de

foro y, por lo tanto, cuando dicta un laudo no lo hace en nombre del estado del lugar del arbitraje.

En la mayoría de los casos, la elección del lugar del arbitraje por las partes y, en su defecto, por los árbitros o la institución arbitral a cargo del proceso, obedece a razones de conveniencia geográfica y/o de neutralidad. Comúnmente las partes, al elegir el lugar del arbitraje, no tienen en mente que el derecho de dicho lugar resultará de obligatoria aplicación al fondo de la controversia.

Sobre esta teoría, se debe distinguir dos supuestos (i) cuando se pretende la aplicación de las normas de conflicto generales contenidas en el derecho internacional privado del lugar del arbitraje, y (ii) cuando el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje contiene normas de conflicto específicas sobre el arbitraje comercial internacional.

En el primer caso, se considera válido el razonamiento según el cual el árbitro, al carecer de foro, no está en la obligación de aplicar el derecho internacional privado del lugar del arbitraje.

En el segundo caso, es evidente que las normas de conflicto especiales sobre arbitraje comercial internacional de un Estado, tienen como objetivo establecer los parámetros a seguir en un arbitraje que se desarrolle en dicho Estado. En términos más amplios, la Ley sobre arbitraje comercial internacional del lugar del arbitraje, determina sí, y bajo qué condiciones, el arbitraje es o no permitido. En consecuencia, se considera que las normas especiales sobre derecho aplicable al fondo de una controversia sometida a arbitraje internacional vigentes en un Estado resultan de obligatoria aplicación en los arbitrajes internacionales que se desarrollen en dicho Estado.

De allí que una regulación interna sobre la materia, que se corresponda con las más recientes tendencias resulta de vital importancia para que un determinado Estado pueda llegar a ser atractivo como sede de un arbitraje comercial internacional.

4.2.- Aplicación acumulativa de las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos relacionados con el fondo de la controversia.

Otra de las soluciones planteadas, es la aplicación acumulativa de las normas de conflicto de todos los ordenamientos jurídicos relacionados con el caso. Este método ha sido usado frecuentemente por los Tribunales Arbitrales de la ICC¹²⁶, principalmente en los años setenta y ochenta.

Sobre este particular, cabe preguntarse, si el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje debe ser considerado como uno de los relacionados con el fondo de la controversia. Quienes adjudican el arbitraje una naturaleza procesal, consideran que las normas de conflicto del lugar del arbitraje son de obligatoria aplicación, mientras quienes adoptan la concepción contractual del arbitraje, consideran que las mismas deben ser ignoradas. Sin embargo, la tendencia mayoritaria ha sido reconocer que el árbitro no tiene obligación de aplicar las normas de conflicto del lugar del arbitraje, en caso de que dicho ordenamiento jurídico no presente otras conexiones con el caso.

Grigera¹²⁷, al analizar la práctica arbitral, hace especial referencia a una variante de esta metodología, en la que convergen la aplicación de las normas de conflicto y las normas materiales de todos los ordenamientos

¹²⁶ La Corte Internacional de Arbitraje de ICC, es la institución Arbitral de mayor protección Internacional. Trabajando en estrecha colaboración con su secretaría, la Corte administra los Arbitrajes ICC, garantizando el buen desarrollo de los casos y asegurándose de que los laudos arbitrales de la ICC, sean susceptibles de ejecución.

¹²⁷ Grigera N., *Distinguido practicante en residencia y es el Director del Centro de Arbitraje Comercial Internacional del Washington Collage of Law, (actualmente es un Árbitro independiente en asuntos comerciales de arbitraje internacional). Entre sus libros se encuentran: Problemas de elección de Ley en Arbitraje Comercial Internacional (1992).*

jurídicos relacionados con la controversia. De acuerdo con esta variante, el árbitro en primer lugar analiza las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos relacionados con el caso para determinar si existe un falso conflicto de leyes, esto es, si dichas normas conducen a la aplicación del derecho material de un mismo Estado.

En caso de existir un falso conflicto, el árbitro pasará a analizar la solución adoptada por el derecho sustantivo que resultare aplicable, de acuerdo a las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos vinculados con el caso en concreto. Dicho análisis debe ser efectuado por el árbitro a los fines de descartar cualquier contradicción entre el derecho material aplicable y el derecho sustantivo de los demás ordenamientos jurídicos relacionados con el caso.

De esta manera, el árbitro puede conciliar las soluciones de los diferentes sistemas legales relacionados y alcanzar un resultado acorde con todos los derechos vinculados. En este sentido, Grigera, sostiene que, para lograr dicho objetivo, los árbitros son libres de rechazar la aplicación de aquellas normas sustantivas que no son funcionalmente aplicables a la controversia, por estar diseñadas para supuestos de hechos locales o por ser irrelevantes para las relaciones comerciales de carácter internacional.

En general, este método no presenta dificultades en caso de que todas las normas de conflicto tomadas en consideración por el árbitro conduzcan a la aplicación del mismo ordenamiento jurídico. En este caso, estaríamos en presencia de un falso conflicto de leyes. Sin embargo, este mecanismo carece de utilidad cuando las normas de conflicto aplicadas no conducen al mismo resultado, esto es, cuando existe un verdadero conflicto de leyes. Este método marca un precedente en cuanto a la conveniencia de analizar todos los ordenamientos jurídicos vinculados con la controversia

para determinar el derecho aplicable, en lugar de limitarse a aplicar sólo uno de ellos.

4.3.- Aplicación de las normas de conflicto del ordenamientos jurídico más estrechamente vinculado con el caso concreto o que el árbitro considere aplicable.

De acuerdo a este método, el árbitro debe resolver el fondo de la controversia mediante la aplicación de las normas de conflicto de derecho (i) más estrechamente vinculado con el caso concreto; o (ii) que el árbitro considere aplicable.

La eficacia de esta solución es objeto de justificadas dudas. En efecto, una vez que el árbitro ha determinado cual es el derecho más estrechamente vinculado al caso concreto, el paso lógico a seguir sería aplicar el derecho material de ese ordenamiento jurídico. Ahora bien, si el árbitro en lugar de ello aplica las normas de conflicto del derecho más estrechamente vinculado, en lugar de sus normas materiales, existe el riesgo de que tal norma de conflicto aleje al árbitro de la aplicación del derecho consideró como el más estrechamente vinculado al caso.

Otra variante de esta propuesta es que el árbitro, a falta de elección del derecho aplicable por las partes, la norma de conflicto del ordenamiento jurídico que estime aplicable. Este criterio ha sido adoptado en ciertos ordenamientos jurídicos y aplicado en varias oportunidades en la práctica arbitral.

4.4.- Aplicación de una norma de conflicto internacional:

Otro método estudiado por la doctrina, es el de aplicar una norma de conflicto internacional. En este método se asume que el árbitro goza de libertad para formular una nueva norma de conflicto (distinta a las normas de conflicto tradicionales), dado que el árbitro no está comprometido con el

ordenamiento jurídico de ningún Estado en particular. Se propone, de esta manera, la solución de la controversia sometida a arbitraje comercial internacional mediante la aplicación de normas de conflicto supranacionales, producto de un método comparativo. Estas normas de conflicto supranacionales deben responder a un objetivo principal: proteger los intereses de las partes cuya controversia ha sido sometida a arbitraje.

4.5.- Aplicación del Derecho material más estrechamente vinculado al caso concreto:

La primera propuesta que se separa del método conflictual rígido es la de facultar al árbitro a que aplique el derecho material más estrechamente vinculado con el caso concreto, sin distinguir entre controversias contractuales y extracontractuales. En el marco de esta propuesta, el árbitro debe determinar cuál de los derechos potencialmente aplicables se encuentran más estrechamente vinculados con el caso concreto. Para ello, tomará en cuenta tanto los elementos objetivos como subjetivos de la controversia. De acuerdo a esta propuesta, el árbitro siempre debe aplicar un derecho nacional, esto es, normas de un ordenamiento jurídico de un Estado determinado. No se concibe en esta fase inicial de separación del método conflictual la posibilidad de aplicar normas transnacionales.

4.6.- Aplicación de las normas de derecho que el árbitro considere apropiadas:

La regulación del derecho aplicable al fondo de la controversia en ausencia de elección de las partes ha evolucionado desde criterios antes expuestos al criterio considerado hoy en día como el de mayor aceptación: Otorgar al árbitro la libertad suficiente para que pueda aplicar las normas de derecho que considere apropiadas, con prescindencia absoluta de las normas de conflicto.

