

LA EVENTUAL NULIDAD DE LOS LLAMADOS LAUDOS PARCIALES

EN VENEZUELA

Luis Alfredo Araque Benzo

1. INTRODUCCIÓN:

Desde hace algún tiempo se han planteado discusiones entre los estudiosos del arbitraje llamado “comercial” sobre el objeto de la acción de nulidad del laudo arbitral. Muy especialmente se ha pretendido determinar si la nulidad del laudo prevista en nuestra Ley de Arbitraje Comercial (LAC)¹ puede plantearse contra ciertas decisiones de un Tribunal Arbitral que no pongan fin a la controversia sometida a arbitraje. Contribuye a la polémica la terminología empleada de manera habitual en el mundo del arbitraje cuando corresponde a los árbitros decidir si los laudos deben ser dictados en su totalidad en un mismo documento o si la controversia puede ser decidida mediante varios escritos que suelen denominarse laudos parciales, interlocutorios, aclaratorios o complementarios.

El punto reviste importancia por cuanto podría implicar que alguna de las partes pudiese intentar la nulidad o algún otro recurso contra alguna de esas decisiones que no ponen fin al procedimiento arbitral, mientras éste continúa desarrollándose, y, lo que sería aun más problemático, que diversos tribunales ordinarios dicten diversas decisiones, incluso contradictorias, sobre la validez de las decisiones del Tribunal Arbitral, que implican necesariamente la validez o invalidez del procedimiento arbitral mismo.

Por otra parte, la incertidumbre sobre el punto puede ser muy importante para los abogados de las partes en el procedimiento arbitral pues, ante la duda razonable de que un tribunal pueda considerar extemporánea la solicitud de nulidad de lo decidido en el llamado laudo parcial si es planteada después de la conclusión del procedimiento arbitral mediante el laudo definitivo, podrían verse impulsados a plantear, de inmediato, la nulidad de esa decisión de los árbitros.

Toda esa problemática suele plantearse, casi siempre, con relación a las decisiones sobre la competencia o jurisdicción del Tribunal Arbitral que sean emitidas *in limine Litis*, es decir, en una oportunidad temporal diferente a la prevista para una eventual decisión sobre el fondo de la controversia planteada por las partes.

A continuación se tratará de establecer qué debe entenderse por laudo arbitral a la luz de la legislación venezolana, en cuanto es la ley aplicable al recurso judicial de nulidad del laudo en los arbitrajes domiciliados en Venezuela, y el alcance de tales normas, y

¹ Ley de Arbitraje Comercial (Venezolana) (LAC), 17 de febrero de 1998, G.O. N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

muy especialmente, si la decisión que pueda recaer en materia de competencia o jurisdicción en virtud del principio Kompetenz-kompetenz previsto en los artículos 7² y 25³ de la LAC podría ser objeto del recurso de nulidad previsto en el artículo 43⁴ *eiusdem*.

2. **LA NOCIÓN DE LAUDO ARBITRAL:**

2.1 **Apreciación general:**

La naturaleza de las cosas, tanto materiales como incorpóreas, no depende del nombre que se les pueda asignar, sino de su propia entidad. Por ello, aunque las partes de un contrato decidan llamar comodato a una convención por la cual una parte pone a la otra en el goce de un bien a cambio de una contraprestación dineraria de la otra parte, no por ello ese contrato adquiere la naturaleza de comodato. Una decisión de un tribunal arbitral no adquiere la naturaleza de laudo susceptible de ser impugnado mediante el recurso de nulidad porque los árbitros, o las partes, o los reglamentos de arbitraje decidan denominarla “laudo” o “laudo parcial o interlocutorio” o “laudo complementario”, sino cuando se corresponde con lo previsto en la LAC, o en la normativa que resulte aplicable al recurso de nulidad.

2.2 **El concepto de laudo en la LAC:**

La LAC no contiene una definición específica de lo que debe entenderse por “laudo”. Sin embargo, su articulado hace referencia a las características de esa figura.

² LAC, Art. 7: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará 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.”

³ LAC. Art. 25: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora.”

⁴ LAC, Art. 43: “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto. 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 el caso que el recurso fuere rechazado.”

Establece el artículo 29⁵ de la LAC que el procedimiento arbitral culminará con un laudo. Dos características se desprenden de tal afirmación. En primer lugar debemos entender que lo que la LAC considera laudo debe ser la culminación del procedimiento arbitral. Es decir, para que pueda una decisión de un Tribunal Arbitral ser considerada laudo, debe ponerle fin al procedimiento arbitral. Cualquier otra decisión que no tenga como resultado la culminación del procedimiento arbitral, no es legalmente laudo, independientemente del nombre que se le pueda dar (laudo parcial, laudo interlocutorio, laudo complementario, etc.).

La segunda característica del laudo previsto en el artículo 29 citado es la unidad. Es clara la referencia legal a un único laudo y no a una diversidad de decisiones. No pueden darse varios laudos en un mismo procedimiento arbitral. En este punto, hay total coherencia en el articulado de la LAC, pues todos los artículos que hacen referencia a la figura del laudo hablan de “El laudo” y nunca de los laudos.

