



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Rafael Badell Madrid

ARBITRAJE

— EN —

DERECHO ADMINISTRATIVO

Un enfoque doctrinal, legal
y jurisprudencial



Serie Estudios

Caracas, 2026

169

ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

RAFAEL BADELL MADRID

**ARBITRAJE EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Serie Estudios
Nº 169

Caracas, junio 2026

 **editorial jurídica venezolana**

B141

Badell Madrid, Rafael

Arbitraje en Derecho Administrativo / Rafael Badell Madrid. -- Caracas:
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2026.

178 p.

Serie Estudios, 169

ISBN: 978-980-18-8950-2

Depósito Legal: DC2026000896

1. DERECHO ADMINISTRATIVO
2. ARBITRAJE ADMINISTRATIVO
3. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
4. AVOCAMIENTO EN EL ARBITRAJE I. Título

© ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

© 1ª Edición, Copyright, 2026

© Rafael Badell Madrid

Queda hecho el depósito de ley

Depósito legal: DC2026000896

ISBN: 978-980-18-8950-2

Portada: Evelyn Barboza Vásquez

Diagramación: Oralia Hernández

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Impreso en Venezuela

Printed in Venezuela

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

*Junta Directiva
Período 2026-2027*

Presidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Secretario:	<i>Salvador Yannuzzi Rodríguez</i>
Tesorero:	<i>Juan Cristóbal Carmona Borjas</i>
Bibliotecario:	<i>Juan Carlos Pró-Rísquez</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
Margarita Escudero León	James-Otis Rodner
José Muci-Abraham (+)	Ramón Escovar León
Enrique Urdaneta Fontiveros	Humberto Villasmil Prieto
Luciano Lupini Bianchi	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	Carlos Ayala Corao
León Henrique Cottin	César A. Carballo Mena
Allan Randolph Brewer-Carías	Julio Rodríguez Berrizbeitia
Eugenio Hernández-Bretón	Magaly Vásquez González
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Leonardo Palacios Márques (e)
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramón Guillermo Avelado	Oscar Hernández Álvarez
Pedro Rondón Haaz	Fortunato González Cruz
Colette Capriles Sandner	Luis Napoleón Goizueta H.
Nayibe Chacón Gómez	

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	13
II. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	19
1. Consideraciones generales.....	19
2. El arbitraje administrativo	45
2.1. Noción.....	45
2.2. Características del arbitraje administrativo.....	47
2.3. Arbitraje en los contratos de la Administración pública	49
2.3.1. Consideraciones generales.....	49
2.3.2. Arbitraje en los contratos de derecho privado de la Administración.....	54
2.3.3. Arbitraje en los contratos administrativos.....	56
2.3.3.1. Contratos de interés público	58
2.3.3.2. La Doctrina ‘Calvo’ y la relativa inderogabilidad de la jurisdicción en los contratos de interés público	62
2.3.3.3. <i>Lex causae</i> de los contratos administrativos	65
2.4. El acuerdo arbitral.....	68
2.4.1. Requisitos del acuerdo arbitral como presupuesto del arbitraje adminstrativo.....	70
2.4.1.1. El consentimiento en el acuerdo arbitral..	70
2.4.1.2. Capacidad para comprometer en árbitros..	75
2.4.1.3. Arbitrabilidad: Del objeto materia de arbitraje.....	84

a. Inarbitrabilidad de las potestades de imperio	86
b. Materias de orden público	91
2.4.1.4. Causa del acuerdo arbitral	92
a. Principio de imparcialidad en la cláusula arbitral.....	93
2.4.1.5. Formalidades de la cláusula arbitral.....	95
2.4.2. Separabilidad del acuerdo arbitral	96
2.4.3. Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.....	97
3. Arbitraje en materia de hidrocarburos y minas	98
3.1. Consideraciones generales	98
3.2. Eliminación de la opinión autorizatoria de la Procuraduría General de la República para pactar cláusulas arbitrales	105
3.3. Alcance de la inaplicabilidad del artículo 4 LAC	107
4. Actividad arbitral de la Administración.....	109
4.1. Diferencias entre la actividad arbitral de la Administración y el arbitraje administrativo.....	113
5. Arbitraje tributario.....	114

III. RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y LA JURISDICCIÓN

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	116
1. Consideraciones generales.....	116
2. Tutela cautelar	120
3. Evacuación de pruebas	122
4. Recurso de nulidad contra laudos arbitrales	123
5. Ejecución forzosa de laudos arbitrales	126
5.1. Ejecución de laudos contra la República y los estados..	132
5.1.1. Limitaciones a la ejecución y procedimiento de ejecución	132
5.1.2. Procedimiento de ejecución de laudos dictadas contra la República	133
5.2. Ejecución de laudos contra los municipios	134
5.2.1. Ejecución Voluntaria (artículo 158 LOPPM).....	134
5.2.2. Ejecución Forzosa (artículo 159 LOPPM)	134

5.3. Ejecución de laudos contra Institutos Autónomos y otros entes	135
5.3.1. Ejecución voluntaria (Artículo 109 LOJCA).....	136
5.3.2. Ejecución forzosa (Artículo 110 LOJCA)	136
5.4. Ejecución de laudos contra los particulares	136
 IV. PRERROGATIVAS PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEMÁS ENTES PÚBLICOS EN EL ARBITRAJE	 137
1. Consideraciones generales.....	137
2. Antejudio administrativo	142
3. Notificación a la Procuraduría General de la República cuando esté involucrado el orden público	145
4. La inembargabilidad de los bienes de la República.....	147
 V. EL ARBITRAJE Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL.....	 149
1. Consideraciones generales.....	149
2. Amparo constitucional.....	150
3. El recurso de revisión constitucional.....	155
 VI. EL AVOCAMIENTO EN EL ARBITRAJE.....	 159
1. Consideraciones generales.....	159
2. Aplicabilidad del avocamiento en el arbitraje	160
2.1. Avocamiento en procesos arbitrales en curso	163
2.2. Avocamiento en procesos de recursos de nulidad contra laudos arbitrales	165
 VII. RECAPITULACIÓN	 166
 VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 171

I. INTRODUCCIÓN

El uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como son el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros, es cada vez más frecuente y se admite de forma natural en las relaciones jurídico-privadas. Sin embargo, someter a estos mecanismos alternativos de resolución de conflicto las controversias en las que se encuentren envueltas órganos de la administración pública generaba un fuerte rechazo y resistencia.

La doctrina, también las leyes y muchas veces la jurisprudencia, argumentaban la contradicción de la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con el principio de legalidad administrativa, con el interés público que guía el actuar de la administración y con el carácter eminentemente privado de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos; así como con el hecho de que en el ámbito internacional se invocaba que esto violaba la soberanía de los Estados.

Recordemos que la actividad administrativa de prestación de servicios públicos, la de gestión económica e, incluso, la de fomento, si bien pueden llevarse a cabo a través de actos administrativos y actuaciones administrativas, es frecuente que se lleven adelante con el auxilio de los administrados, mediante contratos.

Algunas veces esos contratos son regulados por el derecho privado, pero en otras ocasiones los contratos que celebra la administración están de tal forma vinculados a los servicios públicos o al interés público que son regulados por el derecho administrativo y, en consecuencia, al lado de la teoría general de los contratos regulados por el derecho civil, hay una categoría especial de contratos gobernados por el derecho administrativo.

Ese es el caso de los contratos de obra pública, los contratos que regulan el uso, administración y aprovechamiento de los bienes de la dominialidad pública y los de prestación de servicios públicos o asociados a estos, entre otros. Incluso, en ciertas ocasiones esos contratos administrativos son calificados de interés público y son regulados por normas especiales de derecho público y hasta de rango constitucional.

Inevitablemente la actividad contractual de la administración genera controversias vinculadas a la interpretación, ejecución y cumplimiento de esas relaciones contractuales. Quienes contratan con la administración nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizadas, con forma de derecho público -institutos autónomos- o de derecho privado -empresa del Estado- pueden resultar afectados en sus derechos subjetivos o intereses por causa de que la administración dicte, en ejercicio de potestades exorbitantes, un acto administrativo que, si bien es separable del contrato celebrado por la administración, incide en dicho contrato; ya sea con el fin de introducir modificaciones unilaterales al contrato (*ius variandi*); interpretar unilateralmente sus cláusulas, controlar y dirigir la gestión del cocontratante o extinguirlo anticipadamente.

Pero también puede ocurrir que sean los co-contratantes de la administración quienes incumplan lo pactado en el contrato y sean ellos los que generen un daño a la administración contratante. En todos estos supuestos adquiere relevancia la admisión de los medios alternativos para la solución de controversias en el ámbito de los contratos celebrados por la Administración.

Después de mucha discusión, se aceptó el uso de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, pero solo para resolver “aspectos técnicos” del contrato administrativo; más no los relacionados con la interpretación, ejecución, cumplimiento o extinción o del contrato, en los cuales podía haber asuntos propios al interés público, vedados al tribunal arbitral.

Luego, la doctrina admitió que en los contratos de derecho privado de la administración, donde se excluye la regulación de normas de derecho público y que versan sobre materias de gestión diaria de la administración procedía el arbitraje, pero no en los denominados contratos administrativos.

En la actualidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se entiende que es perfectamente válido, posible y muchas veces muy conveniente, someter a arbitraje, tanto en el país como en tribunales arbitrales extranjeros, cualquier controversia surgida por la actividad contractual de los órganos de la administración. Es decir que, independientemente de la categoría de contratos de que se trate, tanto el contrato celebrado por la administración, como los efectos sobre el contrato de un acto administrativo, pueden resolverse a través de arbitraje.

En Venezuela estas discusiones marcaron el debate doctrinal y jurisprudencial durante mucho tiempo. Luego, diversas leyes comenzaron a regular este asunto. En primer lugar, la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) de 1998¹, ley especial sobre la materia, que establece el marco jurídico para la aplicación del arbitraje, donde se definen sus principios fundamentales, procedimientos y alcance.

Después se produjo la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflictos, en los artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999², que incorporan estos medios alternativos de justicia dentro del sistema de justicia y ordenan promover y fomentar su uso como medios eficaces para la resolución de las controversias.

A nivel legal, ahora su regulación general se encuentra en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)³ y en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DLOPGR)⁴, entre otras disposiciones que regulan aspectos relativos a su procedencia en supuestos específicos.

Pero en el análisis del arbitraje en derecho administrativo no basta con considerar sus aspectos procesales o adjetivos, resulta igualmente indispensable atender a las normas sustantivas que rigen las relaciones contractuales de la Administración, habida cuenta de que éstas no solo condicionan la disponibilidad del objeto del litigio, sino que también determinan el derecho aplicable al fondo de la controversia.

Esta dimensión sustantiva adquiere particular relevancia si consideramos que, por lo general, los contratos celebrados por órganos y

¹ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 303.936 de fecha 7 de abril de 1998.

² Reimpresión publicada en Gaceta Oficial Nro. 5453 del 24 de marzo de 2000.

³ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

⁴ Reimpresión publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.220 Extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016.

entes públicos se encuentran regidos por un régimen jurídico especial que incide directamente en la interpretación, ejecución y resolución de las controversias contractuales, incluso cuando estas se someten a arbitraje.

La aceptación del uso de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos para los entes del sector público se ha manifestado también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), que en varias oportunidades ha reconocido al arbitraje como una vía válida y eficaz para resolver controversias en las que participa la Administración pública.

La doctrina, por su parte, ha contribuido a delimitar el alcance del arbitraje en el ámbito de la contratación pública y a precisar su compatibilidad con el sistema de justicia administrativa.

De forma que en Venezuela los mecanismos alternativos de resolución de los conflictos en los que se encuentren envueltos órganos de la Administración pública tiene fundamento constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal y, en consecuencia, es posible someter a arbitraje, tanto en el país como en tribunales arbitrales extranjeros, controversias relacionadas a contratos del Estado, incluso aquellos calificados como de interés público.⁵

Este reconocimiento ha dado lugar al desarrollo del arbitraje administrativo como una categoría especial y particular dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con rasgos propios derivados de la condición pública de una de las partes.