En primer lugar, esta solución implica que el árbitro no está obligado a aplicar el derecho conflictual de un ordenamiento jurídico determinado. Por el contrario, el árbitro podrá elegir directamente el derecho material que considere más apropiado.

En segundo lugar, y más importante aún, el árbitro no está obligado a aplicar un ordenamiento jurídico determinado. Tal y como se ha señalado, la expresión “normas de derecho” abarca no sólo el ordenamiento jurídico de un Estado, sino también la aplicación de normas transnacionales, tales como la Lex Mercatoria.

La determinación de las normas de derecho más apropiada debe hacerse mediante la aplicación funcional del derecho material de los ordenamientos jurídicos vinculados con el caso y de las normas transnacionales que aporten solución a la controversia. La aplicación funcional de estas normas de derecho permite al árbitro escoger aquellas que efectivamente lo conduzcan a la justicia material del caso concreto.

4.7.- Aplicación de un derecho anacional. Lex Mercatoria.

A pesar de las críticas que ha generado la regulación del fondo de la controversia mediante la Lex Mercatoria, sin hacer referencia a ordenamiento jurídico alguno, en la práctica arbitral hay una creciente tendencia a resolver determinadas controversias mediante la aplicación exclusiva de la Lex mercatoria.

En este sentido, Lowenfeld¹²⁸ sostiene que la lex mercatoria entra en juego cuando no se puede determinar con claridad cuál estado tiene la más estrecha vinculación con la controversia; cuando determinable, el ordenamiento jurídico de dicho Estado no tiene una solución para el

¹²⁸ Lowenfeld A. (1989). *El nuevo comerciante de la Ley, desde una perspectiva jurídica y arbitral*, Tulane, University School of law. *Arbitracion Internacional*, (1990), Volumen 6.

problema; o cuando la solución que ofrece está completamente divorciada de las razonables expectativas de las partes y del comercio internacional.

4.8.- Otras propuestas:

Entre otros métodos que han sido planteados para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia a falta de elección por las partes podemos señalar:

a) La aplicación de la norma de conflicto del derecho personal del árbitro. Este método se ha fundamentado sobre la base de que este es el derecho de mayor conocimiento para el árbitro. Existen críticas a esta propuesta: en primer lugar, este derecho personal puede entenderse como ley de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual, lo cual impide ab initio una solución uniforme. En segundo lugar, y más importante aún, la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del árbitro carecen de toda relevancia para la determinación del derecho aplicable a cualquiera de los aspectos del arbitraje comercial internacional.

b) La aplicación de la norma de conflicto del derecho del Estado que hubiere tenido jurisdicción para conocer de la controversia, en caso de que la misma no hubiere sido sometida a arbitraje. Esta metodología ha sido criticada por presentar un problema adicional para el árbitro: determinar cuál sería Estado que tendría jurisdicción, para lo cual habría que determinar previamente de acuerdo con que ordenamiento jurídico deberá realizarse tal determinación.

c) La aplicación de la norma de conflicto del estado donde el laudo será ejecutado. Este método busca garantizar la eficacia del laudo en el Estado en el cual será ejecutado. Sin embargo, la solución presenta serias dificultades en caso de que el laudo tenga que ser ejecutado en más de un Estado. Adicionalmente al momento de determinar el derecho aplicable es posible

que se desconozca el Estado o Estados en los cuales el laudo deberá ser ejecutado.

4.9.- Las normas de aplicación necesaria en la determinación de derecho aplicable por parte del árbitro:

En todas las soluciones antes planteadas, a falta de elección del derecho aplicable al fondo de la controversia, existe un denominador común: el árbitro se ve en la obligación de determinar en base a que normas de derecho debe resolver la controversia. Ahora bien, en caso, que el árbitro resuelva aplicar un ordenamiento jurídico determinado, ¿Qué rol atribuirá a las normas de aplicación necesaria del ordenamiento jurídico escogido? ¿Qué relevancia tendrán las normas de aplicación necesaria de los ordenamientos jurídicos conectados con el caso distinto al aplicado por el árbitro?

Una de las principales diferencias entre el árbitro internacional y el juez, es que, a los ojos de un árbitro internacional, todos los ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables están en el mismo nivel de importancia y/o preferencia para ser aplicados, incluyendo a sus normas de aplicabilidad inmediata. Como consecuencia de lo mencionado, algunos árbitros han decidido aplicar directamente las normas de aplicación necesaria sin hacer referencia alguna al ordenamiento jurídico aplicable.

No obstante lo anterior, hay una tendencia lógica a considerar las normas de aplicación necesaria del lugar del arbitraje y del lugar en el cual la obligación de la que se derivó la controversia es ejecutada o debió ser ejecutada, pero sólo en aquellos casos en los cuales esas normas de aplicación necesaria son compatibles con el verdadero orden público internacional. En caso contrario, el árbitro deberá rechazar la aplicación de tales normas.

Es importante, insistir en que, si bien, la cláusula compromisoria señala el arbitraje, la misma no señala en muchas veces, el derecho aplicable, razón por la cual, el árbitro debe conjugar todas estas teorías propuestas para determinar el mismo.

Regulación del Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia Sometida a Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano:

El problema del derecho aplicable a una controversia sometida a arbitraje comercial internacional se plantea, desde el punto de vista del derecho venezolano, en los casos en los cuales el lugar del arbitraje sea Venezuela. En ese caso, el árbitro deberá determinar si existen en el derecho Venezolano, normas especial sobre arbitraje comercial internacional que regule el problema del derecho aplicable al fondo de la controversia.

a) Ausencia de normativa especial:

A excepción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estado y Nacionales de Otros Estados (Washington, 1965), ningún otro tratado internacional sobre arbitraje comercial internacional vigente en Venezuela, hace referencia al derecho aplicable al fondo de la controversia sometida a un arbitraje comercial internacional.

En consecuencia, el ámbito de aplicación de estos procesos arbitrales es un ámbito especialísimo: controversias derivadas de inversiones entre Estados Partes y Nacionales de otros Estados Partes. A falta de elección del derecho aplicable, el Convenio de Washington utiliza un método bastante rígido para la determinación de tal derecho por parte del árbitro. En efecto, el árbitro deberá aplicar (I) El derecho del Estado parte de la controversia, incluyendo sus normas de conflictos, lo cual podría resultar en la aplicación

de un tercer ordenamiento jurídico totalmente ajeno a la controversia; y (II) Las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Desde el punto de vista del derecho interno, la LAC¹²⁹ no contiene ninguna disposición sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia. La única disposición que está relacionada de alguna forma con este aspecto del arbitraje comercial internacional es el artículo 8 de la LAC, que establece en su segundo párrafo: “los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles” (resaltado nuestro).

A falta de regulación sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Washington, el árbitro con sede arbitral en Venezuela está frente a uno de los problemas más frecuentes que pueden presentarse en el arbitraje comercial internacional: ¿Qué normas de derecho debe aplicar el árbitro para solucionar la controversia? ¿Podrán las partes escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia? De ser positiva la respuesta, ¿Qué derecho debe aplicar el árbitro a falta de elección del derecho aplicable?

b) normas de derecho aplicable que el árbitro debe tomar en cuenta:

La primera interrogante que se debe resolver es en base a que normas, el árbitro con sede arbitral en Venezuela debe determinar cuál es el tratamiento que debe darle al problema del derecho aplicable al fondo de la controversia.

Para acercarse a una respuesta se parte por recordar un principio inherente a la institución del arbitraje comercial internacional: el principio de la deslocalización. De acuerdo a este principio, al arbitraje comercial

¹²⁹ LAC: *Ley de Arbitraje Comercial: Gaceta Oficial N° 36.430, del 07 de Abril de 1998*

internacional esta desvinculado de todos los ordenamientos jurídicos del lugar del arbitraje. El principio de deslocalización queda resumido entonces en la máxima “el árbitro carece de foro”

El principio de deslocalización, marca una gran diferencia entre el juez venezolano y el árbitro con sede arbitral en Venezuela. Así, el juez venezolano, partirá del derecho internacional privado venezolano para resolver un caso con elementos de extranjería relevantes. El juez venezolano está obligado a aplicar el derecho internacional privado venezolano para determinar cuál es el derecho aplicable a una controversia sobre el cual tiene competencia procesal internacional.