Continúa el artículo 29 LAC enumerando los requisitos de “El laudo”. Debe ser dictado por escrito y firmado por los árbitros. Además, debe en principio, ser motivado y dejar constancia de su fecha y del lugar del arbitraje (artículo 30 LAC)⁶. De manera que, de no existir árbitros con competencia para dictar el laudo, es imposible que exista un laudo.

También esta prevista (artículo 32 LAC)⁷ la posibilidad de que el laudo pueda estar integrado por varios documentos, específicamente por el documento que el Tribunal Arbitral debe entregar a las partes cuando dicta su laudo, pero también por sus aclaratorias, correcciones, e incluso complementos. De manera que, de ningún modo, la unicidad del laudo se contradice con la posibilidad de que conste de varios instrumentos, que en conjunto, culminen el procedimiento arbitral.

La tercera, y no menos importante característica del laudo, está implícita en el artículo 5⁸ de la LAC que hace referencia al objeto del acuerdo de arbitraje, que no

⁵ LAC. Art. 29. El procedimiento arbitral culminará 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 bastarán 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.

⁶ LAC. Art. 30: “El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario, y constará en él la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje”.

⁷ LAC Artículo 32: “El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal arbitral de oficio o solicitud presentada por una de las partes, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del mismo.”

⁸ LAC, Art. 5: “El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo 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. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se

es otro que instrumentar un mecanismo distinto a una sentencia para determinar el alcance de los derechos y obligaciones de las partes de dicho acuerdo, derivados de un contrato en el cual se haya incluido una cláusula compromisoria o del acuerdo independiente que debe entonces describir los derechos y obligaciones en litigio. De acuerdo a ello, laudo no es cualquier decisión de unos terceros que hayan sido designados como árbitros, sino una decisión que resuelva la controversia planteada con ocasión del contrato contenido de la cláusula compromisoria o descrita en el acuerdo independiente, emanada de quienes tengan realmente competencia para ser considerados árbitros. Por ello, no podrían considerarse laudo arbitral las decisiones que no versen sobre la controversia misma, y por ello, no “culminen” el procedimiento, ni las decisiones emanadas de personas sin la competencia exigida para tener la condición de árbitro.

En lo sucesivo se verá que la decisión sobre la competencia que los artículos 7 y 25 de la LAC atribuyen a las personas designadas como árbitros no está dirigida, propiamente, a establecer los límites de los derechos de las partes de un acuerdo de arbitraje, sino a permitir que un eventual procedimiento arbitral pueda desarrollarse sin la intervención de un juez ordinario que decida sobre la competencia antes de que un laudo llegue a ser emitido.

2.3 El concepto de laudo en el Reglamento de Arbitraje CEDCA:

Aun cuando la determinación del concepto de laudo, a los efectos de la procedencia de una eventual acción de nulidad, sólo corresponde a la ley del lugar del arbitraje, pues regula un recurso ante los tribunales ordinarios, independiente de las normas que regulan el arbitraje, puede resultar muy interesante remitirnos a los conceptos de laudo contenidos en los diferentes reglamentos de arbitraje institucional, pues ellos nos corroboran la idea de que en un mismo procedimiento arbitral no pueden concurrir varios laudos susceptibles de nulidad, y que cuando se hace alusión a laudos parciales, interlocutorios o complementarios, no se trata de laudos diferentes, sino de partes de un único laudo.

En tal sentido apunta la definición de laudo contenida en el artículo 1.5 del Reglamento CEDCA⁹ cuando expresa: “Laudo hace referencia a la decisión previa, parcial, definitiva o adicional dictada por el Tribunal Arbitral”. Igualmente, el contenido de los artículos 37 y 38 *eiusdem* en los cuales se habla de “El laudo” como la obligación de los Árbitros, no se contradice con la autorización que se da al Tribunal Arbitral para dictar decisiones previas o parciales en el transcurso del

obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.”

⁹ Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de fecha 4 de diciembre de 2014 en vigencia desde el 15 de febrero de 2015.

proceso. Y añade el artículo 41.2 que cualquier corrección o interpretación del laudo formarán parte del laudo definitivo.

2.4 El concepto de laudo en el Reglamento de Arbitraje CACC:

En el mismo sentido indicado anteriormente cabe señalar las disposiciones del reglamento CACC¹⁰ sobre el laudo.

El artículo 2.13 de dicho reglamento define al laudo así: “Laudo es la decisión del Tribunal Arbitral mediante la cual se decide el mérito del procedimiento arbitral, el cual tiene carácter final y definitivo. Formará parte del laudo cualquier laudo parcial o interlocutorio dictado durante el Procedimiento Arbitral. Forma igualmente parte del Laudo cualquier aclaratoria, corrección o complemento del mismo.”

Los artículos 70 y siguientes del Reglamento CACC son coherentes con la anterior definición y siempre hacen referencia a “El laudo”, como un único ente.