De allí que procedemos a definir al **arbitraje administrativo** como el mecanismo alternativo de resolución de controversias mediante el cual la Administración pública -nacional, estatal o municipal; centralizada o descentralizada; con forma de derecho público o de derecho privado- actúa como una de las partes en conflicto, frente a un particular u otro ente administrativo, y ambas partes acuerdan someter una controversia, de naturaleza pública o privada, susceptible de disposición por parte de la administración, al conocimiento de terceros imparciales que actúan como tribunal arbitral -nacional o extranjero- y que, en ejer-

⁵ Véase al respecto Rafael Badell Madrid, “Contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público*, número 159-160, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2020. pp.9-42.

cicio de dicha función, resuelven el conflicto mediante la aplicación del derecho administrativo sustantivo y cuyas decisiones se concretan en un laudo arbitral de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

A diferencia del arbitraje privado, el arbitraje administrativo está sujeto a límites derivados del principio de legalidad y del interés general, lo cual impide que se aplique la equidad como criterio de decisión y restringe su procedencia a materias expresamente autorizadas por la ley. Además, el funcionario que compromete a la Administración en un arbitraje debe estar formalmente facultado para ello, lo que incluye, en su caso, la autorización del jerarca o autoridad competente, conforme al marco legal aplicable.

Una cosa distinta al **arbitraje administrativo, y que conviene tener presente para evitar confusiones**, es la actividad arbitral de la administración. A diferencia del arbitraje administrativo, la actividad arbitral de la administración no alude a una administración pública sometida al arbitraje como medio de solución de sus controversias, por aplicación de una cláusula contractual concreta.

En la actividad arbitral de la administración -también conocida como procedimientos administrativos arbitrales- los órganos administrativos son quienes, actuando como árbitros, están llamados a resolver por mandato de ley, la disputa existente entre los particulares; es decir, la administración resuelve un conflicto en el cual ella no es parte, sino la autoridad administrativa que lo resuelve.

Otra categoría igualmente diferente al arbitraje administrativo es el arbitraje tributario, regulado en el Capítulo IV del Título VI del Código Orgánico Tributario (COT)⁶, artículos 320 al 334, que no constituye propiamente una manifestación del arbitraje administrativo, sino un mecanismo *sui generis*, excepcional y de aplicación restringida. A diferencia del arbitraje administrativo, el arbitraje tributario no se activa por cláusula compromisoria sino una vez iniciado el proceso contencioso tributario, y solo respecto de materias transigibles. Su configuración responde a un diseño rígido y formalista, que lo acerca más a una modalidad de resolución de conflictos especial y limitada.

⁶ Decreto Constituyente mediante el cual dicta el Código Orgánico Tributario, Publicado en Gaceta Oficial Nro. 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

Otra consideración que es pertinente tener en cuenta es que el arbitraje administrativo no debe entenderse como un régimen excluyente o sustitutivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino como un mecanismo complementario que forma parte del mismo sistema de justicia consagrado en la Constitución. Esta relación no responde a un esquema de subordinación jerárquica, sino de colaboración funcional, en virtud de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa presta auxilio al arbitraje en los casos expresamente previstos por la ley.

Dentro de este marco de complementariedad, corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa intervenir en determinadas fases o actuaciones del procedimiento arbitral, tales como en la fase cautelar, en la de evacuación de pruebas que el tribunal arbitral no pueda practicar directamente, el conocimiento del recurso de nulidad contra el laudo, así como la ejecución forzosa de las decisiones arbitrales.

Esta intervención judicial en el arbitraje administrativo se justifica, entre otras razones, por la reserva que hace el orden constitucional al Estado en cuanto al control de legalidad, el uso de la fuerza pública y la tutela judicial efectiva, lo cual incide tanto en el desarrollo como en la eficacia de los procedimientos arbitrales.

Ahora bien, si la justicia administrativa puede ser concretada a través del arbitraje, entonces habrá que tener en cuenta dos principios fundamentales: de una parte, el derecho a la igualdad frente a la ley, consagrado en el artículo 21 de la Constitución y de la otra el referido a la tutela judicial establecido en el artículo 26 *ejusdem*, como derivación del referido principio de igualdad de las partes en el proceso judicial o arbitral.

En razón de esas disposiciones constitucionales habrá que examinar si las prerrogativas y privilegios procesales y fiscales que tradicionalmente han acompañado a los entes públicos en el proceso judicial resultan aplicables dentro del procedimiento arbitral.

En efecto, corresponde dilucidar sobre si tales prerrogativas -justificadas en su momento por el interés general- resultan compatibles con los principios que informan el arbitraje, particularmente el de igualdad procesal entre las partes.

Esto es especialmente relevante en el contexto venezolano, donde diversas normas y criterios jurisprudenciales han extendido exagerada

e indebidamente estas prerrogativas a instituciones que, por su naturaleza o actividad, deberían sujetarse a un plano de igualdad frente a los particulares en sede arbitral.

También debe examinarse cómo el arbitraje, en tanto manifestación válida de la función jurisdiccional del Estado y parte integrante del sistema de justicia consagrado en la Constitución, debe someterse a los principios y valores fundamentales del orden constitucional, en particular al principio de supremacía constitucional.

Por eso, los tribunales arbitrales tienen la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad, en los términos del artículo 334 de la Constitución, mediante la desaplicación de normas contrarias a la Constitución, para casos concretos y con efectos *inter partes*.

Además, conviene analizar el hecho de que el arbitraje ha sido sometido a mecanismos extraordinarios de control constitucional introducidos por la jurisprudencia constitucional del TSJ, tales como la acción de amparo y el recurso de revisión, bajo el argumento de asegurar la supremacía constitucional en el ejercicio de esta función jurisdiccional. Esto ha generado rechazo por parte de la doctrina, basados en la consideración de que se trata de una indebida intromisión del Poder Judicial en la autonomía del arbitraje, no prevista en la LAC.

Por último, es útil también referirse al uso del avocamiento judicial en el ámbito arbitral, pues si bien esta figura tradicionalmente ha sido concebida como una facultad excepcional para corregir graves irregularidades procesales en la jurisdicción ordinaria, en los últimos años se ha intentado extender su uso a procesos arbitrales o a juicios sobre nulidad de laudos arbitrales.

II. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Consideraciones generales

La utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito jurídico-privado se admite de forma natural, dado el carácter disponible de los derechos e intereses en juego y de la libertad negocial que rige las relaciones entre particulares. Esto se fundamenta, principalmente, en dos principios del derecho privado:

el de autonomía de la voluntad, que permite a los particulares regular libremente sus relaciones jurídicas, incluyendo la forma de resolver sus controversias; y el principio dispositivo, que faculta a disponer de los derechos patrimoniales y a optar por vías no jurisdiccionales para solucionar las diferencias.

Los medios alternativos de resolución de conflictos constituyen una vía eficaz, autónoma e independiente de obtener justicia mediante los cuales las partes pueden sustituir una eventual decisión judicial por una solución concertada entre ellas, ya sea alcanzada directamente por las partes (métodos autocompositivos), o mediante la intervención de un tercero imparcial (métodos heterocompositivos).

Esos mecanismos brindan diversas formas de resolver las controversias. Algunos, como la mediación y la conciliación, buscan facilitar el diálogo entre las partes para alcanzar un acuerdo de manera voluntaria. Otros, como el arbitraje, implican someter la decisión del conflicto a un tercero imparcial designado por las partes.

Estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos cumplen un papel complementario dentro del sistema de justicia, al contribuir con la descongestión de los tribunales ordinarios y con una administración de justicia más ágil y accesible. Su creciente utilización responde también a una realidad innegable: de manera casi universal la administración de justicia resulta a menudo lenta y costosa, haciendo inconveniente para los particulares acudir a los órganos jurisdiccionales para solventar sus controversias.

Frente a ello, los medios alternativos de resolución de controversias se han erigido como instrumentos idóneos tanto para evitar la judicialización de conflictos, como para poner fin a litigios en curso. Han demostrado ventajas importantes, como la celeridad en la obtención de decisiones, la reducción de costos, la menor formalidad, la mayor confidencialidad y la posibilidad de diseñar procedimientos más flexibles y adaptados a las necesidades del caso concreto.

No ha ocurrido lo mismo en el derecho público y, particularmente, en el derecho administrativo, en donde los medios alternativos de resolución de conflictos en principio generaron rechazo. Razones históricas importantes explican ese rechazo inicial a la admisión de los medios alternativos de resolución de controversias en el ámbito administrativo,

pues el nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio derecho administrativo, tuvieron como fundamento la idea central de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria los asuntos relativos a las controversias contra la administración y crear un novedoso y curioso sistema en el cual la propia administración se enjuiciaba a sí misma.⁷

La justicia administrativa tuvo su génesis en circunstancias muy peculiares de la historia de Francia que derivaron de las luchas de los revolucionarios por el respeto y la garantía de los derechos de los ciudadanos (libertad, igualdad, propiedad, etc.), frente al ejercicio arbitrario del poder y que resultaron en la idea de someterlo a un régimen de derecho que determinara las vías y los medios por los cuales lograr sus fines, y posteriormente, crear un sistema que garantizara e hiciera efectivo dicho sometimiento del poder a la ley⁸.

Paradójicamente fue a partir de estos ideales, que “*el contencioso-administrativo se organizó históricamente sobre la base explícita de una exención judicial del Ejecutivo*”⁹. En efecto, estos principios -interpretados conforme al contexto post revolucionario- fueron los que produjeron un sistema en el cual la propia administración se enjuiciaba a sí misma¹⁰.

Esto ocurrió de esta curiosa forma por el temor de que los nobles pudieran entorpecer las reformas revolucionarias que se llevarían adelante y, en general, la acción administrativa del futuro régimen. Se ensayó entonces una interpretación estricta y rígida, diríamos más bien acomodada, del principio de separación de poderes ideado por Montesquieu, conforme al cual las leyes post revolucionarias en Francia prohibieron a los órganos del poder judicial enjuiciar la actuación de la administración.

⁷ Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 15, homenaje a Luis Henrique Fariás Mata, Universidad Monteávila, Caracas, mayo-agosto, 2018. Pp. 111-169.

⁸ José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell hermanos Editores, Valencia-Caracas, 1996. p. 22

⁹ Vid. Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

Según Jesús González Pérez, se trató de una interpretación errónea del principio de división de poderes, motivada por circunstancias históricas y contingentes, que derivó en lo que él llama “monstruosa construcción revolucionaria”, que no era más que la “independencia de la administración frente a los Tribunales”¹¹.

Para imponer la peculiar interpretación del principio de separación de poderes se dictó la Ley de “Separación” (Ley 16–24, de agosto de 1790) por medio de la cual se estableció que “*Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*”.

El antecedente de esa “Ley de Separación” fue la Ley del 22 de diciembre de 1789, que ya había prohibido de forma expresa la injerencia de los parlamentos (que eran los tribunales competentes en materia civil compuestos por la clase social noble y cuyos cargos procedían de la herencia de los oficios) y demás tribunales en las funciones administrativas.

Por otra parte, el artículo 5º de la Constitución de 1791 dispuso: “*Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones*”.

Luego, la Ley de 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) dispuso: “*Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conocean de los actos de Administración, cualquiera que sea su especie*”. Existió claramente un recelo ante los jueces por su vinculación con el Antiguo Régimen.

Después de varios acomodos en 1872, a través de la Ley del 24 de mayo, el Consejo de Estado fue reconocido como verdadero tribunal administrativo dotado de la facultad de decidir por sí mismo los recursos¹², carácter que conserva, en virtud de lo cual adquirió definitivamente el poder de decidir por sí mismo las reclamaciones intentadas contra el Estado¹³.

¹¹ Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

¹² Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit. p. 21.

¹³ Cabe señalar que las modificaciones llevadas a cabo en Francia mediante la Ley del 30 de septiembre de 1953, perfeccionaron aún más el objeto jurisdiccional del sistema

El uso de esos medios alternativos para la solución de controversias en el derecho administrativo está asociado, precisamente, con una idea muy contraria y opuesta a lo que venimos de explicar. Es decir, con la posibilidad de sustraer asuntos del conocimiento del juez contencioso-administrativo y por ello no ha sido fácil para la administración pública renunciar a ese juez natural de lo contencioso administrativo, instancia a la que acude, además, investida de privilegios y prerrogativas, y sustituirla por el uso de medios alternos que la colocan en posición de igualdad a su contrincante.

Para justificar el rechazo inicial se argumentó que la aplicación de los mecanismos alternativos en el ámbito del derecho administrativo tiene diversos impedimento, tales como: el carácter eminentemente privado de estos, en contraposición al carácter público inherente al contencioso administrativo; el principio de legalidad que postula el apego de la Administración a la Ley; y finalmente el interés general, como elemento que informa la actuación de la Administración.