En cambio, el árbitro con sede arbitral en Venezuela se encuentra con la especialísima situación, que a los efectos de resolver el problema del derecho aplicable al fondo de la controversia sometida a arbitraje, no tiene un ordenamiento jurídico del cual partir. Por el contrario, para el árbitro, todos los derechos vinculados se encuentran en igualdad de condiciones, incluyendo el derecho venezolano.

El árbitro con sede en Venezuela, podrá fundamentarse en normas transnacionales tales como principios generales del derecho comercial internacional y precedentes arbitrales, para regular el fondo de la controversia sometida a arbitraje comercial internacional. Sin embargo, habría que esperar el desarrollo de la práctica arbitral venezolana sobre este aspecto.

c) Autonomía de la voluntad de las partes para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia:

A falta de regulación especial sobre la materia, ¿podría un árbitro con sede arbitral en Venezuela reconocer y hacer valer la autonomía de la

voluntad de las partes para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia?

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia sometida a arbitraje comercial internacional, es un principio de aceptación universal. Consideramos que el árbitro con sede arbitral en Venezuela debe reconocer este principio, el cual es aplicable para controversias sometidas a este tipo de arbitraje, sean de naturaleza contractual o extracontractual. Para ello, el árbitro podría fundamentar su decisión de respetar la autonomía de la voluntad de las partes para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia, reconociendo que el mismo constituye un principio de general aceptación en el derecho comparado. Una conducta contraria sería equivalente a eliminar toda posibilidad de que Venezuela pueda ser considerada, en el ámbito internacional, como una sede arbitral confiable.

La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI)¹³⁰, consagra los siguientes principios:

- (I) El principio de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable al contrato internacional, sin exigir vinculación alguna entre la controversia y el ordenamiento jurídico escogido (Artículo 7)

¹³⁰ **CIDACI: CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.** Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).

Los Estados Partes de esta convención, reafirmando su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho Internacional Privado entre Estados miembros de la Organización de Los Estados Americanos. Reiteran de igual manera la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional; que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico.

- (II) la CIDACI habla de elección del derecho y no de normas del derecho. En consecuencia, cabría preguntarse si las partes podrían escoger como derecho aplicable normas transnacionales o si, por el contrario, dicha facultad está limitada a un ordenamiento jurídico estatal. En ese sentido, si adhiere a la opinión de aquellos que consideran que la CIDACI, al hacer referencia a los principios generales del comercio internacional aceptados por organismo internacionales, la costumbre y principios del derecho comercial internacional y usos y prácticas comerciales de general aceptación (artículos 9, 10 y 15 de CIDACI), autoriza implícitamente a las partes de someter los contratos internacionales a normas transnacionales y a la *lex mercatoria* en particular. Esto debido a que, si el operador podría aplicar *lex mercatoria* a falta de elección del derecho aplicable al contrato internacional, sería incongruente afirmar que las partes no puedan declarar expresamente tales normas como aplicables.
- (III) Las partes, en ejercicio de su facultad de elegir el derecho aplicable, pueden hacer uso del *depeçage*¹³¹, y pueden cambiar el derecho escogido en cualquier momento, sin que tal cambio afecte la validez formal del contrato ni los derechos de terceros.

En las fuentes internas, la Ley de DIP, por su carácter de ley marco, no regula exhaustivamente el alcance del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para escoger del derecho aplicable a obligaciones convencionales. Sin embargo, en dicha Ley se consagran disposiciones en materia de obligaciones

¹³¹ **Depeçage:** Es un conflicto de leyes, donde las diferentes cuestiones dentro de un caso pueden regirse por las leyes de los diferentes Estados. En los países del *common law*, *depeçage*, significa un único contrato que establece que diferentes partes del contrato se regirán por diferentes leyes. En Estados Unidos hace referencia a la Teoría de la "Elección de la Teoría del Derecho", donde el Tribunal considera el desacuerdo entre los Estados sobre los cuales el Estado de derecho es aplicable a cada asunto.

contractuales que el árbitro debe tomar en cuenta a los efectos de determinar el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, la Ley de DIP establece:

- (I) El principio de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar el derecho aplicable a un contrato internacional (artículo 29).
- (II) Al igual que la CIDACI ordena tomar en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, los usos y practicas comercial de general aceptación, todo ello con miras a lograr la justicia del caso concreto (artículo 30 y 31)

d) El derecho aplicable al fondo de la controversia, a falta de elección

A diferencia de lo que sucede con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia sometida arbitraje comercial internacional, no existe consenso en el derecho comparado ni en la doctrina sobre la metodología a seguir, a los efectos de terminar tal derecho, a falta de elección por las partes.

Entre todos los métodos estudiados, se considera que existen dos grupos adoptados mayoritariamente en las regulaciones especiales sobre la materia: (I) aquellos que, adoptando la solución del caso al derecho que declare aplicable la norma de conflicto que el árbitro considere aplicable; y (II) aquellos que adoptan la solución francesa, esto es, someten la controversia a las normas de derecho que el árbitro considere apropiado. Esta última posición representa la más reciente y creciente tendencia sobre la materia.

d) Especial referencia a las soluciones adoptadas en el reglamento del centro de arbitraje de la cámara de comercio de caracas y del CEDCA¹³²

A partir de la promulgación de la LAC se han constituido en el país varios centros arbitrales con arreglo a lo establecido en dicha ley. Estos centros arbitrales tienen sus propios reglamentos que, como se ha comentado, serán aplicables, salvo convención expresa en contrario por las partes, cada vez que las partes acuerden someter sus controversias a arbitrajes institucionales dirigidos por estos centros arbitrales.

A manera de ilustración se comentara las disposiciones sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia contenida en los reglamentos de la Cámara de Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Caracas (la CACC) y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (el CEDCA).

El reglamento de la CACC¹³³ establece en su artículo 47 lo siguiente: El derecho aplicable será el derecho venezolano a menos que las partes hayan acordado de otra cosa o que las correspondientes normas remitan a la aplicación de un derecho diferente. En todos los casos el Tribunal Arbitral

¹³² **El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA):** es una asociación civil sin fines de lucro, fundado en el año 1999, dedicado a promover la conciliación y el arbitraje como métodos alternativos para la solución económica y efectiva de controversias comerciales, en el marco del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

¹³³ **Reglamento de la CACC:** El Centro de arbitraje de la Cámara de Caracas, cuenta con la última versión de su reglamento General, aprobado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, Industria y servicios de Caracas (La Cámara de Caracas) y vigente desde el 1° de Febrero de 2013. Precisamente esta necesidad de adaptación motivó que en fecha reciente fuera sometida a la consideración de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, industria y Servicios de Caracas, la revisión de uno de los artículos comprendidos en texto del Reglamento General del Centro de Arbitraje (aprobado en el 2013), específicamente el artículo 69, cuya modificación fue aprobada finalmente en fecha 09 de septiembre de 2015, con entrada en vigencia a partir de la misma fecha. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas se ha planteado el reto de establecer unas reglas suficientemente claras como para que todos las entiendan, suficientemente flexibles como para que se adapten a todo tipo de caso, y suficientemente sencillas como para que sean de fácil aplicación. La dinámica del Arbitraje así lo requiere y la realidad de nuestros sistemas nos lo permita.

deberá tener en cuentas las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles.

De esta manera, el Reglamento de la CACC consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para escoger el derecho aplicable al fondo de la controversia. De esta disposición no queda claro si las partes podrían escoger un derecho trasnacional.

A falta de elección de las partes, el reglamento de la CACC adopta una solución totalmente superada en la práctica arbitral: la aplicación de las normas de conflicto del lugar del arbitraje. En efecto, el reglamento de la CACC somete la solución directamente al derecho venezolano, sin analizar si tal derecho tiene o no vinculación relevante con el caso concreto.

Lamentablemente, este reglamento parece no reconocer el principio de deslocalización del arbitraje, el cual ha sido ampliamente reconocido en el arbitraje internacional. Por otra parte, la referencia al derecho venezolano se hace con inclusión a sus normas de conflicto, dejando abierta la posibilidad del reenvío. En el último párrafo del artículo 47 de este reglamento se adopta el mismo lenguaje del artículo 8 de la LAC. En consecuencia, nos remitimos a nuestros comentarios sobre dicho artículo de la LAC.

Por su parte, el reglamento del CEDCA¹³⁴ establece en su artículo 18 lo siguiente: El tribunal arbitral aplicará al fondo de la controversia, el derecho que las partes hayan convenido. Si las partes no convinieron en el derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicara el derecho que juzgue apropiado (...).