3. EL ALCANCE DEL RECURSO DE NULIDAD PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 63 Y 64 DE LA LAC:

Es importante precisar el alcance del recurso de nulidad previsto en los artículos 63 y 64 de la LAC. De acuerdo con la ley, el procedimiento de arbitraje no es un juicio sino la consecuencia de un contrato llamado “acuerdo de arbitraje” mediante el cual las partes que se creen titulares de un derecho disponible y difieren o temen llegar a diferir en el alcance de esos derechos, acuerdan que esos límites no sean establecidos por un juez mediante una sentencia que ponga fin a la fase de conocimiento de un juicio, ni por las mismas partes (transacción), sino por terceros contratados por ellas para que les presten el servicio de establecer por cuenta de ellas esos límites. Tal estructura jurídica excluye los recursos que son propios del procedimiento ordinario como la apelación dirigida a la revisión de lo decidido.

Hasta aquí, nada podría justificar una revisión jurisdiccional de la opinión que los árbitros hayan emitido en cumplimiento de lo contratado con las partes. Sin embargo, el conferimiento por ley a dicha decisión de los efectos de cosa juzgada y ejecutoria involucran necesariamente el orden público, no en los aspectos contractuales del arbitraje, sino en los efectos de la decisión o laudo. A la sociedad no le conviene que una opinión manifestada en un laudo pueda ser objeto de ejecución forzosa y de cosa juzgada, si en su formulación no se han respetado aspectos fundamentales relacionados con el nacimiento de derechos y obligaciones así como el llamado derecho a la defensa de los ciudadanos involucrados en una controversia. En el contrato de transacción, la ejecutoria está subordinada a la homologación previa del acuerdo por un

¹⁰ Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas de fecha 12 de noviembre de 2012 y en vigencia desde el 1 de febrero de 2013.

juez que verifique que no se hayan violado normas de orden público y por ello, sólo la transacción judicial puede ser ejecutada sin que medie una sentencia en un procedimiento cuyo objeto sea el cumplimiento de una transacción extrajudicial. En el arbitraje, los efectos de cosa juzgada y ejecutoria no requieren homologación previa del laudo, pero pueden ser objeto de análisis judicial mediante el recurso de nulidad que sólo suspende la ejecución si se cauciona debidamente el resultado de la eventual nulidad. La finalidad de la nulidad no es, pues, revertir o modificar el laudo, sino impedir que mediante la ejecución del laudo resulten violados derechos irrenunciables de las partes como el derecho a no ser llevados a arbitraje sin su consentimiento previo debidamente manifestado, o no haya podido hacer valer sus derechos, o se haya decidido en arbitraje materias no arbitrables por no formar parte del acuerdo de arbitraje o por no ser disponibles en virtud del orden público, etc.

La nulidad del laudo no es una modificación del laudo ni la invalidación del procedimiento arbitral sino la negación de los efectos de cosa juzgada y ejecutoria conferidos, como regla general, a la opinión de las personas que hayan detentado la condición de árbitros en los términos de ley.

En el fondo, en el arbitraje la nulidad produce “a posteriori” los mismos efectos que la ausencia de homologación previa de la transacción.

En vista de ello, resultaría absurdo extender el recurso de nulidad aplicable al laudo a decisiones parciales que no resuelvan la controversia y no generen los efectos de cosa juzgada y ejecutoria, o se refieran a aspectos que no hayan sido objeto del acuerdo de arbitraje, como la competencia de personas designadas como árbitros, cuya decisión es atribuida no por las partes sino por las normas legales que consagran el principio Kompetenz-Kompetenz.

4. **LA DECISIÓN SOBRE LA COMPETENCIA O JURISDICCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 7 Y 25 DE LA LAC:**

4.1 **Su naturaleza jurídica:**

Es innegable que la decisión sobre la competencia o jurisdicción del Tribunal Arbitral está prevista en los artículos 7 y 25 de la LAC, pero también es evidente que la determinación de la competencia no forma parte de los derechos y obligaciones derivados del contrato contenido de la cláusula compromisoria ni del llamado acuerdo independiente, pues la competencia o jurisdicción es un problema legal. Aun cuando el acuerdo de arbitraje es un contrato, y en tal virtud se le suele equiparar a la transacción, sus efectos en materia de cosa juzgada y ejecución, escapan a la convención entre partes y sólo se producen en virtud de la norma legal, lo cual condiciona esos efectos a que el laudo haya sido emitido por árbitros competentes y en los términos de Ley.

Aun cuando la obligación de emitir un laudo que determine el alcance de ciertos derechos y obligaciones disponibles deriva de la facultad de las partes de disponer de esos derechos y del acuerdo contractual entre las partes y los árbitros, la exclusión de la jurisdicción ordinaria y la ejecutoria sólo pueden estar fundamentadas en la norma legal expresa (arts. 5 y 48 de la LAC), pues de lo contrario, el acuerdo de voluntades sobre tal exclusión o la ejecución forzosa no podría considerarse obligatorio.