De allí que la doctrina tradicional optara por pronunciarse en contra del arbitraje en materia administrativa, considerando que ello implicaba el juzgamiento de actuaciones vinculadas al ejercicio de potestades públicas.

Recordemos que la actividad administrativa se concreta a través de actos administrativos, contratos y hechos o actuaciones administrativas. Por una parte, la actividad coactiva de la administración -actividad de policía- tiene como principal forma de manifestarse a la figura de los actos administrativos, es decir, mediante actos unilaterales de la administración por medio de los cuales se crean, modifican o extinguen las situaciones jurídicas de los administrados; mientras que otras formas de actividad de la administración, como son la de prestación de servicios

contencioso, pues presentan al Consejo de Estado como tribunal de segunda instancia y las antiguas Prefecturas Departamentales reciben el nombre de Tribunales Administrativos de Primera Instancia, los cuales pertenecían orgánicamente al Ministerio del Interior hasta 1989, que pasaron a estar bajo la dependencia del Consejo de Estado. Además, con la Ley del 31 de diciembre de 1987 se añadieron a la estructura de control de la administración, los tribunales de apelación de lo contencioso-administrativo, los cuales, pese a su denominación, tampoco estaban integrados orgánicamente al poder judicial, sino a la administración. Cfr. Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ob. cit., p. 22.

públicos, la de gestión económica e, incluso, la de fomento, si bien pueden llevarse a cabo a través de actos administrativos y actuaciones administrativas, es frecuente también que se lleven adelante con el auxilio de los administrados, mediante contratos.

Algunas veces esos contratos son regulados claramente por el derecho privado, pero en otras ocasiones los contratos que celebra la administración están de tal forma vinculados a los servicios públicos o al interés público que son regulados por el derecho administrativo y, en consecuencia de ello, al lado de la teoría general de los contratos regulados por el derecho civil, hay una categoría especial de contratos gobernados por el derecho administrativo. En algunas ocasiones esos contratos administrativos son, incluso, considerados de interés público y regulados por normas especiales de derecho público.

De esa contratación administrativa surgen, naturalmente, controversias que por mucho tiempo fueron consideradas de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La admisión de los medios alternativos de resolución de conflictos en esos contratos celebrados entre la Administración y los particulares se produjo inicialmente de forma limitada y cautelosa. Concretamente, la posición favorable a admitir el arbitraje en los contratos suscritos por la administración, se inició con la aceptación de su aplicación a los fines de resolver “aspectos técnicos” del contrato administrativo, más no los relacionados con la ejecución, extinción o cumplimiento del contrato, en los cuales podía haber asuntos propios al interés público, vedados al tribunal arbitral.

Esa fue la posición en Venezuela de la Procuraduría General de la República en el año 1959, al admitir la validez de una cláusula compromisoria que remitía a tribunales arbitrales “*las discrepancias que pueden presentarse entre las partes sobre cuestiones técnicas*”, pero sosteniendo que serían nulas de nulidad absoluta aquellas cláusulas que remitiesen a árbitros cuestiones de otra naturaleza, relacionadas con la interpretación o ejecución del contrato.¹⁴

Ese criterio fue acogido en el año 1998, por la Sala Político-Administrativa (SPA) de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), en el caso de un contrato de repotenciación de tanques, suscrito entre la República

¹⁴ Dictamen de la Procuraduría General de la República de 1959.

de Venezuela, a través del Ministerio de la Defensa y la empresa Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. (sentencia del 15 de enero de 1998), en el cual se admitió la procedencia de una cláusula arbitral en un contrato administrativo -que la Sala calificó de interés público nacional-referida netamente a “*aspectos técnicos*” de la ejecución del contrato, y no en relación con el cumplimiento y ejecución de tales contratos.

En otros países, la doctrina admitió que en los contratos de derecho privado de la administración, donde se excluye la regulación de normas de derecho público, y que versan sobre materias de gestión diaria de la administración, procedía el arbitraje de manera innegable. Así se entendió que, en la medida en que no se ventile en tales procedimientos arbitrales cuestiones relativas al interés público del Estado, debía admitirse la procedencia del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

Lo anterior simplemente ratifica la aplicación preponderante del derecho privado y la igualdad negocial que rige en los contratos de derecho privado de la Administración. Veamos cuál fue la posición de la doctrina extranjera.

Marienhoff señaló que “*(...) se acepta que el arbitraje procede respecto a contratos donde el Estado actúa en el ámbito del derecho privado, lo que equivale a admitir su procedencia respecto a los contratos de ‘derecho común’ de la Administración pública. Es lo resuelto por la jurisprudencia y aceptado por la doctrina*”.¹⁵

De modo que la discusión doctrinaria acerca de la procedencia del arbitraje radicaba exclusivamente “*(...) en lo que se refiere a los contratos administrativos, ya que existe acuerdo pacífico en el sentido de que cuando la administración pública ha celebrado un contrato de derecho privado, no hay ningún impedimento que se oponga a que las diferencias que se susciten entre las partes puedan ser sometidas a la decisión de árbitros*”¹⁶.

En efecto, algunos doctrinarios argumentaban sobre la improcedencia -en principio- del arbitraje en donde el Estado obraba en el ámbito

¹⁵ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A; Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1983. pp. 595 y 596.

¹⁶ Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. I: Parte General, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977,p. 493.

del derecho público y, por extensión, rechazaban su procedencia respecto a los contratos administrativos propiamente dichos.¹⁷

Otros autores, como Escola, afirmaban que *“aun tratándose de un contrato administrativo stricto sensu, la Administración Pública podrá recurrir al arbitraje, dentro de los límites que quedan señalados, para dilucidar cuestiones de carácter técnico, o de tipo pecuniario o económico-financiero, o situaciones de hecho que deban ser establecidas, con el agregado de que en esos casos el arbitraje podrá ser confiado tanto a meros arbitradores como a ‘árbitros juris’, pudiendo estos últimos resolver también cuestiones de derecho en cuanto ellas estén vinculadas y sean consideradas para dirimir los casos en que procede la jurisdicción arbitral, pero siempre que de ese modo no se extralimite la esfera admitida para esta jurisdicción”*¹⁸.

Esta evolución, aunque inicialmente limitada, respondió a la necesidad de resolver controversias derivadas de la actividad de la administración, siempre que actuara en condiciones de igualdad frente al particular. Fue así que se admitió la posibilidad de que la Administración pública celebrase fórmulas negociales con el objeto de poner fin a controversias sobre asuntos que se suscitaban en el marco de sus relaciones jurídicas lineales o “paritarias” con los particulares.

Cuando la administración celebra un contrato desvinculada de sus potestades de derecho público, es decir, actuando como un particular, la procedencia de cláusulas compromisorias que remitan la solución de controversias suscitadas en su ejecución a tribunales arbitrales no ha sido cuestionada por la doctrina, ya que es evidente que si en la ejecución de esos contratos la administración actúa desvinculada de sus potestades de derecho público, a saber, como un particular más, nada impide, entonces, que el objeto de esos contratos de derecho privado sea resuelto de acuerdo a la fórmula escogida por las partes, lo que permite la procedencia del arbitraje.

Moles Caubet con inteligencia sostuvo que *“...no existe en Venezuela prohibición alguna de la cláusula compromisoria y del subsiguiente procedimiento de arbitraje o arbitramento en los contratos de*

¹⁷ Vid. en Miguel S. Marienhoff, ob. cit., p. 597 (véase nota al pie de página 895).

¹⁸ Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 496.

la administración, sea cualquiera su especie, contratos propiamente administrativos o contratos de derecho privado..."¹⁹.

Pese a esa aceptación inicial tímida y cautelosa, diversos factores han contribuido a que el derecho administrativo comience a admitir con mayor naturalidad el uso de medios alternativos de resolución de conflictos. Partamos de la idea de que la contratación administrativa ha adquirido una mayor relevancia en la actualidad, en razón de la acentuada intervención del Estado en la economía y la creciente intervención e interacción de la Administración y sus entes en el campo de acción de los particulares.

La Administración ha asumido cada vez más diversas tareas que exceden las típicas potestades de *imperio* de derecho público propias del Estado, arrogándose actividades empresariales, tales como la explotación y comercialización de hidrocarburos, minas, actividad bancaria, seguros, agricultura, producción y distribución de alimentos, líneas aéreas, hoteles y restaurantes, *inter alia*.

Esa diversidad de actividades desarrolladas por el Estado lo obliga a celebrar toda clase de convenios con los particulares en materias que pueden ser netamente comerciales o para la satisfacción directa del interés colectivo, caso en el cual se plantea normalmente la figura del contrato administrativo. Esto adquiere particular relevancia si se considera que la creciente actividad contractual de la Administración genera, en igual proporción, controversias relacionadas con la ejecución, interpretación y cumplimiento de tales contratos, tanto por parte del Estado como de sus co-contratantes.

Quienes contratan con la administración pueden resultar afectados por causa de que la administración dicte, en ejercicio de potestades exorbitantes, un acto administrativo que, si bien es separable del contrato celebrado por la Administración, incide en dicho contrato; ya sea con el fin de introducir modificaciones unilaterales al contrato (*ius variandi*); interpretar unilateralmente sus cláusulas; controlar y dirigir la gestión del cocontratante o, incluso, extinguirlo anticipadamente.

Pero también puede ocurrir que sean los co-contratantes de la Administración quienes incumplan lo pactado en el contrato y sean ellos

¹⁹ Antonio Moles Caubet, cit. en Luis Fraga Pittaluga, *El arbitraje en el Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2000. p. 139.

los que generen un daño a la administración contratante; y en consecuencia sea la Administración quién deba reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

En todos estos casos, independientemente de la categoría de contratos de que se trate, tanto el contrato celebrado por la administración como el acto administrativo cuyos efectos afectan en este, teóricamente pueden ser revisados por la jurisdicción contenciosa administrativa prevista en Venezuela en el artículo 259 de la Constitución. Sin embargo, en la práctica, esto no siempre ocurre de manera efectiva ni oportuna,

Tengamos en cuenta el tiempo excesivo que suele requerirse para la resolución de los conflictos planteados a la jurisdicción contencioso administrativa. Aunque la ineficacia judicial se evidenció inicialmente en la jurisdicción ordinaria, no tardó en hacerse presente también en la justicia administrativa. A ello se suma la percepción cada vez más extendida, tanto en Venezuela como en otros países, de que el proceso contencioso-administrativo no garantiza una tutela judicial efectiva real.

Desde la perspectiva del ciudadano, estos procedimientos suelen ser excesivamente lentos, costosos y formales, y en muchos casos concluyen con sentencias que no siempre están bien fundamentadas, o que resultan tardías o ineficaces por el cambio de las circunstancias que originaron el litigio, o que simplemente son de imposible ejecución frente a las prerrogativas del Estado. A esto se añade, además, la ineficacia de la tutela cautelar durante el proceso, lo que agrava aún más la sensación de indefensión.

Estas y otras circunstancias han planteado una crisis de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual impone igualmente la búsqueda de otros mecanismos que garanticen de manera expedita y eficiente su resolución.²⁰

Como remedio a esta indeseable situación, se encuentra sin duda la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos para la solución de controversias que surjan con motivo de los contratos celebrados por

²⁰ Sobre este tema véase, entre otros, en Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992; y Juan Manuel Trayter "El arbitraje de derecho administrativo", *Revista de Administración Pública* Núm. 143, mayo-agosto, 1997. Pp. 75 y ss.

la Administración, con el fin de sustraerlas del ámbito jurisdiccional y lograr así su pronta y oportuna resolución.

La aceptación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el derecho administrativo encuentra su justificación en la circunstancia de que ellos están íntimamente vinculados a la satisfacción del interés público que se verifica en la consecución de una administración de justicia rápida y eficaz; sin duda, *“es un bien querido por la sociedad que los procesos de resolución de conflictos se agilicen y que la justicia sea rápida y efectiva”*.²¹

La resolución extrajudicial de conflictos ha sido objeto de aplicación progresiva en el campo del derecho administrativo en las últimas décadas. Estos mecanismos se han utilizado tanto en sede administrativa, cuando surgen conflictos entre particulares y la Administración actúa como tercero imparcial, sin intervenir como parte interesada; así como vía alterna a la jurisdicción contenciosa para dirimir controversias entre los particulares y la propia Administración, especialmente en el contexto de la contratación pública.