¹³⁴ **Reglamento de la CEDCA:** *El servicio de Arbitraje institucional del CEDCA; ofrece garantías de celeridad, eficiencia, seguridad jurídica y confidencialidad. El Centro, cuenta con un reglamento aplicable a los arbitrajes y un apéndice de costos y honorarios que permite conocer de forma transparente y anticipada, los costos del procedimiento.*

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y costumbres mercantiles aplicables al caso.

Este reglamento consagra también la autonomía de la voluntad de las partes para escoger el Derecho aplicable al fondo de la controversia. Sin embargo, tampoco queda claro si las partes podrían escoger la aplicación de normas transnacionales para regular el fondo de la controversia.

A diferencia de lo establecido en el reglamento de la CACC, el reglamento del CEDCA se acerca a la solución de mayor aceptación en la práctica arbitral actual al ordenar al árbitro aplicar, a falta de elección del derecho aplicable, el derecho que el árbitro juzgue apropiado. No obstante lo anterior, surge la duda de si el árbitro podría resolver la controversia mediante la aplicación de un derecho transnacional.

Finalmente, el reglamento del CEDCA ordena al árbitro decidir con arreglo a las estipulaciones contractuales, apartándose así de la LAC, la cual ordena tomar en cuenta estas estipulaciones contractuales. La desventaja de esta disposición se presenta en los casos en los que el árbitro se debe apartar de las estipulaciones contractuales por razones de nulidad del contrato, por citar solo un ejemplo.

5. Importancia de la Cláusula Compromisoria en la Resolución de Conflictos Internacionales

Siendo el Arbitraje una institución por la cual las partes renuncian a un derecho constitucional fundamental como es el de la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, debe tal renuncia hacerse de forma expresa e inequívoca, de tal manera que la voluntad de someterse a arbitraje no pueda

referirse de los actos de las partes, por lo que si no media esa voluntad expresa e inequívoca el convenio es nulo.

La Clausula compromisoria, cuya utilización permite a los contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se expresa remisión, previa y obligatoria a las reglas de la Mediación y Conciliación dentro de las características relevantes.

Es de aclarar, que la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral se diferencian, en cuanto, que la primera es solamente fuente de obligación de hacer y el segundo efectivamente tiene la condición de obligar a las partes al arbitraje, de donde la gran diferencia entre la cláusula Arbitral y el compromiso Arbitral es temporal, pues en cuanto a la primera es la puerta para resolver diferencias futuras a través de la justicia privada, definiendo la relación jurídica y declarando que obligaciones futuras serán resueltas por el arbitraje, en el compromiso arbitral los litigios ya existen, acordando las partes en dirimir sus conflictos a través del procedimiento Arbitral.

Actualmente todas las legislaciones arbitrales modernas entienden por convención de arbitraje tanto a la cláusula compromisoria cuanto al compromiso arbitral. Esto es como consecuencia de la obligatoriedad de la Cláusula Compromisoria, cuya previsión en los contratos impone a las partes más que de una obligación de hacer, y se constituye en un compromiso por el cual el interesado recurre al órgano competente judicial con el fin de cumplir a la parte resistente a someterse al arbitraje.

Los contratantes, acostumbrados a llevar todos sus problemas a la instancia judicial y a desconsiderara la obligación pactada en la Cláusula Compromisoria, no podrá más hacerlo impunemente.

Otra parte a resaltar, es que además de las ventajas conocidas del Arbitraje de confidencialidad, rapidez, jueces especialistas y neutros, los árbitros son menos afectados por cuestiones de orden público que los jueces nacionales y también no son tantas las incompatibilidades entre los diversos sistemas jurídicos.

De manera que firmada la Cláusula Compromisoria o el compromiso Arbitral, ninguna de las partes, en forma independiente podrá, de manera eficaz, subsistir al arbitraje por el procedimiento judicial en la solución del conflicto, transformándose en una verdadera condición negativa para regular ejercicio de una acción judicial directa. También alegada la Cláusula compromisoria o compromiso arbitral por la parte contraria, lleva a la extinción de todo otro proceso, por lo que ninguna de las partes, sin el conocimiento de la otra, podrá arrepentirse de la obligación de concurrir al juicio ante un eventual conflicto.

La Cláusula Compromisoria, tiene por contenido entregar la resolución de una cuestión litigiosa a uno o varios árbitros, pudiendo ser convenida en el contrato o en un acto posterior, es previa o no a la controversia.

La doctrina le ha atribuido una doble eficacia a la cláusula compromisoria, por un lado una eficacia positiva, al obligar a las partes a someter la controversia que surja a la decisión de los árbitros y por otra parte una negativa, la cual consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales ordinarios. Así pues, de nacer el conflicto motivado al contrato a que se refiere la cláusula, se crea la posibilidad de exigir la ejecución forzosa de lo pactado y también la de oponer la excepción de incompetencia ante el juez ordinario.

La exclusión de la intervención de los tribunales de justicia puede presentarse en dos momentos distintos, según el procedimiento arbitral se haya o no iniciado: si surgida una controversia sometida por las partes la

cláusula compromisoria, una de ellas presenta demanda antes los tribunales ordinarios; o bien, cuando estando pendiente el proceso arbitral, una de las partes presenta demanda sobre el mismo objeto antes la jurisdicción Estatal¹³⁵.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, recomienda la siguiente Cláusula Arbitral:

“Toda controversia o diferencia que verse sobre la existencia, extensión, interpretación y cumplimiento de este contrato, será resuelta definitivamente arbitraje en la ciudad de caracas, Venezuela, de acuerdo con las disposiciones del reglamento General del centro de arbitraje de la Cámara de Caracas”. El tribunal estará compuesto por 1 o 3 árbitros, los cuales decidirán conforme a derecho o equidad.

De igual manera el Centro de Conciliación y arbitraje de Panamá, proporciona un modelo de Cláusula Arbitral:

“Cualquier litigio o controversia provenientes de, o relacionados con este contrato, así como la interpretación, aplicación, ejecución y terminación del mismo, deberán resolverse por medio de Arbitraje, previo intento de Conciliación, por el Centro de Conciliación y arbitraje de Panamá, conforme a sus reglas de procedimiento”.

6. Forma de Aplicabilidad de la Cláusula compromisoria en Los Contratos Internacionales Realizados en Venezuela y Panamá

En la actualidad la gran mayoría de las leyes iberoamericanas, siguiendo la Ley Modelo, ha dado una acertada solución a esta amplia variedad de problemas. Así: a) Se ha simplificado la forma y contenido del

¹³⁵ Murillo, J. (2008) *Efectos de la Cláusula Compromisoria en los arbitrajes internacionales*.

acuerdo arbitral; b) Se ha eliminado toda distinción en cuanto a los efectos legales de la Cláusula Compromisoria y del compromiso y se ha reemplazado dicho sistema dual por la exigencia de un acuerdo arbitral, sea que se trate de disputas actuales o futuras, y c) se ha establecido la obligación de los Tribunales Judiciales de referir a las partes al arbitraje si alguna de ellas invoca la existencia del acuerdo arbitral, salvo que el acuerdo sea nulo, ineficaz o imposible de ser ejecutado, cuyo examen se limita en algunas jurisdicciones aquellos casos en que tales vicios son manifiestos.

6.1.- Validez Formal del acuerdo arbitral:

En la gran mayoría de las leyes sobre arbitraje, el acuerdo arbitral puede probarse por cualquier documento escrito, tal y como lo establece la Ley Modelo. Así mismo, la gran mayoría de las legislaciones, siguiendo la Ley modelo, establece que basta “un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo” para probar su existencia, como ocurre en Panamá.

“un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”.

Todas las nuevas leyes nacionales establecen que el acuerdo arbitral puede revestir la forma de una cláusula contenida en un contrato o de un acuerdo independiente. En este último caso, además la mayoría de las legislaciones incorpora la Ley Modelo en cuanto acepta como acuerdo arbitral la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria. Este es el caso de la denominada “cláusula arbitral por referencia”, así ocurre en Venezuela.

Además de dicho requisito de referencia cruzada, algunas legislaciones agregan un requisito adicional también impuesto por la Ley Modelo, esto es,

que el contrato principal conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato, como ocurre en Venezuela.

6.2.- Alcance Rationae Personae¹³⁶:

Tratándose del alcance rationae personae del convenio arbitral, las legislaciones hacen referencia a que dicho acuerdo obliga sólo a las partes, siendo necesaria en algunos casos y la voluntad expresa de someterse al arbitraje y la mención precisa del litigio o litigios que comprenderá, lo cual puede limitar la posibilidad de extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias del mismo.