Si no existiese disposición expresa sobre la exclusión de la jurisdicción ordinaria, nada impediría que las partes planteasen sus controversias ante ella, aun si hubiesen pactado no hacerlo, pues se consideraría materia de orden público, y los llamados a decidir sobre la competencia de los tribunales arbitrales serían los tribunales jurisdiccionales, lo cual restaría al arbitraje su propia razón de ser, pues la gran mayoría de los arbitrajes siempre irían precedidos de un procedimiento ordinario destinado a determinar si la controversia debe o no decidirse en arbitraje o si el acuerdo de arbitraje existió o fue válido.

La solución de este problema, tanto a nivel doctrinal como legal, recogida en la Ley Modelo Uncitral¹¹, y en la mayoría de las correspondientes legislaciones nacionales y tratados internacionales ha sido conferir a quienes tengan apariencia de árbitros, la facultad de decidir sobre su propia competencia sin que el asunto pueda ser planteado ante la jurisdicción ordinaria. Como se mencionó con anterioridad, esta solución legal, que la doctrina llama “Principio Kompetenz-Kompetenz” está recogida en los artículos 7 y 25 de la LAC ya citados.

En realidad, el principio mencionado no tiene como finalidad regular la materia arbitrable, sino atribuir a las personas que tengan apariencia de árbitros, la facultad de decidir si continúan tramitando el procedimiento arbitral objeto del acuerdo de arbitraje o si se abstienen de hacerlo por carecer del carácter de árbitros facultados para dictar un laudo que decida unas controversias contractuales o extracontractuales, y contra el cual pueda ejercerse el recurso de nulidad.

Es decir, en virtud del mencionado principio, el legislador delega en unas personas naturales, que no son jueces, la facultad de decidir si tienen carácter de árbitros, es decir de elegidos contractualmente para dictar el laudo que sea la culminación de un procedimiento arbitral.

Así, cuando se produce la decisión sobre la competencia no es posible considerar que se ha emitido un laudo. Evidentemente, si la decisión sostiene la competencia de los árbitros se integra al procedimiento arbitral que, de otra manera, carecería de todo sustento, y si el laudo que decide la controversia es anulado, tal nulidad

¹¹ Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 de julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en idioma inglés).

arrastra y deja sin efectos jurídicos cualquier decisión sobre la competencia, dictada *in limine litis*, o como punto preliminar del laudo. Por el contrario, si la decisión sobre la competencia (*in limine Litis* o como punto previo del laudo) se inclina por negar la competencia, al no ser procedente el arbitraje propuesto, tal decisión tampoco puede ser considerada un laudo en los términos legales, pues al no existir competencia o jurisdicción tampoco han existido árbitros con facultad legal y contractual de decidir una controversia, ni se podrían haber producido los efectos de cosa juzgada y ejecutoria que la ley atribuye a la existencia de un laudo.

En nada hace variar la realidad anterior la terminología que las partes, o los reglamentos de los centros de arbitraje o los propios árbitros o aparentes árbitros puedan haber utilizado al referirse a la decisión *in limine litis* o como punto previo del laudo que los artículos 7 y 25 de la LAC les permitieron tomar. Es decir, no porque a esa decisión se le denomine laudo parcial, o laudo interlocutorio o punto previo al laudo final, pasa a adquirir la naturaleza de laudo, pues no decide ni es la culminación de las controversias objeto del acuerdo de arbitraje, sino decide la competencia que, de otra manera, tendría que ser decidida fuera del ámbito del procedimiento arbitral por los jueces ordinarios. En otras palabras, en virtud de norma expresa legal, a los designados como árbitros se les confiere, adicionalmente a las facultades contractuales que se derivan del acuerdo de arbitraje, una facultad legal: decidir sobre su competencia, que de otra manera correspondería a la jurisdicción ordinaria, y existiría en paralelo con esas facultades derivadas del contrato.

En este punto se hace necesario insistir en la distinción entre la decisión de incompetencia que pueda ser emitida antes o conjuntamente con el laudo, y la decisión de proceder a instruir y/o resolver la controversia. En el primer caso no es posible hablar de arbitraje ni de laudo, pues si las personas que emiten la decisión no tienen competencia para dictar un laudo que culmine la controversia, tampoco puede considerarse que hayan tenido la condición de árbitros según la LAC, por lo que tal decisión está limitada a declarar que no han tenido ni tienen tal condición, de manera similar a lo que sucede cuando los eventuales árbitros no aceptan su designación por motivos legales, reglamentarios o personales, o cuando deciden inhibirse o aceptar la recusación planteada por alguna de las partes. Sea cual sea el motivo que de lugar a la negativa de las personas designadas de asumir el carácter de árbitros, ello entra dentro del campo de la libertad de contratación de las personas y no dentro del terreno de la jurisdicción que hace obligatorio para quienes tienen carácter de jueces el conocer de las controversias que les sean planteadas.