La progresiva aceptación del arbitraje en derecho administrativo ha ocurrido tanto en Europa como en América Latina. Con distinto grado de amplitud, diversas legislaciones han venido reconociendo la procedencia del arbitraje como mecanismo alternativo para resolver controversias en las que participa la Administración pública, especialmente en el marco de la contratación estatal.²²

En Europa, la recepción del arbitraje en derecho público ha seguido caminos diversos, con experiencias particularmente destacadas en países como Portugal, Italia, Francia y el Reino Unido.

En Portugal, el arbitraje en asuntos administrativos tiene una consolidada tradición desde los años sesenta y se encuentra actualmente regulado tanto por el Código de Proceso en los Tribunales Administrativos, como por la Ley N° 63/2011 de Arbitraje Voluntario. Se permite

²¹ Vid. sobre ello, Luis Fraga Pittaluga, “El Arbitraje y la Transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos”, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer Carías’*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998. p. 143.

²² Sobre este tema véase en Club Español de Arbitraje (CEA), “Hacia el reconocimiento del arbitraje en el derecho público”, pp. 6 y ss. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea-arbitraje-y-derecho-publico-documento-final_.pdf

la utilización del arbitraje para controversias derivadas de contratos públicos -como concesiones, obras, servicios y suministro-, así como para asuntos relativos a responsabilidad civil de la administración, validez de actos administrativos y relaciones de empleo público.

Italia, por su parte, ha pasado de una posición tradicionalmente restrictiva a una progresiva apertura. A partir de la Ley 205/2000 y su incorporación posterior en el Decreto Legislativo 104/2010 (Código del Proceso Administrativo), así como en el Código de Contratación Pública (Decreto Legislativo 50/2016), se permite el recurso al arbitraje para resolver controversias en materia de libre disposición, siempre que exista una autorización motivada por parte del órgano de gobierno de la entidad contratante.

En cambio, Francia mantiene una postura más restrictiva. Aunque no existe una prohibición expresa en la normativa administrativa, el artículo 2060 del Código Civil impide en principio que las entidades públicas se sometan a arbitraje en el ámbito interno. Sin embargo, esta prohibición se ha atenuado progresivamente en el plano internacional, permitiéndose el arbitraje en disputas internacionales mediante pronunciamientos de la Corte de Casación y del Consejo de Estado.

En el Reino Unido, aunque no existe una figura específica de arbitraje administrativo debido a la ausencia de un cuerpo codificado de derecho administrativo, el arbitraje se utiliza con frecuencia para resolver controversias en materia de contratación pública. La Ley de Arbitraje de 1996 se aplica a todo convenio arbitral en el que el Estado sea parte, lo que ha facilitado su empleo como mecanismo habitual de solución de conflictos entre la administración y los contratistas.

En América, varios países han acogido el uso del arbitraje para la resolución de controversias surgidas de relaciones contractuales con el Estado. Tal es el caso de Argentina, Paraguay y Perú, donde el arbitraje administrativo ha sido reconocido expresamente por la legislación, especialmente en el ámbito de la contratación pública

Argentina cuenta con una de las trayectorias más largas en la región, que se remonta a 1947 con la creación del Tribunal Arbitral de Obras Públicas. Aunque este fue disuelto en 2001, normas posteriores regularon expresamente la posibilidad de someter a arbitraje

controversias relacionadas con la ejecución, interpretación y aplicación de contratos públicos. Esta tendencia fue consolidada con la Ley 27.328 de 2016, sobre contratos de participación público-privada, que autoriza el arbitraje, incluso en cuestiones relacionadas con la ejecución o interpretación contractual, siempre que el convenio arbitral sea aprobado expresamente por el Ejecutivo y comunicado al Congreso Nacional.

Paraguay, por su parte, dio un giro hacia la admisión del arbitraje administrativo en el año 2000, cuando se derogó la prohibición expresa de someter a arbitraje controversias estatales. Desde entonces, leyes como la N° 1618/2000 sobre concesión de obras y servicios públicos y la N° 2051/2003 de contrataciones públicas, reconocen expresamente el arbitraje como mecanismo válido, ya sea de forma facultativa o incluso obligatoria, si así lo prevé el reglamento de bases de licitación.

En el caso de Perú, la regulación ha sido aún más clara y contundente. Desde 1998, la legislación sobre contrataciones del Estado ha consagrado el arbitraje como medio obligatorio -junto con la conciliación- para resolver controversias derivadas de contratos de obra, adquisición de bienes y servicios. La reciente Ley N.º 32069 de 2024 sobre contrataciones pública regula extensamente al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos; revelando una tendencia clara de desjudicialización en el ámbito de la contratación pública.

En Venezuela, la interpretación restrictiva del arbitraje en los contratos administrativos fue superada a partir de 1998 cuando fue promulgada la LAC. Como ley especial en la materia, la LAC establece el marco jurídico general para la aplicación del arbitraje, definiendo sus principios fundamentales, procedimientos y alcance.

El objeto principal del arbitraje a que se refiere la LAC son, objetivamente, las controversias que puedan surgir con motivo de las relaciones jurídicas de carácter comercial (artículo 1 LAC), esto es, aquellas que versen sobre alguno de los actos objetivos de comercio, previstos en el Código de Comercio (artículo 2); o bien cuando dicha controversia derive de los actos llevados a cabo por los comerciantes (actos subjetivos de comercio, artículo 3 *ejusdem*).

No obstante, la regla general es que pueden someterse a arbitraje todas aquellas controversias, sean de índole contractual o no, que sean

susceptible de transacción entre personas capaces de transigir, incluidas las personas de derecho público (artículo 3 LAC).²³

En efecto, el ámbito de aplicación de la LAC no se limita a las controversias de naturaleza comercial entre particulares, sino que, conforme a su artículo 4, incluye expresamente dentro de su ámbito subjetivo a las empresas del Estado. Dicha disposición establece -como veremos *infra*- normas específicas sobre la validez del acuerdo arbitral suscrito por estos entes público. Esta previsión legal abrió el camino para la utilización del arbitraje como un medio alternativo válido para resolver conflictos en relaciones jurídicas en las que intervienen entes públicos.

El artículo 1 de la LAC deja a salvo cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la materia, tal como es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales (Convención de New York) de 1958, ratificada por Venezuela en 1995²⁴. Al exceptuar la aplicación de los tratados internacionales, el legislador venezolano reconoció la primacía de los compromisos internacionales en materia arbitral, reforzando así la integración de Venezuela en el sistema jurídico arbitral internacional.

En particular, la vigencia de la Convención de New York de 1958 reafirma la obligación del Estado venezolano de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros bajo condiciones de reciprocidad y conforme a estándares internacionales. Ello garantiza a las partes la posibilidad de hacer valer en Venezuela decisiones arbitrales dictadas en el extranjero y, recíprocamente, de ejecutar laudos venezolanos en otros Estados parte de la Convención.

²³ Se excluyen expresamente del arbitraje comercial aquellas controversias que: a) sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiese sido fijada por sentencia definitivamente firme; b) sean directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público; c) versen sobre el estado y/o la capacidad de las personas; d) sean relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e) sobre las cuales haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme (artículo 3 LAC).

²⁴ Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en Gaceta Oficial Nro. 4.832 Extraordinario de fecha 29 de diciembre de 1994.

En octubre 1999, el Decreto Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Decreto-Ley de Concesiones)²⁵ contempló de manera expresa la posibilidad de acudir al arbitraje en típicos contratos administrativos como son los contratos concesión de servicios públicos y de obras públicas.

El Decreto-Ley de Concesiones resolvió la discusión respecto de la procedencia y el alcance del arbitraje en los contratos administrativos cuando en el artículo 61 estableció lo siguiente:

Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción. Asimismo, podrán acordar en el respectivo contrato someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, cuya composición, competencia, procedimiento y derecho aplicable serán determinados de mutuo acuerdo, de conformidad con la normativa que rige la materia. Cuando se trate de la solución de diferencias de carácter exclusivamente técnico, las partes podrán someter la solución del asunto al conocimiento de expertos directamente designados por ellas. En tales casos, la decisión adoptada siguiendo el procedimiento previamente establecido, tendrá carácter definitivo.

Quedó claro con la norma citada que la procedencia del arbitraje en materia de concesiones *es amplia*, ya que no limita ese medio de solución de conflictos a los aspectos técnicos, siendo éste viable en asuntos relativos a “...*la ejecución, desarrollo o extinción...*” de las concesiones.²⁶

Luego, se produjo la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflictos, dentro de las disposiciones generales del capítulo referido al poder judicial de la Constitución de 1999.

En concreto, el artículo 253 establece que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y dispone de manera expresa que

²⁵ Decreto número 318 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, publicado en Gaceta Oficial Número 5.394 extraordinaria del 25 de octubre de 1999.

²⁶ Véase sobre el tema Rafael Badell Madrid, *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, Editorial Torino, Caracas, 2002.

el sistema de justicia está conformado no sólo por los Tribunales de la República, sino también por los *medios alternativos de justicia* y los ciudadanos que participan en la administración de justicia.

Esto se corresponde con lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Constitución, cuando señala que (...). *siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (...)*” (negrillas añadidas).

Conforme a lo anterior, el derecho de acceso a la administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, puede ejercerse tanto ante los órganos jurisdiccionales del Estado como ante los ciudadanos que ejercen de funciones jurisdiccionales conforme a la ley.

En este contexto, el arbitraje se presenta como una modalidad legítima de ejercicio de la función jurisdiccional por parte de ciudadanos autorizados por la ley. Los árbitros, como terceros imparciales, resuelven controversias con efectos vinculantes y autoridad de cosa juzgada. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, al afirmar que “(...) los tribunales arbitrales despliegan una auténtica función jurisdiccional, encargada de la resolución de las disputas surgidas entre particulares que han decidido (...) optar por que sus posibles diferencias sean tratadas a través de los medios alternos de resolución de conflictos”²⁷.

Pero el texto constitucional no solo incluye estos medios alternativos como parte del sistema de justicia, sino que también fomenta su uso como medios eficaces para la solución de controversias. En tal sentido, la exposición motivos del texto constitucional establece:

(...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, (...) **con el objeto de que el Estado los fomente y promueva sin perjuicio de las actividades que en**

²⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Nro. 1196 de fecha 4 de diciembre del 2024.

tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades; cámaras de comercio y la sociedad civil en general. (Negrillas añadidas).

Lo anterior refuerza a lo previsto en el artículo 258 constitucional, que impone al Estado la obligación de promover, por vía legislativa, mecanismos como el arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de resolución de conflictos.

Sobre esta base, la Sala Constitucional (SC) del TSJ ha sostenido que los medios alternativos de justicia forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y ha reconocido muy especialmente la existencia de un derecho fundamental al arbitraje, en los siguientes términos:

...los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)” y que es “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y **la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz**, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje*. (negrillas añadidas)²⁸.

De tal manera que “(...) *el derecho a una tutela judicial efectiva o, alternativamente, a una tutela arbitral efectiva, vendrían a ser dos especies (species) pertenecientes a un mismo género (genus); dos modalidades de un mismo derecho constitucional: la tutela jurisdiccional efectiva*”²⁹.

²⁸ Sentencia de la SC del TSJ de fecha 17 de octubre de 2008 caso: Hildegard Rondón de Sansó y otros. Interpretación Constitucional del Art. 258. Sobre la existencia de un “derecho fundamental al arbitraje”, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26 constitucional), véase también la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 28 de febrero de 2008, caso: Bernardo Weininger *et al.*

²⁹ Jose Antonio Muci Borjas, “Ley de Arbitraje Comercial y Administración Pública (Glosa de la regla que prohíba el arbitraje en materias directamente asociadas con el ejercicio del

El reconocimiento del arbitraje como un derecho fundamental conlleva a la obligación de garantizar su efectividad mediante mecanismos que aseguren su autonomía e independencia. En tanto integrante sistema de justicia, el arbitraje está sometido al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 7 y, por ende, los mecanismos destinados a garantizarlo deben entenderse aplicables a esta actividad de naturaleza jurisdiccional.

Esto implica que los árbitros, en el ejercicio de su función jurisdiccional, por estar vinculados al orden constitucional, tienen el deber de dar aplicación preferente a las disposiciones constitucionales, en virtud de lo cual pueden -y deben- aplicar los mecanismos de control previstos para asegurar la supremacía de la Constitución.