Sobre esta cuestión en particular, Perú ha adoptado una posición literal pues su normativa, cuyo alcance exacto sólo podrá establecerse por la jurisprudencia, establece que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Incluso el acuerdo arbitral se extiende a aquellos quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

6.3.- Alcance rationae materiae¹³⁷:

En cuanto a las materias susceptibles de someterse a arbitraje bajo el acuerdo arbitral, la gran mayoría de las leyes han definido al acuerdo arbitral de modo amplio, en iguales términos a los previstos en la Ley Modelo, permitiendo con ello que las disputas sometidas al arbitraje puedan ser de

¹³⁶ *Rationae Personae: Definición dada a la competencia que se determina por razón de materia o cosas disputadas.*

¹³⁷ *La competencia Rationae Materiae, es de orden público, y las partes no pueden prorrogarla.*

naturaleza contractual o no contractual, esto es, extra-contractuales o legales. Ello ocurre en las nuevas leyes adoptadas por Panamá y Venezuela.

En consecuencia en dichos países hoy en día el arbitraje sirve como medio idóneo para resolver una variedad más diversas de disputas. Ellos evidentemente debe entenderse en conjunción con los límites dados por la llamada “arbitrabilidad objetiva” que limita las cuestiones que pueden ser válidamente sometidas a arbitraje y “Arbitrabilidad Subjetiva” que limita a las personas o entidades que pueden válidamente someterse a arbitraje.

Otros Países, sin embargo, han considerado como arbitrables, solo aquellas disputas que se producen con relación al contrato o transacción en que las partes han incluido la Cláusula Arbitral, sin hacer expresa mención a disputas derivadas de relaciones no contractuales, lo cual hace más difícil la posibilidad de someter a arbitraje otra clase de disputas distintas de aquellas de naturaleza puramente contractuales. Así acontece en Brasil y Colombia, No obstante lo anterior una interpretación amplia por parte de los tribunales puede llevar a la misma conclusión de que el acuerdo arbitral comprende o puede comprender ambas, tanto disputa contractuales como no contractuales.

6.4.- Arbitrabilidad Objetiva:

Dentro de la definición de las materias que son arbitrables o susceptibles de someterse válidamente a arbitraje, hay un grupo de legislaciones que, siguiendo el modelo del derecho francés, ha utilizado la noción de “Materias de libre disposición, en tanto que otras han apuntado al criterio económico de “Derechos Patrimoniales”.

Dentro del grupo que han acogido la noción de materias o cuestiones respecto de las cuales las partes tienen libre disposición se encuentran

Panamá y Venezuela, aunque algunos de ellos utilizan como concepto clave el de cuestiones que puedan ser objeto de transacción.

6.5.- Arbitrabilidad Subjetiva:

Respecto a la arbitrabilidad subjetiva, todas las legislaciones permiten que los sujetos de Derecho público, puedan celebrar acuerdos de arbitraje cuando dicha circunstancia no afecte el orden público.

Sin embargo, algunos países han establecido ciertas restricciones a esa facultad, siendo necesarios la autorización del Ministro de Tutela o el Procurador de la República como ocurre en el caso de Venezuela.

6.6.- Otras Particularidades:

Finalmente, y aunque no haya sido prevista en la Ley Modelo, es también interesante la innovación de algunas de las legislaciones al contemplar normas expresas relativas a la inclusión de un acuerdo arbitral en contratos con condiciones generales de contratación o contratos de adhesión.

En efecto, algunos países incluyeron disposiciones al respecto con el objeto de garantizar que la parte adhiriera a dichos contratos, generalmente la parte más débil de la relación contractual, fuese plenamente consciente al momento de su adhesión, de la existencia de la cláusula arbitral, en cuya virtud se extrae el conocimiento de las cuestiones regidas por dichos contratos de la jurisdicción de los Tribunales. Tal es el caso de Venezuela¹³⁸.

7.- Venezuela el Arbitraje y el CIADI

¹³⁸ CORNEJO, R. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*. Colombia, LEGIS editores S.A.

Venezuela es uno de los países que enfrenta mayor número de reclamaciones de arbitraje ante el Centro Internacional de Arbitraje de diferencias, lo cual no es buen signo. Para escapar a esta jurisdicción en el futuro, el País anunció su retiro de la Convención sobre arreglo de diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención CIADI), el 24 de Enero de 2012, con efectos a partir del 25 de Julio del mismo año. La Convención CIADI, fue elaborada por el Banco Mundial y estuvo abierta a la firma en Washington desde el 18 de Marzo de 1965. La Convención entro en vigor el 14 de Octubre de 1966, cuando fue ratificada por 20 países y se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Al 20 de enero de 2013, el Convenio CIADI había sido suscrito por 158 países y ratificado por 147 partes contratantes. La reacción de la comunidad jurídica nacional¹³⁹ e internacional¹⁴⁰ no ha sido favorable a esta decisión. En el ámbito Internacional se ha resaltado que la salida de Venezuela del CIADI arroja una sombra sobre las inversiones extranjeras y sugiere que las reglas comúnmente aceptadas del comercio internacional, incluyendo las reglas legales, son irrelevantes para Venezuela; que muchos inversionistas, víctimas de recientes tomas de control gubernamentales han tenido la oportunidad de presentar reclamaciones ante el CIADI, pero que otros se han visto obligados a soportar una pérdida¹⁴¹

¹³⁹ Mezgravis, A. *Retiro de Venezuela del CIADI, es una mala decisión jurídica y económica*. Disponible: <http://www.mezgravis.com/EntrevistaRetiroVzlaCIADI>. Ver también, Petterson Stolk. *La salida de Venezuela del CIADI, sus efectos jurídicos desde el punto de vista de la inversión extranjera*. Disponible: <http://www.badellgrau.com/?pag:17>.

¹⁴⁰ Disponible: <http://www.jdsupra.com/legalnews/transaccional-venezuela-exit-from-the-92942/>

¹⁴¹ Uzcátegui A. (2013). *Venezuela ante el Mercosur*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de Los Andes, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela, Serie Estudios 106.

8. Jurisprudencia Actual Relacionada con la Materia de Clausula Compromisoria Arbitral en Venezuela y Panamá

8.1.- En Venezuela

La Interpretación del Acuerdo de Arbitraje en la jurisprudencia venezolana, si bien la mayor parte de las sentencias que sobre el tema del arbitraje comercial han dictado las diferentes salas del Tribunal Supremo de Justicia destacan la importancia de la consagración del arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sólo contado número utiliza una interpretación que proporciona eficacia práctica al derecho fundamental del arbitraje. Adicionalmente, un número importante de sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha aplicado un método de interpretación restrictiva al analizar supuestos de hechos relacionados con el arbitraje. Un ejemplo en el que nuestro Supremo tribunal ha utilizado la interpretación pro-arbitraje fue la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de nueve de octubre de 1997 (caso Embotelladora Caracas y otros contra Pepsi-Cola Panamericana), en el que, aplicando armónicamente la Convención de Nueva York y la de Panamá, se dispuso que la finalidad de ambas convenciones era justamente facilitar la validez de los acuerdos de arbitraje.

También son ejemplos de aplicación de la interpretación pro-arbitraje los precedentes vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establecidos en las decisiones del 17 de octubre de 2008 (caso: Hildegard Rondón de Sansó), reiterado a través de la decisión de esa misma sala del 11 de febrero de 2009 (caso: Fermín Toro), y del 28 de febrero de 2008 (caso: Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia y Ramón Escovar Alvarado). Mediante estas últimas decisiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha analizado los artículos 26, 49, 253 y 258 de

la Constitución para entender que: (a) el sistema de justicia ideado por el constituyente de 1999 está integrado por la justicia arbitral y la justicia judicial; (b) existe un derecho fundamental a ir a arbitraje; (c) el principio de la tutela judicial efectiva fue re-concebido de manera de incluir también la justicia arbitral; (d) el hecho de que a una controversia le sean aplicables normas imperativas o de orden público no conlleva a que la misma sea inarbitrable; (e) la suscripción de un acuerdo de arbitraje no implica renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial; (f) el carácter imperativo del régimen regulatorio de materias consideradas como de “orden público” o imperativas debe ser entendido exclusivamente extensible a normas sustantivas y no a las procesales ; y (g) los jueces deben aplicar una interpretación pro-arbitraje.