Ello explica claramente por qué una decisión que excluya la competencia de los aparentes árbitros no es objeto de ningún recurso, como no lo es la decisión de no aceptar una designación para la condición arbitral o una decisión que culmine con la inhibición o recusación. Evidentemente, también explica el por qué, una decisión de incompetencia no impide a las partes insistir en el cumplimiento del acuerdo de

arbitraje e intentar designar a otras personas que si acepten tener competencia, o plantear sus diferencias ante la jurisdicción ordinaria, ante la cual tendría que demostrarse la improcedencia del arbitraje mediante la correspondiente cuestión previa. Lo que si parece indubitable es la improcedencia de cualquier recurso, incluyendo el de nulidad, contra la decisión de unas personas de negarse a ser contratados como árbitros y así quedar obligados a emitir un laudo.

Cuando las personas designadas como árbitros deciden positivamente sobre su competencia en virtud de los artículos 7 y 25 de la LAC, adquieren legalmente la condición de árbitros facultados para emitir el laudo que establezca los límites de los derechos y obligaciones controvertidos, sin perjuicio de que el laudo que lleguen a emitir pueda ser objeto de nulidad por las causales previstas en la ley. En tales casos la nulidad versará sobre el laudo y no sobre la condición de árbitros, cuya determinación recae legal y exclusivamente en quienes habrían sido designados para tal condición, y cuyas funciones arbitrales existieron pero han ya dejado de existir en virtud del artículo 33.3¹² de la LAC en virtud de la emisión del laudo.

En conclusión, la decisión de las personas designadas como árbitros sobre su competencia, ya sea emitida previa o conjuntamente con el laudo con el que culmine el procedimiento arbitral no puede considerarse un laudo susceptible de nulidad, ni siquiera cuando los reglamentos o las partes o los propios autores de la decisión la denominen laudo parcial o interlocutorio pues no versa sobre la materia del acuerdo de arbitraje ni le pone fin (culminación) al litigio planteado. Por ello, aunque se decida resolver el punto separadamente, tal decisión no puede ser objeto de nulidad con independencia de la nulidad prevista exclusivamente contra el laudo, se haya éste dictado en un solo acto o de manera progresiva mediante la integración de diversos documentos.

4.2 Las disposiciones de la LAC sobre la decisión de competencia:

Los conceptos mencionados en el punto anterior se reflejan claramente en las disposiciones legales. A todo lo largo de su articulado se distingue claramente entre “El laudo” y otras decisiones que está facultado u obligado a tomar el Tribunal Arbitral. Mientras no se haya emitido el laudo que haga cesar las funciones del Tribunal Arbitral no está previsto el recurso de nulidad. Por ello, no parece posible plantearse, legalmente, la nulidad de ninguna decisión que no ponga fin al arbitraje, incluyendo las decisiones que recaigan sobre la condición de árbitros. Sólo a título de ejemplo se debe mencionar las referencias de la LAC a decisiones del Tribunal Arbitral tales como la fijación de gastos y honorarios (artículo 20 LAC), las decisiones mediante las cuales se dicten medidas cautelares (artículo 26 LAC), las

¹² LAC, Art. 33.3: “Artículo 33. El tribunal cesará en sus funciones: ...3. Por la emisión del laudo, o de la providencia que le corrija o complemente...”.

decisiones sobre impedimentos, recusaciones, tacha de testigos, objeciones a dictámenes periciales, etc., claramente diferenciadas de la decisión aludida como “El laudo”. En ninguna de las normas que hacen alusión a tales decisiones se les atribuye naturaleza de laudo. Si el legislador hubiese querido integrar tales decisiones a la decisión que se describe como laudo susceptible del recurso de nulidad, lo hubiese dispuesto expresamente, tal y como lo hace cuando se refiere a las aclaratorias correcciones o complementos previstos en los artículos 32¹³ y 33.3.¹⁴ LAC.

El mismo razonamiento es aplicable a la decisión prevista en los artículos 7 y 25 de la LAC sobre la determinación de la propia competencia. Legalmente esa decisión es una facultad otorgada a ciertas personas dentro del procedimiento arbitral que no reviste las condiciones del laudo, ni pone fin a la controversia, ni está previsto recurso alguno de nulidad. Por ello, tal decisión carece de la condición de laudo, y no podría ser objeto del recurso de nulidad previsto contra “El laudo”.

4.3 El tratamiento del punto en la Ley Modelo Uncitral, versión 7-07-2006:

Aun cuando el texto de la Ley Modelo Uncitral no puede ser nunca aplicado como norma legal, y su finalidad se limita a servir de guía a las legislaciones nacionales que decidan aprobar normas legales sobre arbitraje comercial, especialmente arbitrajes internacionales, suele considerarse una buena referencia para conocer los desarrollos doctrinales en la materia e incluso inspirar cambios legislativos eventuales.

El artículo 16 de la Ley Modelo hace referencia a la determinación de la competencia del Tribunal Arbitral. En el punto 16.1¹⁵ está enunciado el principio Kompetenz-Kompetenz en los términos que fueron recogidos por los artículos 7 y 25 de la LAC.

En el punto 16.2¹⁶ se regulan la oportunidad y alcance del derecho de las partes de plantear como incidencia la competencia del Tribunal Arbitral, al contrario de lo

¹³ LAC. Art. 32: Ya citado en nota 7.