Al igual que todos los jueces de la República, los tribunales arbitrales están facultados para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, en virtud del cual pueden desaplicar una norma -legal o sublegal- que viole el texto constitucional, en el caso concreto que deciden, con efectos inter partes y *ex tunc*, ya sea de oficio o a solicitud de parte, de forma incidental y especial, con el fin de asegurar la efectividad de la Constitución.³⁰

En ese sentido se pronunció la SC en sentencia número 833 del 25 de mayo de 2001, caso “Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao” y en sentencia número 702 de la SC de fecha 18 de octubre de 2018, mediante la cual dispuso que: “(...) resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar esta con preferencia (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)”.

ius imperii”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 176, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, julio-diciembre, Caracas, 2024. p. 1335.

³⁰ Sobre el control difuso de la constitucionalidad, véase en Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, serie de estudios N° 121, Caracas, 2020. Pp. 89 y ss.

De esta forma, la SC reconoció que, al igual que ocurre en el Poder Judicial, a través del arbitraje se imparte justicia y se ejerce la función jurisdiccional, *“De allí que los árbitros tengan la obligación de privilegiar la vigencia del Texto Fundamental, sobre cualquier otra disposición cuya aplicación pudiera lesionar su supremacía, lo que incluye, claro está, el deber de ceñirse a los criterios vinculantes sentados por esta Sala”*.

Tengamos en cuenta que la LAC es preconstitucional, en consecuencia, su texto debe interpretarse a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y, en consecuencia, sus disposiciones deben ser de interpretación amplia y extensiva.

Debe entenderse que el arbitraje no constituye una instancia subsidiaria de la jurisdicción ordinaria; por el contrario, es un sistema autónomo de resolución de conflictos que debe operar sin interferencias indebidas y con pleno resguardo de los principios que le son propios. Por ello, cualquier intervención del Poder Judicial debe entenderse como excepcional y limitada a los supuestos expresamente previstos en la ley, pues una injerencia injustificada comprometería su eficacia, independencia y naturaleza jurisdiccional alternativa.

Ahora bien, la Constitución no limitó el uso del arbitraje ni de los medios alternativos de resolución de conflictos a los asuntos privados o comerciales. Por el contrario, el artículo 258 constitucional los concibe como mecanismos de aplicación general a la solución de todo tipo de controversias que puedan resolverse fuera de los tribunales ordinarios, incluidas las de carácter administrativo; lo que se refuerza si tenemos en cuenta que dicha disposición se halla ubicada justo antes del artículo 259 regulador de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene mencionar que el constituyente de 1999 dedicó disposiciones específicas a los contratos de interés público y su posibilidad de someterse a arbitraje. Así, el artículo 150 previó que los contratos de interés público celebrados por los estados o municipios con Estados o entidades oficiales extranjeras deban contar con la aprobación de la Asamblea Nacional; en tanto el artículo 151 consagra la denominada cláusula ‘Calvo’, según la cual las controversias surgidas en esos contratos de interés público serán decididas por los tribunales de la República, salvo que, por la naturaleza del contrato, proceda su sometimiento a arbitraje.

Consideremos, además, que la Constitución reconoce el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 140, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento o actuación de la administración, ya sea normal o anormal dicho funcionamiento, o lícita o ilícita la actuación en cuestión; que se complementa con el artículo 141 *ejusdem*, a tenor del cual la Administración pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en el principio -entre otros- de responsabilidad.

Existen también diversas leyes que contemplan, de manera expresa o indirecta, el arbitraje como forma de resolución de las controversias administrativas.

La LOJCA, en su artículo 6, impulsa la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en cualquier grado y estado del juicio, de la siguiente forma: *“Los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promoverán la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, atendiendo a la especial naturaleza de las materias jurídicas sometidas a su conocimiento”*.

De otra parte, el DLOPGR prevé en su artículo 12 que los contratos suscritos por la República en los cuales se establezcan *“cláusulas de arbitraje, tanto nacional como internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República”* y a tales fines, *“las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional, deben remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, con sus respectivos soportes y la opinión de la Consultoría Jurídica, la cual debe hacer pronunciamiento expreso, sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional o internacional”* (artículo 13 del DLOPGR).

La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP) contempla en el artículo 93 la posibilidad de acudir a arbitraje en materia de contratos que versen sobre operaciones de crédito público, al señalar que: *“Las controversias que surjan con ocasión de la realización de operaciones de crédito público, serán resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia, sin perjuicio de las estipulaciones que se*

*incorporen en los respectivos documentos contractuales, conforme a la Constitución y las leyes aplicables...*³¹

Se deriva de esa norma que, en principio, se reserva la competencia de esas controversias al TSJ, sin perjuicio de la posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en esos contratos en los casos en que ello sea procedente *de acuerdo con la naturaleza de los mismos*. De esa manera, en esa categoría de contratos -típicamente considerados como de interés público nacional- podría incluirse una cláusula arbitral según la precitada disposición.

En materia de sectores estratégicos, el ordenamiento jurídico venezolano ha reconocido de forma progresiva la posibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de contratos administrativos, particularmente a partir de las recientes reformas en materia de hidrocarburos y minas.

En materia de hidrocarburos gaseosos, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999³² ya contemplaba la posibilidad de acudir a medios alternativos de resolución de conflictos, incluido el arbitraje, aunque de forma condicionada.

En efecto, su artículo 24.6.b dispone que: *“Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, **incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia**, 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”* (negrillas añadidas).

No obstante, más allá de la redacción confusa de dicha disposición sobre la naturaleza “amigable” y, por tanto, del carácter “no vinculante” del arbitraje -replicada en la antigua Ley de Minas de 1999³³-, lo cierto es que contiene una marcada tendencia restrictiva, al establecer que las controversias no resueltas amigablemente por las partes serán decididas por los tribunales de la República y que no podrán dar lugar a reclamaciones extranjeras, lo que en la práctica limitó el alcance del arbitraje internacional.

³¹ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.210 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

³² Publicada en Gaceta Oficial Nro. 36.793 del 23 de septiembre de 1999.

³³ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999.

Distinto es la regulación de la reciente reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) de 2026³⁴, cuyo artículo 8 reconoce de manera clara y precisa la posibilidad de que las partes acuerden someter sus controversias a mecanismos alternativos de resolución de disputas, incluyendo la mediación y el arbitraje, tanto nacional como internacional.

El referido artículo 8 de la LOH establece, en efecto, la habilitación expresa para incorporar cláusulas compromisorias en los contratos celebrados para la ejecución de las actividades reguladas por la Ley, en los siguientes términos:

Artículo 8. En los contratos para la realización de las actividades reguladas en esta Ley las partes podrán acordar que las dudas y controversias de cualquier naturaleza, suscitadas con motivo de la realización de dichas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, podrán ser decididas por los Tribunales competentes de la República o mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo mediación y arbitraje.

El Ministerio con competencia en materia de hidrocarburos, en consulta con la Procuraduría General de la República, fijará los lineamientos generales para establecer las cláusulas de resolución de controversias a las que hace referencia este artículo. Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial.

En términos similares, la nueva Ley Orgánica de Minas de 2026³⁵ incorpora, en su artículo 9, una disposición prácticamente idéntica, permitiendo la procedencia de formulas alternativas de resolución de controversias, incluidas el arbitraje, en los contratos que rigen las actividades mineras reguladas en dicha ley.³⁶

³⁴ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.978 Extraordinario del 29 de enero de 2026.

³⁵ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 7.020 Extraordinario del 16 de abril de 2026.

³⁶ Rafael Badell Madrid, "Régimen Jurídico de la Minería en Venezuela", en Allan R. Brewer Carías *et al.*, *Ley Orgánica de Minas*. Colección Textos Legislativos Nro. 63, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2026. Pp. 259-375.

Ambas leyes responden a una nueva política legislativa orientada a institucionalizar el arbitraje en los sectores hidrocarburos y minas como garantía de seguridad jurídica y protección de la inversión extranjera, en aras de revertir el aislamiento internacional y restablecer la confianza de los inversionistas, especialmente tras las políticas de nacionalización de dichos sectores y de exclusión de los foros internacionales para la resolución de controversias del pasado.

Ciertamente estas reformas contrastan sustantivamente con los modelos establecidos en las derogadas leyes de hidrocarburos de 2001 y 2006 y de minas de 1999, así como con la subsistente Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, donde el arbitraje, aunque formalmente admitido, está condicionado en su eficacia práctica.

Entre los cambios más relevantes introducidos por estas reformas destaca -como veremos-, además del reconocimiento expreso del arbitraje como mecanismo vinculante para resolver controversias contractuales de dichos sectores, la flexibilización de los requisitos para pactar cláusulas arbitrales por los entes del Estado, la garantía del equilibrio económico-financiero de los contratos y la reapertura al arbitraje internacional, en consonancia con el principio de inmunidad relativa de la jurisdicción consagrado en el artículo 151 constitucional.

Por otra parte, el Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana que rige la actuación de la Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G.) y de las empresas públicas que ese Instituto tutela, regula expresamente en su artículo 21, la procedencia del arbitraje en los contratos, administrativos o no, suscritos por la C.V.G. o sus empresas y establece unas limitaciones al respecto.³⁷

Concretamente, el artículo 21 del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana prevé que para establecer acuerdos o cláusulas compromisorias de arbitraje en sus contratos, la C.V.G. y sus empresas tuteladas deberán contar con la autorización del Presidente de la Corporación y deberán determinar el tipo de arbitraje, el número de árbitros, la legislación sustantiva y adjetiva aplicable.

³⁷ Decreto número 1.531 con Fuerza de Ley de Reforma del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, publicado en Gaceta Oficial Nro. 5.553 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001.

Sin embargo, se excluye la procedencia de compromisos arbitrales cuando se trate de controversias concernientes a las atribuciones o funciones de esa Corporación o del objeto de sus empresas tuteladas; materias de orden público; controversias sobre los mecanismos de control de tutela del órgano de adscripción de la C.V.G.; controversias sobre el patrimonio, ingresos y disponibilidad presupuestada de la Corporación y controversias sobre la designación de sus funcionarios, autoridades u órganos administrativos, entre otras.

Ahora bien, cuando hablamos de arbitraje administrativo no solo deben considerarse aspectos procesales o adjetivos, como la validez del acuerdo arbitral o la composición del tribunal, sino también elementos de orden sustantivo vinculados al régimen jurídico que rige la relación contractual con la administración, el cual condiciona tanto la disponibilidad del objeto litigioso como las normas aplicables al fondo del conflicto.

En Venezuela, el régimen jurídico de los contratos celebrados por los órganos y entes del sector público está conformado, en primer lugar, por el Decreto-Ley de Contrataciones Públicas (DLCP)³⁸. De conformidad con el artículo 1, este decreto-ley tiene por objeto regular los principios, normas y procedimientos que rigen, con carácter obligatorio, la contratación pública para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, salvo los supuestos exceptuados expresamente por la ley.

La contratación pública está sometida a principios fundamentales como legalidad, eficiencia, transparencia, economía, publicidad, competencia, celeridad, honestidad, igualdad, participación y la buena fe (artículo 2 DLCP).

En particular, el principio de buena fe rige toda la relación contractual administrativa y obliga tanto a la administración contratante como al contratista a actuar con lealtad, confianza y cooperación mutua, lo que incide en la interpretación y ejecución de los contratos, así como en la eventual resolución de controversias.

El ámbito de aplicación del DLCP, según su artículo 3, comprende a todos los órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, centralizados o descentralizados, y a las personas jurídicas en las que el

³⁸ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 6.154 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014.

Estado tenga participación mayoritaria o control accionario. No obstante, los artículos 4 y 5 establecen excepciones, incluyendo supuestos de exclusión total o parcial respecto del régimen general de contratación o de las modalidades de selección de contratistas.

El DLCP regula detalladamente las diversas fases de la contratación pública, desde la formación del expediente, selección del contratista, celebración y formalización del contrato, hasta su ejecución, modificación, terminación y las normas relativas a las responsabilidades derivadas del incumplimiento.

De manera que el DLCP establece el régimen sustantivo aplicable a la resolución de las controversias que surjan en su desarrollo. Toda disputa vinculada a contratos sometidos al derecho público debe resolverse conforme a las disposiciones contenidas en dicho decreto-ley, en tanto norma especial que rige obligatoriamente el fondo de estas relaciones contractuales.