De esta manera, un tribunal arbitral podrá conocer y decidir cualquier controversia que pueda ser conocida y decidida por un tribunal judicial con competencia en Materia Mercantil. Ahora bien, el punto que, es quizás más importante no tiene que ver con las veces que ha sido aplicado un método interpretativo que garantice la materialización del principio pro-arbitraje, sino con el hecho de que un buen número de decisiones jurisprudenciales venezolanas han aplicado el criterio interpretativo diametralmente opuesto: el restrictivo. Diversos de los problemas sensibles en materia de arbitraje son analizados por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia haciendo uso de la interpretación restrictiva y, por tanto, la institución arbitral ha quedado desnaturalizada y sin mayor evolución práctica, al margen de los postulados constitucionales. De manera ilustrativa, en Venezuela la interpretación restrictiva ha sido utilizada por los tribunales nacionales para llegar a cada una de las decisiones siguientes: (a) condicionar la eficacia del acuerdo de arbitraje a que tanto el lenguaje utilizado en el mismo como el comportamiento procesal de las partes demuestre que su voluntad de someterse a arbitraje en todo momento sea

“manifiesta, expresa, inequívoca e incuestionable” (Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de abril de 2004 y de 7 de octubre de 2004, casos: Makro Comercializadora contra Central Parking System de Venezuela y Ciudad Comercial Porlamar contra Valentina Acillai Verlezza, respectivamente); (b) afirmar que en los contratos comerciales internacionales de interés público el acuerdo de arbitraje no excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales (sentencia de la Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de 2004, caso: Minera “Las Cristinas” contra Corporación Venezolana de Guayana); (c) desconocer el carácter exclusivo y excluyente del acuerdo de arbitraje, (Sentencia de la Sala Constitucional de 19 de noviembre de 2004, caso: Consorcio Barr v. Four Seasons); y (d) violar los efectos del acuerdo de arbitraje, (el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje, según decisión de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de octubre de 1999, caso: Hyundai y el principio Kompetenz Kompetenz, sentencia de la Sala Político Administrativa de 06 de mayo de 2003, caso: Consultores Occidentales S.A. y otros v. Hanover P.G.N. Compressor, C.A).

El último caso que se tiene en este momento vigente, sentencia emitida por CIADI, en fecha 31 de Julio de 2017; en el cual se involucra a Venezuela, es el caso de Arbitraje que fue iniciado por las filiales de Gruma contra el Estado venezolano, por “Violación del tratado bilateral de inversión”, entre España y Venezuela.

La Compañía indicó en comunicado que “conforme al Laudo emitido por el tribunal arbitral, la República debe pagar a valores Mundiales y Consorcio Andino, millones de dólares por los daños y perjuicios por haber violado ciertas disposiciones del tratado, más intereses contados a partir del 22 de Enero de 2013, y hasta la fecha efectiva del pago del Laudo.

8.2.- EN PANAMA:

En cuanto a sus regulaciones más relevantes, se debe mencionar que la convención de Panamá consagra la validez del acuerdo arbitral, en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje una controversia presente o futura en relación a un negocio mercantil. Además, la convención de Panamá regula: (i) La forma de acuerdo arbitral, el cual debe constar por escrito; (ii) El nombramiento de los árbitros, sometiéndolo a la autonomía de la voluntad de las partes; (iii) El proceso arbitral sometiéndolo a lo estipulado por las partes y, en su defecto a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial; (iv) La asimilación del Laudo arbitral a una sentencia judicial ejecutoriada; y (v) Las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

En Sentencia de fecha 5 de mayo de 2003, En este caso, el laudo arbitral de 31 de octubre de 2002, condenaba a la parte demandada Banco Disa S.A. a pagar a la demandante, Curacao Eximport Enterprises, la suma de diez millones de dólares como consecuencia de la resolución del contrato de administración de cartera celebrado entre ambas partes. Banco Disa S.A. interpuso recurso de anulación contra el laudo 61 Art. 35 del Decreto Ley. Sentencia de la CSJ de la República de Panamá; Ponente José A. Troyano; con salvamento de voto del Magistrado Adán Arnulfo Arjona. La sentencia de la Corte recuerda que se trata de un arbitraje internacional y que el procedimiento había sido administrado de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. De acuerdo a dicho Reglamento las partes habían acordado la renuncia al recurso de anulación. El Magistrado Arjona, señala en su salvamento de voto que las circunstancias que rodeaban este caso eran muy peculiares y dignas de cuestionamiento. El Magistrado Arjona, sostiene que el laudo debió ser

anulado por violación al orden público considerando, además, que el laudo no era internacional sino interno y, por lo tanto, no había cabida a la renuncia del recurso de anulación. La decisión de los árbitros tenía necesariamente consecuencias patrimoniales para la distribución y pago de los acreedores y depositantes de dicha entidad bancaria. El fallo indica que: “la Sala... considera prudente aclarar que las causales de anulación del laudo arbitral son taxativas y no admiten generalidades y mucho menos puede ser utilizado este recurso para atender asuntos procesales que debieron ser debatidos en el proceso arbitral propiamente y no en esta esfera jurisdiccional ya que ello equivaldría a convertir a la Sala en Tribunal de Segunda Instancia”.

En su análisis la Corte analiza y rechaza todos los argumentos de la demandada: violación al orden público, falta de capacidad del banco y que el objeto de la controversia no era arbitrable. La Corte considera que de no ordenarse a los liquidadores del banco ejecutar el laudo, ésta sería una decisión imposible de ejecutar y se lesionaría el principio de tutela judicial efectiva según el cual, el fin de toda resolución judicial deben estar encaminados al reconocimiento de los derechos establecidos en la ley sustancial¹⁴².

Sentencia del 20 de septiembre de 2006¹⁴³. Esta sentencia se originó de un proceso arbitral iniciado por un inversionista francés, Laurent Jean-Marc Parienti, en contra de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño, producto de un contrato de construcción y operación de una Terminal de transporte público en el área norte del país. El

¹⁴² *Sentencia de la CSJ de la República de Panamá; Ponente Aníbal Salas Céspedes, expediente 25-03.*

¹⁴³ *Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá en el caso Laurent Jean Marc Parienti en contra de Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño. Ponente José A. Troyano, con salvamento de voto del Magistrado Winston Spadafora. Exp. 219.05*

laudo arbitral dictado el 27 de enero de 2005, condenaba subsidiariamente al Estado Panameño y a A.T.T.T. a pagarle al señor Parienti una suma de dinero, por concepto de daño emergente y lucro cesante.

El convenio arbitral invocado para la reclamación fue el contenido en un Convenio de Trato y Protección de las Inversiones celebrado entre la República de Francia y la República de Panamá, cuyas reglas de procedimiento era el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Entre los argumentos planteados por el Procurador de la Administración estuvieron: (i) que el Estado Panameño no fue notificado en debida forma, dado que sólo fue notificada la A.T.T.T., y no el Consejo de Gabinete; (ii) que el Tribunal arbitral no se constituyó en la forma prevista en el reglamento aplicable (CNUDMI); (iii) que el procedimiento no se ajustó a los pactado por las partes, sino que utilizó supletoriamente el reglamento de CESCO¹⁴⁴. Adicionalmente, se invocó que el objeto de la controversia no era arbitrable y que el laudo infringía el orden público Panameño. La Corte Suprema de Justicia concluyó en su decisión que el arbitraje, que había sido declarado internacional por el Tribunal arbitral, era un arbitraje doméstico, tomando en cuenta el art. 5 de la Ley. Tal como lo señala el Magistrado Spadafora, en su salvamento de voto, esta decisión puede cuestionarse pues existían suficientes elementos para suponer transferencia de capitales que producían efectos extrafronterizos. Lo que resulta interesante de esta decisión como precedente es que tanto la mayoría de la Corte como el Magistrado oponente parecen concluir que de haberse tratado de un arbitraje internacional el mismo no estaría sujeto al recurso de anulación sino únicamente al proceso reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. En su razonamiento inicial la Corte indica que la determinación de este aspecto (entiéndase el carácter internacional o interno del laudo) es crucial y trascendente para los propósitos de establecer cuál es, en verdad, el ámbito

¹⁴⁴ Centro de Solución de Conflictos, adscrito a la Cámara Panameña de la Construcción.

de control mínimo que puede ejercerse sobre él. La Corte concluyó que el laudo violaba el orden público panameño al no cumplirse con el procedimiento de notificación al Estado Panameño, previsto en la Constitución para los casos de arbitraje donde el Estado es parte. En efecto, para la fecha de la notificación del arbitraje no habían entrado en vigencia las reformas a la Constitución del 2004 y, en consecuencia, se requería la aprobación del Consejo de Gabinete y el Refrendo del Procurador de la Nación en los arbitrajes donde el Estado era parte. Esta no sería la primera vez que las cortes francesas deciden reconocer un laudo arbitral internacional que ha sido declarado nulo en otro Estado.