¹⁴ LAC. Art. 33.3: Ya citado en nota 12.

¹⁵ Ley Modelo UNCITRAL. Art. 16.1: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

¹⁶ Ley Modelo UNCITRAL. Art. 16.2: “La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El

dispuesto en el artículo 27¹⁷ de la LAC que prohíbe admitir incidencias en el procedimiento arbitral. En el punto 16.3¹⁸, aun cuando dispone que el Tribunal Arbitral tendrá la opción de decidir tal excepción como cuestión previa o como un punto del laudo, establece que, cuando se decide la cuestión previa separadamente, las partes pueden solicitar a un tribunal ordinario que tome una decisión inapelable sobre la competencia. También menciona tal artículo que mientras esté pendiente la decisión del tribunal ordinario, el Tribunal Arbitral puede continuar sus actuaciones y emitir un laudo, diferenciando claramente el concepto de laudo de la decisión previa o concurrente sobre la competencia.

Independientemente de la conveniencia de que un artículo como el artículo 16 de la Ley Modelo, que no sólo le da injerencia a la jurisdicción ordinaria sobre el arbitraje, sino que, incluso, podría llevar al absurdo de que un laudo arbitral pueda ser dictado y ejecutado sin que todavía se tenga certeza de la condición de árbitros de quienes lo hayan dictado, fuese incorporado a las leyes nacionales sobre arbitraje comercial, su texto puede dar lugar a ciertos comentarios relacionados con el tema tratado en el presente trabajo que confirman que la decisión sobre la competencia de los árbitros no es parte de la materia objeto del acuerdo de arbitraje, ni la decisión que se llegue a tomar es un laudo anulable, independientemente del nombre que se le pueda haber asignado (laudo parcial, interlocutorio, etc.).

En efecto, cuando el artículo 16.3 le otorga la competencia a un tribunal ordinario, no lo hace como consecuencia de la nulidad de la decisión de los árbitros, sino como una forma de atribuir a un tribunal ordinario la facultad de decidir sobre la competencia al margen del principio general Kompetenz-Kompetenz, restringiendo tal excepción al supuesto de que los árbitros aparentes hayan asumido competencia mediante una decisión preliminar. Evidentemente, ello lleva a concluir que, si el asunto es decidido favorablemente y como cuestión previa en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz por los árbitros aparentes y no es llevado por las partes a la jurisdicción ordinaria, tampoco puede ser considerada un laudo que decida la controversia objeto del acuerdo de arbitraje que pueda ser atacado por vía de nulidad. El propio texto del artículo 16.3 distingue claramente ambos tipos de

tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora”.

¹⁷ LAC. Art. 27: “El tribunal arbitral realizará 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 sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas. En el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias. 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 pendencia de cualquier procedimiento de tacha no impide la continuación del procedimiento arbitral”.

¹⁸ Ley Modelo UNCITRAL. Art. 16.3: “El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.”

decisiones cuando menciona que la decisión sobre la competencia puede ser tomada como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.

5. **CONCLUSIONES:**

A manera de conclusiones se podrían resumir los siguientes aspectos ya tratados a lo largo del presente trabajo:

5.1 No toda decisión de un Tribunal Arbitral es un laudo. A todo lo largo del articulado de la LAC se prevén decisiones que pueden o deben ser tomadas en el transcurso de un procedimiento arbitral, pero la denominación laudo, desde el punto de vista legal, sólo está atribuida a la decisión con la cual culmine el procedimiento arbitral y cuya consecuencia legal es la cesación de las funciones del Tribunal Arbitral. El laudo sólo puede ser dictado por escrito y debe estar firmado por el o los árbitros miembros del Tribunal Arbitral, por lo cual las decisiones que excluyan la condición de árbitros de las personas designadas como tales no pueden ser consideradas laudos, si esas mismas personas que deciden, se excluyen a si mismas de la condición de árbitros.

5.2 La propia LAC dispone que algunas decisiones del Tribunal Arbitral formen parte del laudo (aclaraciones, correcciones y complementos) aun cuando no se hayan dictado en forma simultánea. Aun cuando nada se dispone sobre otras decisiones del Tribunal Arbitral dirigidas a determinar los derechos y obligaciones previstos en el acuerdo de arbitraje, nada impide al Tribunal Arbitral elaborar el laudo con la integración de decisiones que, individualmente, no le hayan puesto fin al arbitraje. En el caso de la decisión sobre la propia competencia, no existe norma legal alguna que la considere un laudo con el que culmina el procedimiento arbitral, ni parte de ese laudo, aun cuando la decisión se tome como punto previo del laudo. Ello es especialmente evidente cuando, en virtud de tal decisión, quienes la han tomado han decidido que no tienen la condición de árbitros que les otorgaría competencia o jurisdicción para dictar un laudo.