De igual modo, debe tenerse presente que los contratos administrativos no se rigen por las normas generales del derecho común, sino por un régimen jurídico especial de derecho público, cuyas disposiciones sustantivas tienen por objeto garantizar el interés general y asegurar el cumplimiento de los fines públicos.

Este régimen se caracteriza por la aplicación de principios propios del derecho administrativo como el de continuidad del servicio, mutabilidad del contrato, dirección y control unilateral por parte de la Administración, así como la posibilidad de imponer sanciones al contratista ante incumplimientos contractuales.

Dichos principios -extraños al derecho privado- inciden directamente en la forma en que deben resolverse las controversias que se susciten con ocasión de la ejecución de estos contratos, especialmente en sede arbitral, donde no pueden resolverse con base exclusiva en normas de derecho privado o en criterios de equidad, sino que deben decidirse conforme a las disposiciones del régimen administrativo que regula el fondo de la relación contractual.

De hecho, la aplicabilidad del régimen especial de los contratos administrativos en procedimientos arbitrales ha sido reconocida incluso por tribunales arbitrales internacionales. Así, por ejemplo, en el caso *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana*

de Venezuela (CIADI Caso N° ARB/00/5), el tribunal arbitral reconoció las particularidades de la fuerza mayor en el derecho administrativo, destacando que, a diferencia del derecho privado, no se requiere que el evento sea irresistible, sino que basta con que impida razonablemente la ejecución normal del contrato³⁹.

Debe advertirse, sin embargo, que en determinados sectores estratégicos existen regímenes especiales que excepcionan parcialmente la aplicación del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas.

Así ocurre, por ejemplo, en materia de hidrocarburos, donde la referida reforma de la LOH excluyó expresamente de su ámbito de aplicación tanto a las empresas mixtas como a ciertos contratos celebrados por empresas de exclusiva propiedad de la República o sus filiales para la ejecución de actividades primarias. En estos supuestos, aunque se flexibiliza el régimen general de contratación y se sustituye por mecanismos más ágiles de selección y contratación, subsiste la exigencia de observar principios de transparencia, eficiencia, igualdad, honestidad y control público, lo que igualmente condiciona el tratamiento arbitral de las controversias derivadas de dichas relaciones contractuales.

En todo caso, la aceptación legislativa del arbitraje para el caso de las contrataciones de la administración se ha manifestado también en la jurisprudencia del TSJ, que en varias oportunidades ha reconocido al arbitraje como una vía válida y eficaz para resolver controversias en las que participa la Administración pública.

Por ejemplo, el Decreto-Ley de Concesiones tuvo influencia en la jurisprudencia de la SPA del TSJ, que permitió la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos administrativos, tal como ocurrió en el año 2000 en el caso *Aerolink International S.A.*

La doctrina ha contribuido a delimitar el alcance del arbitraje en el ámbito de la contratación pública y a precisar su compatibilidad con el sistema de justicia administrativa.

Un valioso aporte doctrinal en esta materia lo hizo Luis Fraga Pittaluga, quien ya en 1998 advertía que *“la admisión del arbitraje en el ámbito administrativo es una tendencia irreversible, siendo cada vez*

³⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/00/5, Laudo, 23 de septiembre de 2003, párr. 121.

más los casos susceptibles de ser sometidos a la justicia privada”⁴⁰. Allí destacó también la necesidad de contar con una habilitación legal expresa que permitiera el uso del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas entre la Administración y los administrados, especialmente en materias regidas por normas de derecho público. Esta perspectiva anticipó el desarrollo progresivo del arbitraje en la contratación pública venezolana, que la jurisprudencia y la Constitución de 1999 terminarían por consolidar.

A este desarrollo doctrinal ha contribuido de manera significativa el Dr. Allan Brewer-Carías. Su reciente obra *Arbitraje en el sector público y arbitraje internacional de inversión* recopila los aportes que ha venido formulando durante décadas sobre la materia y es un valioso testimonio del proceso de evolución del arbitraje en el sector público venezolano y de su progresiva aceptación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el ámbito de la contratación pública, desde sus inicios en la década de los noventa hasta su consolidación bajo el marco de la Constitución de 1999.⁴¹

Además de esos autores, también han contribuido de forma destacada a la elaboración doctrinaria del arbitraje administrativo en Venezuela algunos juristas como Hernando Díaz Candia, José Antonio Muci Borjas, Alberto Blanco-Uribe Quintero, José Gregorio Torrealba R. y José Ignacio Hernández González, entre otros, quienes se han referido a distintos aspectos del arbitraje en el ámbito de la contratación pública, enriqueciendo el debate y consolidando su legitimidad dentro del sistema jurídico venezolano.

2. Arbitraje Administrativo

2.1. Noción

La posibilidad de que personas de derecho público se sometan a arbitraje propiamente dicho, siempre que se trate de materias transigibles y que no comprometan el interés general, ha abierto paso al desarrollo

⁴⁰ Luis Fraga Pittaluga, “El Arbitraje y la Transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos”... ob. cit., p. 177.

⁴¹ Allan R. Brewer-Carías, *Arbitraje en el sector público y arbitraje internacional de inversión*, Editorial Jurídica Venezolana, Ius Publicum Innovation S.L. Spin off de la Universidade da Coruña, Caracas, 2023.

de una categoría particular dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos: el arbitraje administrativo.

La doctrina ha definido el arbitraje administrativo como “*aquel mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual la administración pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes*”⁴².

Nosotros entendemos que el **arbitraje administrativo** es un mecanismo alternativo de resolución de controversias mediante el cual la Administración pública -nacional, estatal o municipal; centralizada o descentralizada; con forma jurídica de derecho público o de derecho privado- actúa como una de las partes en conflicto, frente a un particular o a otro ente administrativo, y ambas partes acuerdan someter una controversia, de naturaleza pública o privada, pero susceptible de disposición por parte de la administración, al conocimiento de terceros imparciales que actúan como tribunal arbitral -nacional o internacional- y que, en ejercicio de dicha función, resuelven el conflicto mediante la aplicación del derecho administrativo sustantivo, cuyas decisiones se concretan en un laudo arbitral de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

En contraste con el arbitraje privado, la procedencia del arbitraje administrativo no se limita a que su objeto se refiera a asuntos que la ley estime como disponibles y transigibles, sino también está condicionado por el principio de legalidad y el interés general que informa la actuación administrativa, lo cual impide que la Administración pública pueda ser juzgada conforme a la equidad.⁴³

⁴² Luis Fraga Pittaluga, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 48.

⁴³ Según dispone el artículo 8 de la LAC, las partes pueden elegir entre alguno de los dos tipos de arbitraje: el arbitraje de derecho y de equidad. En el arbitraje de equidad, los árbitros resuelven con base en su conocimiento y criterio de justicia, sin estar estrictamente sujetos a normas legales. Por el contrario, en el arbitraje de derecho, los árbitros están obligados a aplicar al fondo del asunto planteado el ordenamiento jurídico vigente, incluyendo las normas y principios constitucionales y, por tanto, la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, el principio de legalidad comporta un límite para el arbitraje de equidad en la resolución de los conflictos derivados de una contratación administrativo, pues, dicho principio exige la sumisión de todos los actos de la Administración pública a las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el tribunal arbitral -nacional o internacional- que conozca de una controversia derivada de un contrato administrativo se encuentran obligados, en principio, a aplicar las normas sustantivas que delimitan la actuación de la administración, sin que exista la posibilidad de formular interpretaciones que desvirtúen los límites de la legalidad a los cuales está sometida la actividad administrativa.

No obstante, parte de la doctrina ha considerado que la exigencia del arbitraje de derecho en el ámbito administrativo no debe excluir absolutamente la posibilidad de un arbitraje en equidad en casos específicos y excepcionales. Se ha sostenido que ello podría ser admisible, por ejemplo, cuando se trate de cuestiones puramente convencionales o de valoración discrecional, siempre que no se afecten potestades regladas ni se desvirtúe el principio de legalidad. Un laudo dictado en equidad -se ha argumentado- no implica necesariamente una vulneración del ordenamiento jurídico, sino la aplicación razonada de criterios de justicia material que complementan la norma positiva desde un juicio imparcial, argumentado y no arbitrario.⁴⁴

En todo caso, del principio de legalidad administrativa se desprende la necesidad de que el funcionario público que representa a la Administración se encuentre expresamente facultado para comprometer en arbitraje al ente público en cuestión, conforme a las normas legales que rijan su actuación, incluyendo la obligatoriedad de contar con la autorización o aquiescencia del jerarca o órgano funcional competente, según el caso.

2.2. Características del arbitraje administrativo

Las principales características del arbitraje administrativo son las siguientes:

⁴⁴ Véase, entre otros, Marta García Pérez, “El Arbitraje de Derecho Administrativo. Reflexiones y propuestas en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Público* Nro. 134, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. Pp. 21 y 22.

- (i) En el arbitraje administrativo una de las partes es una persona jurídico-pública nacional, estatal o municipal; centralizada o descentralizada; con forma jurídica de derecho público o de derecho privado- que tiene como fin la satisfacción de las necesidades del colectivo.
- (ii) El arbitraje administrativo es procedente cuando el objeto del litigio es jurídicamente disponible. Aunque la Administración está sujeta al principio de legalidad, sus limitaciones no impiden el recurso al arbitraje en materia contractual, donde se discuten derechos patrimoniales disponibles. Solo cuando la ley declare expresamente la indisponibilidad de la materia por razones de interés público, se excluye el arbitraje.
- (iii) La naturaleza jurídico-pública del ente administrativo que interviene en el arbitraje, aunada a la vigencia del principio de la legalidad que informa la actividad administrativa, exige que el arbitraje a ser aplicado sea -en principio- de derecho y no de equidad, dado que la Administración no puede ser juzgada sino conforme a la Ley.
- (iv) Por regla general, el arbitraje resulta procedente en los contratos celebrados por el Estado, sean estos contratos de derecho privado, contratos administrativos o incluso contratos de interés público, ya que, al tratarse de relaciones contractuales, su objeto es normalmente disponible, inclusive para la Administración.
- (v) La manifestación del consentimiento de los entes públicos de ceder en sus concesiones deberá ajustarse a los requisitos formales previstos en la Ley para cada caso concreto, tales como, la aprobación o autorización por el jerarca para la suscripción del acuerdo, competencia del funcionario que manifiesta su voluntad en representación del ente público, entre otras.
- (vi) En cuanto a su configuración procedimental, los arbitrajes administrativos pueden ser tramitados ante tribunales arbitrales institucionales o *ad hoc*, tanto nacionales como extranjeros. En estos casos, debe distinguirse entre las normas sustantivas que rigen el fondo de la controversia (*lex causae*), las cuales deben corresponder -en principio- al derecho administrativo

sustantivo aplicable al ente público involucrado -en el entendido de que su sujeción al derecho es irrenunciable-; y las normas procesales (*lex fori*), que regulan el desarrollo del procedimiento arbitral y que pueden ser pactadas libremente por las partes, en ejercicio de su autonomía procesal.

2.3. El arbitraje en los contratos de la Administración pública

2.3.1. Consideraciones generales

En el Estado de derecho moderno, hemos dicho que la actividad contractual de la Administración Pública constituye una de las manifestaciones más relevantes de su actuación jurídica, particularmente en aquellos ámbitos en los que la satisfacción del interés general exige la colaboración de los particulares o la celebración de negocios jurídicos para la prestación de servicios, la ejecución de obras, la explotación de actividades económicas o la gestión de su propio patrimonio.

A diferencia de la actividad de policía -que se exterioriza principalmente a través de actos administrativos unilaterales- la actividad prestacional, económica y de fomento suele concretarse mediante relaciones convencionales en las que la Administración se vincula con otros sujetos de derecho, públicos o privados, a través de contratos. Sin embargo, no toda contratación pública responde a una misma naturaleza ni se somete a un mismo régimen jurídico.

Dentro de la contratación de la Administración resulta indispensable distinguir, en efecto, entre los contratos de derecho privado de la Administración, los contratos administrativos propiamente dichos y los contratos de interés público. Aunque todos esos contratos suponen la intervención de un ente público y persiguen, directa o indirectamente, una finalidad pública, difieren sustancialmente en cuanto al derecho aplicable, la existencia de las prerrogativas administrativas exorbitantes y, en consecuencia, en relación con la procedencia y alcance del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

En los contratos de derecho privado de la Administración, el ente público actúa desprovisto de potestades de imperio, sometido predominantemente al derecho común y en condiciones sustancialmente equivalentes a las de un particular. Por el contrario, en los contratos

administrativos la Administración cuenta con prerrogativas exorbitantes del derecho privado, vinculadas a la tutela inmediata del interés general y a la continuidad del servicio público, lo que determina la aplicación prevalente del derecho administrativo.