8.3.- Análisis de ambos ordenamientos arbitrales:

a) Venezuela y Panamá, han dedicado legislaciones específicas destinadas a modernizar la práctica del arbitraje comercial internacional. Por otra parte Panamá ha adaptado una legislación que propician la eficacia de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación, además del arbitraje incluyendo en su normativa un capítulo dedicado al arbitraje Internacional.

b) Venezuela, se apega al criterio que un arbitraje será internacional cuando el domicilio de las partes, el lugar del arbitraje o el lugar de ejecución del contrato se encuentren en un Estado diferente. En Panamá, se optó por introducir en sus legislaciones un sistema híbrido para definir la internacionalidad del arbitraje, producto de la mezcla de tomar en consideración el domicilio sea diferente y además sea un criterio económico.

c) La gran mayoría de las leyes sobre arbitraje, el acuerdo arbitral puede probarse por cualquier documento escrito, tal y como lo establece la Ley Modelo. En lo que respecta a Panamá realiza un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negadas por la otra parte.

d) En Venezuela, las leyes nacionales establecen que el acuerdo arbitral, puede revestir la forma de una cláusula contenida en un contrato de acuerdo independiente. En lo que respecta a esto, la Ley modelo acepta como acuerdo arbitral la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria. Panamá se apega a la autonomía de la voluntad de las partes.

e) En lo que respecta al alcance *rationae materiae*, la gran mayoría de leyes han definido el acuerdo arbitral de modo amplio, en iguales términos a los previstos en la Ley Modelo, permitiendo con ello que las disputas sometidas al arbitraje puedan ser de naturaleza contractual o no contractual, esto es, extracontractual o legal, de igual manera estas son aplicadas en Venezuela y Panamá.

f) En lo que respecta a la arbitrabilidad objetiva, Venezuela y Panamá han utilizado la noción de “materias de libre disposición”, materias respecto de las cuales las partes tienen libre disposición, en el objeto de la transacción.

g) Venezuela ha establecido con respecto a la arbitrabilidad subjetiva, todas las legislaciones permiten que los sujetos de Derecho Público puedan celebrar acuerdos de arbitraje cuando dicha circunstancia no afecte el orden Público, de lo contrario al igual que Panamá en donde se involucra entes Públicos se requiere la autorización del Ministerio de Tutela o el Procurador de la república.

h) En Venezuela con el objeto de garantizar que la parte que se adhiera a dichos contratos, generalmente la parte más débil, de la relación contractual, fuese plenamente consciente al momento de su adhesión, la existencia de la cláusula arbitral en cuya virtud se extrae el conocimiento de las cuestiones regidas por dichos contratos de la jurisdicción de los Tribunales.

i) El artículo 5 de la Convención de Panamá regula las causales de denegación y reconocimiento y/o ejecución de un Laudo Arbitral en materia comercial. En consecuencia y en virtud de lo señalado en el artículo 1 de la convención de Montevideo, esta última no resulta aplicable en Venezuela para regular la eficacia extraterritorial de laudos extranjeros sobre materia comercial.

j) Venezuela, contempla que se promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otro medio alternativo en la resolución de conflictos. De igual manera, adicional a la constitución, encontramos leyes y tratados que son aplicables al Arbitraje Comercial, como lo son: la Ley de arbitraje Comercial de fecha 07 de abril de 1998, La convención de Nueva York, convención de Montevideo y la convención de Panamá. Al apegarnos a la convención de Panamá, eso quiere decir que Venezuela aplica dicho ordenamiento Jurídico para la resolución de conflictos.

k) Panamá acepta La acción de anulación como vía exclusiva de impugnación del Laudo Arbitral, por el contrario Venezuela se ha apartado claramente de la Ley Modelo de redactar los motivos de impugnación, sea omitiendo causales previstas en la Ley Modelo o incorporar causales no reconocidas en ella, o sea utilizando un lenguaje local distinto al propuesto en la Ley para describir los motivos de la Nulidad, vulnerando así el propósito de uniformidad que dicha ley buscaba con relación a las causas recogidas bajo la Convención de New York¹⁴⁵.

¹⁴⁵ CONEJERO, R. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*. Colombia, LEGIS editores S.A.

CONCLUSIONES

Con el desarrollo de la investigación han sido diversos los elementos analizados, haciendo una serie de aportes en atención:

- ✓ Del análisis comparativo del compromiso arbitral en los contratos internacionales celebrados en Venezuela y en Panamá, se dejó claro que la Cláusula compromisoria, cuya utilización permite a las partes contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se expresa remisión, previa y obligatoria a las reglas de la Mediación y Conciliación dentro de las características relevantes, esto en aras de llegar a una solución de conflicto sin necesidad de acudir a la vía judicial.
- ✓ Siendo el arbitraje uno de los medios alternativos de resolución de conflictos mediante el cual dos o más personas acuerdan, someter sus controversias a uno o varios árbitros elegidos por las partes, para así lograr la solución de una controversia determinada. Se trata de un juicio, conocido como la justicia alternativa, pese a no celebrarse ante los tribunales, las partes no resuelven sus diferencias mediante recíprocas concesiones, sino que encargan a un tercero la decisión. La resolución adoptada por los árbitros se denomina laudo arbitral y tiene eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser ejecutables de manera forzosa por los tribunales de justicia.
- ✓ La investigación llevada a cabo, hace referencia que los Principios Generales para los contratos Mercantiles internacionales se encuentran elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT). De igual manera debe entenderse

en una forma amplia y lo más amplia posible, a fin de excluir solo aquellos contratos carentes de elementos internacionales, es decir, cuando todos sus elementos de importancia se encuentran conectados con un único Estado.

- ✓ En lo que respecta a la forma de establecer el arbitraje, el mismo se realiza mediante el convenio arbitral o Clausula Compromisoria, por el que las partes expresan su voluntad inequívoca de someterse a este tipo de solución todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de determinadas relaciones jurídicas (Contratos nacionales e internacionales), no suelen ser objeto de arbitraje, salvo contadas excepciones, ni se incorporan en el convenio arbitral, aquellas cuestiones sobre las que haya caído una resolución judicial firme y definitiva, y en las que sea necesaria la intervención del ministerio fiscal.
- ✓ En el derecho internacional, el arbitraje es el método más frecuente e importante para la solución pacífica de los conflictos, tanto en la esfera privada, como en la pública.
- ✓ Los Laudos Arbitrales emitidos por Tribunales Arbitrales con vista al ordenamiento legal son siempre ejecutables, por considerarse que los mismos tienen la fuerza legal de una sentencia emanada de un tribunal competente.
- ✓ Es importante resaltar que la legislación Panameña es moderna, que propician la eficacia de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación, además del arbitraje incluyendo en su normativa un capítulo dedicado al arbitraje Internacional, caso contrario ocurre en Venezuela, es muy

poco lo que se tiene como basamento en la Constitución Nacional, sin embargo se cuenta con una Ley de Arbitraje, La ley Modelo, los tratados y convenios internacionales.

- ✓ Se puede observar que Venezuela, se apega al criterio que un arbitraje será internacional cuando el domicilio de las partes, el lugar del arbitraje o el lugar de ejecución del contrato se encuentren en un Estado diferente. Caso contrario, en Panamá, optó por introducir en sus legislaciones un sistema híbrido para definir la internacionalidad del arbitraje, producto de la mezcla de tomar en consideración que el domicilio sea diferente, además de un criterio económico.
- ✓ Se pudo cotejar que en ambos ordenamientos jurídicos han utilizado la noción de “materias de libre disposición”, materias respecto de las cuales las partes tienen libre disposición, en el objeto de la transacción, conciliación, mediación y arbitraje.
- ✓ En Venezuela las leyes nacionales establecen que el acuerdo arbitral, puede revestir la forma de cláusula contenida en un contrato de acuerdo independiente, en lo que respecta a Panamá, se apegan única y exclusivamente a la autonomía de la voluntad de las partes.
- ✓ Para concluir, el compromiso arbitral cubre adecuadamente todas las características para ser considerado como un verdadero contrato internacional, en virtud que cubre el acuerdo de voluntades de las partes, que tienen por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Su importancia tiene por contenido entregar la resolución de una cuestión litigiosa, a uno o

varios árbitros, pudiendo ser convenida en el contrato o en un acto posterior, se puede fijar previa o no a la controversia.