5.3 Si la decisión sobre la competencia que puedan tomar las personas designadas como árbitros no forma parte de la materia prevista en el acuerdo de arbitraje, ni le pone fin a las controversias que las partes decidieron someter a arbitraje, no es posible aplicar el artículo 43 de la LOT sobre el recurso de nulidad del laudo, ni aun si la decisión se ha identificado formalmente como laudo parcial o interlocutorio.

5.4 Ni aun la decisión en la cual quede excluida la competencia, que impide que los que la tomen puedan decidir la controversia, puede ser atacada por vía de nulidad, pues las personas que habrían decidido su incompetencia nunca habrían sido árbitros ni podrían haber decidido la disputa mediante un laudo.

5.5 Así, cuando se opta por la incompetencia de unos árbitros, a la parte que desea plantear la disputa sólo le queda abierta la posibilidad de volver a plantear el arbitraje con el riesgo de una nueva decisión de incompetencia o recurrir a la jurisdicción ordinaria, en donde la otra parte podría plantear como cuestión previa la jurisdicción o la incompetencia, y que el asunto sea decidido por un juez ordinario.

5.6 Cuando, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, se opta por asumir la condición de árbitro, no está previsto recurso alguno contra dicha decisión que no puede ser considerada laudo, sino la nulidad de la decisión sobre la materia del arbitraje que ponga fin al mismo, y haga cesar la misma competencia de los árbitros.

6. LA INCONVENIENCIA DE LA NULIDAD DE LOS LLAMADOS LAUDOS PARCIALES:

6.1 Introducción:

Se ha visto que el recurso de nulidad de los artículos 43 y 44 de la LOT está solo previsto contra la decisión que culmine el procedimiento arbitral y haga cesar las funciones arbitrales, y en ningún caso contra decisiones que resuelvan otros aspectos de la controversia, estén o no llamadas a formar parte del laudo único, y que no está previsto recurso alguno contra la decisión de abstenerse de asumir la función arbitral y evidentemente de llegar a dictar una decisión que resuelva la controversia objeto del acuerdo de arbitraje. Por ello, el establecimiento de recursos adicionales contra decisiones diferentes al laudo que culmine el procedimiento arbitral, por vía de nulidad o cualquier otra vía, sólo podría derivarse de normas legales actualmente inexistentes.

Por ello, ante la posibilidad de creación de tales recursos, incluso prevista en el artículo 16 de la Ley Modelo UNCITRAL, cabe preguntarse sobre su eventual conveniencia, y sobre la incidencia que ello tendría en el arbitraje, pues se podría afectar los principios básicos que han sido la clave de esta exitosísima figura jurídica.

6.2 La celeridad del procedimiento arbitral:

Una de las razones que motivan a las partes a celebrar un acuerdo de arbitraje es la posibilidad de que las eventuales controversias sean resueltas de manera expedita, evitándose los muy largos procedimientos jurisdiccionales ante Tribunales sobrecargados de trabajo, y la aplicación de los mecanismos procesales ordinarios, llenos de todo tipo de incidencias y vericuetos procesales. En realidad, el arbitraje contribuye a que los eventuales conflictos puedan ser resueltos, no sólo de manera justa, sino también de manera oportuna, pues casi siempre, el retardo procesal es un serio obstáculo a la justicia. Por ello, toda la normativa relacionada con el

arbitraje se centra en la agilización del proceso, evitando la complejidad del procedimiento ordinario y muy especialmente las incidencias procesales y la multiplicidad de decisiones objeto de innumerables recursos. Tal es el fin de disposiciones similares al artículo 27 de la LAC que excluyen las incidencias, y permiten al Tribunal Arbitral ir tomando decisiones procesales destinadas a la emisión oportuna de un único laudo sin suspender el procedimiento arbitral.

Es evidente que permitir legalmente la procedencia del recurso de nulidad actualmente previsto contra El Laudo, para atacar otras decisiones del Tribunal Arbitral acabaría con una de las más importantes ventajas del propio arbitraje.

6.3 El fundamento contractual del arbitraje:

Aun cuando la figura del arbitraje reviste aspectos jurisdiccionales como la posibilidad de dictar medidas preventivas, el fundamento del arbitraje y la clave más importante de su éxito es su fundamento contractual. El arbitraje, en general, obedece al derecho que tienen las eventuales partes de un litigio a disponer de sus derechos y obligaciones presentes y futuras (salvo el llamado orden público) bien mediante un contrato de transacción en el que ellas mismas los delimiten o bien contratando a unos árbitros para que hagan esa delimitación por cuenta de ellas. En ambos casos, lo decidido contractualmente se integra a la ejecución forzosa propia del poder estatal mediante las normas correspondientes sobre cosa juzgada y ejecutoria. Es decir, las personas tienen derecho a no plantear la delimitación de sus diferencias al estado y a autocomponer esas diferencias sin la intervención del poder judicial, mientras no quede afectado el orden público, pero la ejecución forzosa de lo decidido es asunto jurisdiccional y no contractual y supeditada a que el laudo no esté viciado de nulidad.