Por su parte, los contratos de interés público constituyen una categoría especial dentro de los contratos administrativos, sometidos a un régimen constitucional reforzado, caracterizado sobre todo por exigencias de aprobación legislativa previa, consulta previa y la operatividad de la denominada cláusula Calvo o relativa inderogabilidad de la jurisdicción nacional.

Esta distinción tiene consecuencias directas sobre la arbitrabilidad de las controversias derivadas de tales relaciones contractuales, pues, mientras en los contratos de derecho privado de la Administración la procedencia del arbitraje ha sido tradicionalmente admitida, en los contratos administrativos y, con mayor razón, en los contratos de interés público, la admisión del arbitraje ha exigido una construcción más cuidadosa, en atención a la presencia de potestades públicas, al principio de legalidad y a la necesidad de preservar el interés general.

Sin embargo, la tendencia predominante actual que se desprende de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido la de reconocer la validez del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias derivadas de la actividad contractual de la Administración, con independencia de la naturaleza pública o privada del contrato. Ello responde, además, al reconocimiento constitucional de los medios alternativos de resolución de conflictos como parte integrante del sistema de justicia y a la progresiva flexibilización de la concepción tradicional según la cual toda controversia vinculada a la actividad administrativa debía quedar reservada exclusivamente al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Recordemos que, con anterioridad de la promulgación de la LOJCA, era muy importante precisar cuándo un contrato era “administrativo” y cuándo no lo era para poder determinar cuál era la jurisdicción competente para conocer las demandas que se suscitaban en relación a los contratos celebrados por la Administración.

Si se trataba de un “contrato administrativo”, entonces la competente era la jurisdicción contencioso administrativa. En caso de no ser

un “contrato administrativo”, los conflictos eran conocidos por la jurisdicción civil.

En efecto, la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ)⁴⁵, en su artículo 42 numeral 14, establecía expresamente que la SPA era competente para “*Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los **contratos administrativos** en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades*” (énfasis añadido).

Si bien dicha disposición se refería solo a los entes políticos territoriales, la SPA de la CSJ, amplió dicho criterio, al entender que los entes descentralizados -como las empresas del Estado y los institutos autónomos- también podían celebrar contratos administrativos, cuyo control correspondía a la propia Sala.

Concretamente, en sentencia del 13 de marzo de 1997, la SPA dispuso lo siguiente:

[...] Como puede observarse, la norma transcrita [Art. 42, ordinal 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia] reserva al conocimiento de esta Sala todo asunto (de cualquier naturaleza) que tenga que ver con los contratos administrativos, es decir, consagra una especie de universalidad de reserva en relación con los contratos administrativos a favor de esta Sala Político-Administrativa, independientemente de la naturaleza de la pretensión. Pero, también señala que ha de tratarse de contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades.

En este sentido, cabría preguntarse si compete también a la Sala el conocimiento de los contratos administrativos suscritos por un sujeto de derecho distinto a los prenombrados, pero a quien la ley local (ordenanza) le atribuye la posibilidad de otorgar concesiones de espacios públicos como lo es un mercado público, o si por el contrario, el sólo hecho de que el Municipio Libertador del Distrito Federal haya atribuido-mediante la Ordenanza sobre Abastecimiento y Mercadeo- a Imerca, C.A. (empresa municipal), la posibilidad de otorgar las referidas concesiones,

⁴⁵ Gaceta Oficial Nro. 1.893 Extraordinario de fecha 30 de julio de 1976.

es suficiente para enervar la mencionada reserva de competencias de esta Sala en dicha materia.

Al respecto, considera necesario la Sala destacar la necesidad de hacer una interpretación congruente con la finalidad de la norma y en consecuencia, pronunciar su desacuerdo ante la última de las interpretaciones esbozadas por ser claramente contraria al sentido de plenitud de la reserva que hizo la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a favor de esta Sala Político-Administrativa, máxime cuando el detentador originario de la potestad legal de otorgar las referidas concesiones y por tanto para celebrar los correspondientes contratos administrativos era el Municipio, sujeto de derecho cuyos contratos administrativos están sometidos a la jurisdicción exclusiva de esta Sala y así se declara⁴⁹.

De forma que sólo se llevaban a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en especial ante la SPA, la resolución de los asuntos referidos a los contratos calificados como administrativos; mientras que los demás contratos no calificados de “administrativos” eran conocidos por la jurisdicción civil.

Ahora, con la LOJCA sucede algo totalmente distinto: si bien esta ley no establece expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer sobre las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos, consagra, en su artículo 8, el principio de la universalidad del control de dicha jurisdicción sobre la actividad administrativa desplegada por los entes y órganos objeto de control (artículo 7 *ejusdem*), dentro del cual se incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales o **contratos**, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados.

Igualmente, la LOJCA establece, en su artículo 9, que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de “(...) 4. *Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público*”

(resaltado añadido); lo cual incluye “(...) 8. *Las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación en las cuales la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva*”, por los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones establecidas en un contrato suscrito por la administración.

También dispone dicho dispositivo normativo que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa conocerán de “(...) 9. *Las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva, si es de contenido administrativo*”.

Este supuesto sería aplicable en los casos en que la administración demande a su contratante por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato. Ese sería, en principio, el único supuesto en el que la administración debería acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para resolver sus conflictos con el cocontratante, pues en otros casos puede, a través de actos administrativos, ordenar la modificación del contrato, interpretar sus cláusulas, revocar, anular el contrato o declarar su caducidad⁴⁶; sin perjuicio del posterior control jurisdiccional o arbitral que corresponda.

Como se aprecia de lo dispuesto en los numerales 4, 8 y 9 del artículo 9 de la LOJCA, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer tanto de las demandas de los particulares contra la Administración, como -a la inversa- las acciones de contenido administrativo propuestas por ésta contra los particulares, caso en el cual el ente público es actor y el administrado es demandado; lo cual abarca

⁴⁶ Téngase en cuenta que la expresión “*caducidad*” en la teoría de los contratos administrativos, a diferencia de su significado en el derecho civil, alude a la decisión de terminar anticipadamente el contrato administrativo, adoptada por la administración contratante en forma unilateral con efectos ejecutorios, y que se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el cocontratante. Se trata de un acto administrativo sancionatorio por medio del cual se termina anticipadamente el contrato por el incumplimiento imputable al cocontratante (vgr. inobservancia grave y sistemática de sus obligaciones contractuales).

todas las pretensiones que se introduzcan con motivo de los contratos celebrados por la Administración

De tal forma que a partir de la entrada en vigencia de la LOJCA, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer las demandas que se susciten con motivo de los contratos celebrados por la administración, pasó a ser general y referida a todos los casos de responsabilidad contractual, sin importar si se trata de un contrato “administrativo” o no.⁴⁷

Esta ampliación del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa se vio reflejada también en materia arbitral. Junto con la desaparición de la tradicional distinción competencial entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, el arbitraje pasó a proyectarse potencialmente sobre un universo mucho más amplio de relaciones contractuales celebradas por los entes públicos, incluyendo aquellas sometidas predominantemente al derecho común y aquellas regidas por normas de derecho administrativo.

En este contexto, como se dijo antes, la tendencia actual ha sido la de reconocer la validez del arbitraje para la resolución de controversias derivadas de la actividad contractual de la Administración, con independencia de la naturaleza pública o privada del contrato.

2.3.2. Arbitraje en los contratos de derecho privado de la Administración

Dentro de las formas de actuación contractual de la Administración, resulta necesario distinguir -como ya se adelantó- entre los contratos administrativos propiamente dichos y aquellos contratos en los que el ente público actúa sometido al derecho común. En este último, supuesto se ubican los denominados contratos de derecho privado de la Administración, también denominados en la doctrina como actos *iure gestionis*⁴⁸, entendidos como aquellos negocios jurídicos en los que la

⁴⁷ En todo caso, las demandas para obtener la responsabilidad contractual del Estado se sustancian por el procedimiento en primera instancia de las demandas de contenido patrimonial, al cual se accede una vez ha sido agotado el requisito previo del antejuicio administrativo, que se encuentra previsto en la LOJCA en el Título IV, Capítulos I y II Sección primera, artículos 56 al 64, cuyas previsiones tendrán carácter supletorio en los demás procedimientos, de acuerdo con lo previsto en el *único* aparte del artículo 56 *ejusdem*.

⁴⁸ José Antonio Muci Borjas, ob cit., p. 1310.

Administración interviene desprovista de potestades de imperio, situándose en un plano de igualdad negocial frente a su contraparte.

A diferencia del contrato administrativo, en los contratos de derecho privado de la Administración no existe aquí una vinculación directa con la organización de un servicio público ni la necesidad de tutelar de forma inmediata un interés público que justifique la “superioridad jurídica” de la Administración en su actuar.

Estos contratos, que suelen recaer sobre actividades de gestión patrimonial u ordinarias de la Administración, se rigen predominantemente por las normas del derecho civil y mercantil, lo que implica la aplicación de principios como la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y la equivalencia económica de las prestaciones.

En este ámbito, opera una lógica de vinculación negativa a la ley, en virtud de la cual la Administración no actúa bajo un principio de legalidad estricta en sentido positivo, sino que goza de una capacidad general para contratar, siempre que no contravenga el ordenamiento jurídico.⁴⁹

Ello excluye la operatividad de cláusulas exorbitantes, de modo que la Administración no puede modificar unilateralmente el contrato, interpretarlo con efectos vinculantes ni imponer decisiones ejecutorias, sino que requiere del consentimiento de su cocontratante en los mismos términos que un sujeto privado. La relación jurídica se estructura, por tanto, sobre bases paritarias, propias del tráfico jurídico ordinario.

Esta configuración tiene consecuencias directas en materia de resolución de controversias. En efecto, la arbitrabilidad de los contratos de derecho privado de la Administración ha sido tradicionalmente admitida sin mayores objeciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo cual se explica porque, en estos supuestos, el objeto del contrato constituye materia de libre disposición, al no encontrarse comprometidas potestades públicas indisponibles ni funciones de imperio.⁵⁰

Adicionalmente, en este tipo de contratos opera con plenitud el principio de autonomía de la voluntad, lo que faculta a las partes para

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 1307 y ss.

⁵⁰ Véase, entre otros, Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., t. III-A (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 595-96; Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, vol. I, *Parte General* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1977), 493.

sustraer sus controversias del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y someterlas a la decisión de árbitros.

Incluso en aquellos casos en los que la relación jurídica tenga naturaleza mercantil, los tribunales arbitrales pueden conocer integralmente de las controversias derivadas del contrato, incluyendo pretensiones indemnizatorias o de cumplimiento, sin que ello suponga una afectación del orden público administrativo.

En definitiva, al tratarse de relaciones jurídicas en las que la Administración actúa como un particular más, no existe obstáculo jurídico relevante para la incorporación de cláusulas compromisorias, lo que explica que su procedencia haya sido considerada pacífica y prácticamente indiscutida.

Esta aceptación temprana del arbitraje en los contratos de derecho privado de la Administración constituye, además, un punto de partida relevante para comprender la evolución posterior del arbitraje en el ámbito de los contratos administrativos, donde -a diferencia de estos supuestos- sí entran en juego potestades públicas y consideraciones vinculadas al interés general que complejizan su admisibilidad.

2.3.3. Arbitraje en los contratos administrativos

Los contratos administrativos son aquellos que celebra, directa o indirectamente, la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones -central y descentralizada, territorial o funcionalmente- con otro sujeto de derecho -público o privado- para satisfacer una finalidad pública y que son gobernados fundamentalmente por normas de derecho administrativo en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta-, durante su ejecución -cláusulas exorbitantes y preservación del equilibrio económico-, y sometido también al régimen administrativo en lo que respecta al control de legalidad y establecimiento de responsabilidades -jurisdicción contencioso-administrativa y vía arbitral-.⁵¹

Según lo anterior, los contratos administrativos están regidos fundamentalmente por normas de derecho público, tanto en la etapa previa a su formación -licitación, concurso, subasta, aprobación, autorización-,

⁵¹ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Editorial Torino, Caracas, 2001.

como en la fase de ejecución -cláusulas exorbitantes-, y también en la fase de revisión.