RECOMENDACIONES

Visto que en las conclusiones a las que se ha llegado en la investigación se señalan una serie de elementos que deben ser considerados importantes en el arbitraje como medio de solución de conflictos, con esto es oportuno realizar las siguientes recomendaciones:

1.- Es recomendable el empleo de medios alternativos para dirimir controversias, en especial el arbitraje, en caso de relaciones de carácter internacional, en contratos entre empresas de distintos Estados o incluso dentro del mismo Estado o bien en áreas que producen saturación en los tribunales y no representan intereses económicos altos.

2.- El Estado Venezolano debe procurar a través de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su aplicación en el ámbito nacional, todo lo relacionado con el arbitraje, así como su aplicación a nivel nacional como medio de arreglo de diferencias, de manera alterna a la jurisdicción de los Tribunales, por lo que esto se traduciría en una garantía para el ejercicio de la libertad del arbitraje como derecho fundamental para la solución de conflictos. En lo que respecta al ámbito internacional, Venezuela debe apegarse al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, así como lo hace Panamá en aras de agilizar y modernizar las transacciones, mediaciones y conciliaciones a nivel internacional.

3.- Cuando las partes a nivel internacional deciden realizar un procedimiento arbitral, es importante conocer la legislación del país sede del mismo, porque su Ley Arbitral es supletoria del procedimiento, así mismo es recomendable buscar un estado con una legislación actualizada en materia de arbitraje, con un criterio de revisión referente a la forma y que adopte los supuestos de la Ley Modelo, para decidir cualquier controversia en la que se posea alguna duda o exista alguna laguna en la materia.

4.- Desde hace varios años el escenario tribunalicio Venezolano ha dejado de evolucionar positivamente a favor de aquellos que se ven envueltos en conflictos jurídicos, buscan acceder a la justicia. Hoy día, para el conocimiento de muchos la administración de justicia en Venezuela, se caracteriza por la lentitud y desorganización de sus Tribunales que se encuentran llenos de expedientes, alto índice de formalismos procesales, se ha vuelto ineficientes e incapaces de resolver los casos con la debida celeridad e idoneidad requerida por las partes en la solución de sus controversias o conflictos.

Esta circunstancia como es natural, ha creado un nivel alto de desconfianza y rechazo a la justicia tradicional, que ha provocado con el paso del tiempo un incentivo para buscar otras opciones y pensar en métodos de resolución de conflictos más rápidos, eficientes y alternativos al clásico Poder Judicial.

REFERENCIAS

- ALBORNOZ, P. (2012). *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas-Venezuela, Editorial Ediciones Liber.
- Badell, R., Badell, A., De Grazia, C., Quiroz, D., y De Sousa, R. (1998). *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*. Cuadernos Jurídicos. Caracas: Badell & Grau.
- Baumeister, A. (1999). Algunas Consideraciones sobre el procedimiento Arbitral en la Ley de Arbitraje Comercial. *Revista Venezolana de estudios de Derecho Procesal*. Pg. 19-73.
- Bonnemaïson, J. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Caracas-Venezuela. Vadell hermanos Editores. Pg. 389-406.
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACCC). (s.f) ¿Que es el Arbitraje? 19 de enero de 2010. De <http://arbitrajeccc.org/>
- Centro de Conciliación y de Arbitraje de Panamá. De <http://cecap.com.pa/>
- Código Civil, Gaceta N° 2.990. Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Código de Procedimiento Civil de Venezuela. (1990). Gaceta Oficial de la República de Venezuela 4.290 (extraordinario) Septiembre 18, 1990.
- Colección de cuadernos de arbitraje. Cámara de Comercio de Caracas, Centro de Arbitraje de Caracas. Publicidad graficas Hormes.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpressa en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de Marzo de 2000.
- Convención de New York, Ley Aprobada en la Gaceta Oficial N° 4.832 del 29 de Diciembre de 1994.
- Convención de Panamá Ley aprobada en gaceta Oficial N° 33.170, del 22 de Febrero de 1985.
- Convención de Montevideo *Ley aprobada en Gaceta Oficial N° 33.140 del 15 de Enero de 1993.*
- Cornejo, C., Hernandez, A., Valeria, M. (2009) *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial. Colombia*, LEGIS editores S.A. Pg. 539-567 y 723-742.
- David, R. (1985) *El Arbitraje Internacional*. Monroy, M. (1982). *Arbitraje Comercial*, Bogotá-Colombia Editorial Temis.
- Decreto Ley N° 5, del 08 de Julio de 1999, arbitraje doméstico e internacional de Panamá.
- De Navarro, M. (2005). Consideraciones críticas de la Institución Arbitral en la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana (parte I). *Lex Nova*. Revista del Colegio de abogados del Estado Zulia (244), 59-81.
- Dos Santos O. (2000), *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*.
- Fouchard, P. (1992). En *Internacional*. SANQUIZ, S. (2005) *El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano*. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

- González, J. (2014). Apuntes de derecho Mercantil. Caracas-Venezuela. <http://www.derechomercantil.info/2014/03/arbitraje-concepto-caracteristicas.html>.
- Goldman B. (1992). Los conflictos en el arbitraje internacional. Tomo 347. Volumen 109. Sobre el reenvío en el arbitraje comercial internacional.
- Grigera N., Problemas de elección de Ley en Arbitraje Comercial Internacional (1992).
- Hernández E. (2004). Colección cuadernos problemas contemporáneos del derecho Procesal Civil Internacional Venezolano, cuando indica que los efectos de una cláusula de elección de foro deben ser apreciados y determinados desde el punto de vista de las partes.
- Hung, F. (2001). Reflexiones sobre el Arbitraje en sistema Venezolano. Colección estudios Jurídicos. N° 74. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.
- Ley de Derecho Internacional Privado fue publicada en Gaceta Oficial N° 36.511, de fecha 6 de Agosto de 1998.
- Ley de Arbitraje Comercial Gaceta Oficial N° 36.430, del 07 de Abril de 1998.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, de fecha 21 de Junio de 1985, con enmiendas en el año 2006. Revisado en la página. El día 20 de Octubre de 2017. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml->

[arb/ml-arb-s.pdf http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

- Lugo, M. (2002). ¿Por qué la Justicia Arbitral?. Lex Nova. Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. 95-106.
- Lowenfeld A. (1989). El nuevo comerciante de la Ley, desde una perspectiva jurídica y arbitral, Tulane, University School of law. Arbitración Internacional, (1990), Volumen 6.
- Madrid Martínez, Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana..., ob. cit., p. 255.
- Maduro L. (2009). Curso de Obligaciones. Derecho Civil III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela.
- Maekelt, T. (2000). El arbitraje. Universidad Central de Venezuela-Caracas. Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 117.
- Mejia, L. (1999). El Arbitraje. Visión histórica y de Derecho Comparado. Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Pp 7-18.
- Mogollón, I. (2004). Arbitraje Comercial Venezolano. Caracas. Vadell Hermanos Editores.
- Murillo, J. (2008) Efectos de la Cláusula Compromisoria en los arbitrajes internacionales.
- Sanquiz, S. (2005) El Derecho aplicable al Arbitraje comercial Internacional en el derecho Venezolano. Caracas-Venezuela, Editorial Publicaciones UCAB.

- Silva, E. (2005) El contrato de Arbitraje. Bogotá-Colombia, Universidad del Rosario. Colegio Mayor de Nuestra Sra. Del Rosario.
- Solano, M. (2014). Libre cambio. <https://librecambio.es/2014/03/10/el-contrato-internacional-clausulas-escenciales>.
- Tejera, V. (2012). Arbitraje de Inversiones en Venezuela. Colección Estudios Jurídicos N° 97. Caracas- Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.
- Torrealba, H. "Consideraciones sobre el Arbitraje en Venezuela". Hung, F. (2001). Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema Venezolano. Caracas-Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos. Pp. 111-115.
- Uzcátegui A., de Jesús M., (2013). Venezuela ante el Mercosur. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de Los Andes, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela, Serie Estudios 106. Pg, 52.
- Villasmil, Y. (2002). El acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje Comercial. Una convención exclusiva y excluyente de la Jurisdicción Ordinaria. Lex Nova. Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Pp 73-94.
- Voser N. (1.996). Reglas Obligatorias de Ley, como una limitación aplicable en el arbitraje comercial internacional. Volumen 7