La razón del recurso de nulidad del arbitraje es la custodia del orden público “a posteriori” manteniéndose un adecuado balance entre el derecho de las partes a disponer y la obligación del estado de custodiar los principios que sustentan la convivencia. Y la razón de que la eventual nulidad sólo pueda plantearse después de la emisión del laudo es permitir el funcionamiento del derecho a autocomponerse de las partes con la menor intervención posible de la jurisdicción ordinaria.

Tales ventajas se verían seriamente comprometidas si las decisiones del Tribunal Arbitral que no ponen fin al procedimiento pudiesen ser atacadas por vía de nulidad o cualquier otra vía. Es evidente que esas múltiples nulidades se traducirían en una dependencia muy grande del arbitraje con relación a la jurisdicción ordinaria y cuestionarían seriamente el principio recogido en el segundo párrafo del artículo 5 de la LAC que excluye el arbitraje de la jurisdicción ordinaria.

6.4 La continuación del Procedimiento Arbitral:

Es fundamento del arbitraje, como antes se mencionó, la ausencia de incidencias que pueden retrasar indefinidamente la emisión del laudo. Ante ello, algunos de los partidarios de permitir tales incidencias y de la creación de recursos contra las decisiones del Tribunal Arbitral distintas del laudo, han propuesto que el arbitraje no se interrumpa por el ejercicio de tales recursos (p.ej. la nulidad de decisiones llamadas laudos parciales o interlocutorios) y que puedan los árbitros dictar el laudo estando pendientes las decisiones de los mismos.

Aun cuando el artículo 16 de la Ley Modelo no hace referencia a un recurso de nulidad de la decisión sobre competencia sino a una decisión judicial inapelable que podría revertir la decisión tomada en base al principio Kompetenz-Kompetenz, si adopta como solución intermedia procesal, permitir que el procedimiento continúe y que, incluso, pueda dictarse el laudo, sin que se tenga certeza de la competencia de los aparentes árbitros. Aun cuando no se hace referencia expresa a la ejecución de ese eventual laudo, tal ejecución añadiría un elemento adicional al caos que podría acarrear la ejecución de un laudo dictado por personas que podrían no haber sido nunca árbitros, o la ejecución de un laudo estando pendiente la nulidad de decisiones tomadas durante el procedimiento arbitral que culminó con la emisión del laudo.

6.5 La consecuencia en el ánimo de los árbitros de los recursos contra decisiones diferentes al laudo:

Evidentemente, es imposible que durante un procedimiento arbitral los árbitros se abstengan de tomar decisiones sobre algunos puntos previstos en la LAC o los correspondientes reglamentos o que planteen las partes o ellos consideren necesarias para la correcta instrucción, pero también es evidente que, si cada una de esas decisiones pudiese ser considerada un laudo susceptible de nulidad o algún otro recurso, sería recomendable a cualquier Tribunal Arbitral que reduzca a su mínima expresión tales decisiones o laudos parciales a fin de evitar un caos procesal derivado de múltiples recursos de nulidad que podrían colidir con el laudo definitivo e incluso con su eventual ejecución.

En caso de que el Tribunal Arbitral deba legalmente decidir un punto como la competencia, pero no tenga fijado una oportunidad legal para ello, y pueda optar entre decidirlo como cuestión previa independiente o como punto previo en el laudo, si la decisión como cuestión previa pudiese ser recurrida en nulidad, o planteada en un tribunal ordinario como sugiere el artículo 16.3 de la Ley Modelo, parece recomendable que se opte siempre por decidir la competencia como un punto previo en la misma oportunidad prevista para el laudo a fin de evitar los inconvenientes que tendría la existencia de una eventual nulidad de la decisión en la continuación del procedimiento arbitral.

Evidentemente, ello podría perjudicar gravemente a las partes, pues habitualmente se verían obligadas a incurrir en los, a veces, importantísimos esfuerzos profesionales y económicos que puede conllevar la participación en un arbitraje, a pesar de existir razones para pensar que quienes han sido designados árbitros no han tenido ni llegarán a tener la condición de árbitros, y no podrían emitir laudo alguno. Ello conduce fácilmente a considerar altamente inconveniente la creación de incidencias contra las decisiones que se puedan llegar a tomar “in limine litis” en virtud del principio legal Kompetenz-Kompetenz que, como hemos visto, no forma parte de la materia legalmente arbitrable delimitada por el correspondiente acuerdo de arbitraje. Dicha inconveniencia se extiende a la eventual creación de recursos de nulidad contra cualquier decisión del Tribunal Arbitral diferente al laudo con el que debe culminar el procedimiento arbitral. Para ilustrar la inconveniencia descrita bastaría con imaginar que si cualquier persona pudiese obligar a cualquier otra a someterse a un procedimiento arbitral económicamente costoso y que se debiese esperar el laudo para saber si existió competencia, se estaría dando pie al nacimiento de unos verdaderos mecanismos de presión indebida, pues esos eventuales demandados que no están obligados a defenderse en arbitraje tendrían que hacerlo ante la posibilidad de ser condenados por unos árbitros cuya competencia no ha sido aún decidida.

Caracas, 10 de mayo de 2016.