Historicamente la jurisdicción contencioso administrativa ha sido la competente para dirimir los conflictos que pueden plantearse a consecuencia del nacimiento, ejecución y terminación de los contratos administrativos que suscribe la Administración Pública.

No obstante, en el ordenamiento jurídico venezolano la arbitralidad de las controversias derivadas de contratos administrativos ha experimentado una evolución relevante, pasando de una concepción inicialmente restrictiva -anclada en la primacía del principio de legalidad y en la indisponibilidad del interés público- hacia un modelo de admisión amplia pero condicionada, en el que el arbitraje se reconoce como un mecanismo legítimo de resolución de conflictos en el ámbito de la contratación pública.

Hoy este reconocimiento se encuentra su fundamento, en primer lugar, en la Constitución de 1999, cuyos artículos 253 y 258 incorporan expresamente los medios alternativos de resolución de conflictos como parte del sistema de justicia y ordenan al Estado promover su utilización. A partir de estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha afirmado no solo la validez del arbitraje en relaciones jurídicas en las que interviene la Administración, sino también su vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al punto de reconocer la existencia de una verdadera tutela arbitral efectiva.

En segundo término, la LAC establece como regla general la arbitralidad de todas aquellas controversias susceptibles de transacción, incluyendo expresamente a las personas jurídicas de derecho público, lo cual extiende su ámbito subjetivo al sector estatal, siempre que la materia objeto de la controversia sea disponible y se respeten los límites derivados del orden público y de las potestades de imperio de la Administración.

En concreto, se consideran arbitrables aquellas controversias que versan sobre derechos de contenido patrimonial y, en general, sobre aspectos vinculados con la ejecución del contrato administrativo, tales como su interpretación, cumplimiento, incumplimiento, responsabilidad contractual o determinación de indemnizaciones. Estas materias, en la medida en que pueden ser objeto de transacción, se sitúan dentro del ámbito de disponibilidad requerido por la legislación arbitral.

En este contexto, el arbitraje se presenta como una **alternativa funcional frente a las limitaciones propias de la jurisdicción contencioso-administrativa**, particularmente en términos de celeridad, especialización técnica y eficacia en la resolución de disputas complejas.

Esta tendencia se ha visto reforzada, como dijimos *supra*, por diversas leyes especiales que han admitido de manera expresa el recurso al arbitraje en sectores específicos de la contratación pública. Así ocurre, según dijimos, en materia de concesiones de obras y servicios públicos, donde se admite el arbitraje para controversias relativas a la ejecución, desarrollo o extinción del contrato, así como en sectores estratégicos como hidrocarburos, minería y operaciones de crédito público, en los que el legislador ha previsto, con distintos matices, la utilización de mecanismos arbitrales como parte del régimen jurídico aplicable.

Ahora bien, la procedencia del arbitraje en los contratos administrativos no es irrestricto. Su validez puede estar condicionada -como veremos- al cumplimiento de requisitos específicos, tales como la obtención de autorizaciones previas o la observancia de formalidades específicas en la inclusión de la cláusula arbitral, según la materia y del ente público que intervenga en la celebración del contrato en cuestión.

Asimismo, el tribunal arbitral carece de competencia para anular actos administrativos o ejercer control de constitucionalidad o legalidad en sentido estricto, limitándose su función a la resolución de controversias dentro del ámbito de disponibilidad jurídica de las partes.

En definitiva, el arbitraje en los contratos administrativos se configura hoy como un mecanismo compatible con el ordenamiento jurídico venezolano, cuya admisibilidad depende de un delicado equilibrio entre, por una parte, la necesidad de garantizar la protección del interés público y, por la otra, la conveniencia de dotar a la contratación estatal de instrumentos eficaces, especializados y confiables para la resolución de las controversias que de ella se derivan.

2.3.3.1. Contratos de interés público

En otras oportunidades hemos definido los contratos de interés públicos como *“aquellos celebrados -directa o indirectamente- por la administración pública nacional, estatal y municipal -central y descentralizada funcionalmente-, con otro sujeto de derecho, cuyo objeto*

*es determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano y que implican la asunción de obligaciones o compromisos que involucran la vida económica y social del Estado*⁵².

Los contratos de interés público conforman una categoría especial de los contratos administrativos, tienen un procedimiento administrativo especial de formación regulado por el derecho público y están igualmente regidos por este tipo de normas, tanto en su ejecución como en lo relativo a su revisión. Todos los contratos de interés públicos -en el sentido que la Constitución ha dado a esa expresión- son contratos administrativos; sin embargo, no todos los contratos administrativos son contratos de interés público.

En efecto, si bien ambos son contratos de derecho público, pues se celebran para satisfacer un interés público, pueden tener incorporadas (tácita o expresamente) cláusulas exorbitantes del derecho común y siguen formalidades especiales para su formación, entre otros elementos; difieren en cuanto al régimen jurídico que se les aplica, ya que los contratos administrativos no están sometidos a aprobación legislativa ni al régimen de inmunidad de jurisdicción, como sí lo están, por mandato constitucional, los contratos de interés público.

El régimen de los contratos de interés público está previsto en los artículos 150, 151, 187.9 y 247 de la Constitución⁵³. Concretamente, el artículo 150 constitucional establece que:

⁵² Véase en Rafael Badell Madrid, “Contratos de interés público”, *ob. cit.*, p. 10.

⁵³ La Sala Constitucional del TSJ, mediante decisión del 24 de septiembre de 2002, caso *Andrés Velázquez y otros*, estableció los criterios para determinar cuándo se está en presencia de un contrato de interés público y dispuso el sentido que debía atribuirse a la expresión “interés público” en los siguientes términos: “...*la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuirse a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estatal o municipal, entendido éste, de acuerdo con el autor Héctor J. Escolá, como “el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos (El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250)”*”.

Artículo 150. La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

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

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

Pese a que el precitado artículo 150 constitucional sólo alude a los “*contratos de interés público*” nacional, estatal y municipal, sin determinar expresamente quién puede celebrar dichos contratos de interés público, debe entenderse que, si bien la *regla general* es que en la calificación de esos contratos se atiende a la entidad territorial, es decir, la República en los contratos de interés público nacional, y a los Estados y Municipios, en los contratos de interés público estatal o municipal, respectivamente; también deben estar incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, los suscritos por las empresas públicas, en cada uno de esos tres (3) niveles territoriales, cuando se afecten de manera directa los intereses nacionales que corresponden a la República⁵⁴.

Por su parte, en el artículo 187, numeral 9, de la Constitución se establece, entre las facultades que le corresponde a la Asamblea Nacional: “9. *Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”.

⁵⁴ Sobre la posibilidad de que entes descentralizados celebren contratos de interés público véase las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ Nro. 953 de fecha 29 de abril de 2003, Exp. 00-0836, caso *C.V.G Electrificación del Caroní (EDELCA)*, y Nro. 1460, de fecha 12 de julio de 2007, caso *BANDAGRO*. En sentido contrario, véase la sentencia Nro. 618 de fecha 20 de julio de 2016, mediante la cual la Sala Constitucional del TSJ, determinó que un potencial contrato de préstamo a ser suscrito por el Banco Central de Venezuela (BCV) con el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), no debía considerarse como un contrato de interés público nacional, por cuanto el mismo había sido suscrito por un ente de naturaleza única, de rango constitucional y parte de la administración con autonomía funcional, en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela.

De los precitados artículos 150 y 187.9 de la Constitución se desprende el sometimiento de la celebración de los contratos de interés público a la aprobación de la Asamblea Nacional en dos supuestos: en primer lugar, en aquellos contratos de interés público nacional que la ley determine y, en segundo lugar, en el caso de los contratos de interés público nacional, estatal o municipal, celebrados con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

Respecto del procedimiento de formación de los contratos de interés público, también hay que tener en cuenta el artículo 247 constitucional, que establece que la Procuraduría General de la República (PGR) será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacionales. Al respecto, la SC del TSJ ha declarado que, si bien tal consulta es obligatoria, las opiniones emitidas por la PGR no tienen carácter vinculante, por lo que una vez que esta haya emitido su pronunciamiento, el órgano que hubiere solicitado su opinión no se encuentra obligado a acoger el contenido del dictamen que ella emita.⁵⁵

Visto lo anterior, podemos entender que los contratos de interés público son aquellas contrataciones:

- (i) realizadas por el Estado, a través de sus entes territoriales, República, Estados o Municipios, e inclusive, de su administración funcionalmente descentralizada, empresas del Estado, institutos autónomos, asociaciones civiles y fundaciones;
- (ii) tienen un objeto determinante para la realización de los fines y cometidos del Estado;
- (iii) tienen una incidencia considerable por su magnitud en los intereses, la economía y finanza del Estado;
- (iv) trascienden las facultades de disposición del órgano, ente o persona jurídico-pública contratante;
- (v) tienen -como veremos de seguidas- incorporada una cláusula de inmunidad de jurisdicción (conocida como cláusula calvo); y,
- (vi) en razón de todo lo anterior, están regidos por normas de derecho público desde la etapa previa a su formación (autorización y aprobación de la Asamblea Nacional; opinión de

⁵⁵ Vid. sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Nro. 1460 de fecha 12 de julio de 2007 caso BANDAGRO.

la PGR), como en su ejecución (cláusulas exorbitantes); y, según el caso, revisión (inmunidad de jurisdicción).

Antes mencionamos que la LOAFSP contempla en el artículo 93 la posibilidad de acudir a arbitraje en materia de contratos que versen sobre operaciones de crédito público, al señalar que: “*Las controversias que surjan con ocasión de la realización de operaciones de crédito público, serán resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia, sin perjuicio de las estipulaciones que se incorporen en los respectivos documentos contractuales, conforme a la Constitución y las leyes aplicables...*”.

Se reserva la competencia de esas controversias al TSJ, sin perjuicio de la posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en esos contratos en los casos en que ello sea procedente *de acuerdo con la naturaleza de los mismos*. De manera que en las operaciones de crédito público -típicamente considerados como de interés público nacional- podría incluirse una cláusula arbitral según la precitada disposición.

Un ejemplo de este tipo de contratos de interés público son los contratos de emisión de bonos de la República y de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), así como los contratos de garantía de esos bonos, si los hubiere.

2.3.3.2. La Doctrina ‘Calvo’ y la relativa inderogabilidad de la jurisdicción en los contratos de interés público

La Constitución de 1999 recoge en el artículo 151 la denominada ‘Doctrina Calvo’, al establecer que en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada -aún cuando no se encuentre expresa en el texto de la contratación- una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

La constitucionalización de la *Cláusula Calvo* en Venezuela tiene su origen en la Constitución de 1893, cuyo artículo 149 dispuso que ningún contrato de interés público celebrado por la República o los

estados podía ser traspasado a gobiernos extranjeros, y que *“las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución serán decididas por los Tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales”*⁵⁶.

Señala Ambrosio Oropeza que la incorporación de esta cláusula en el texto constitucional de 1893 respondió a la necesidad de poner freno a una práctica que durante largo tiempo había afectado a Venezuela: la de los acreedores extranjeros que, al contratar con el Estado, recurrían a la vía diplomática para exigir el cumplimiento o la ejecución forzosa de los contratos, lo que derivaba en el cobro coercitivo de deudas -reales, desfiguradas o supuestas- mediante presiones internacionales o incluso militares. Esta situación se presentó con especial intensidad a raíz de los contratos celebrados por Antonio Guzmán Blanco con inversionistas extranjeros para la construcción de la red ferroviaria nacional, los cuales dieron origen a reiteradas crisis diplomáticas.⁵⁷

Desde entonces, la cláusula fue recogida -aunque con diversos matices- en todas las constituciones posteriores. Varias de ellas (1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945 y 1953) mantuvieron e incluso reforzaron su carácter restrictivo, mientras que la Constitución de 1947 introdujo una innovación importante al disponer que la cláusula solo operaría *“si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”*. Esa fórmula permitió una interpretación más flexible, en virtud de la cual ciertas contrataciones de interés públicos podrían someterse a arbitraje extranjero, redacción que fue retomada por la Constitución de 1961 y que permanece en la vigente Constitución de 1999.

En efecto, el actual artículo 151 constitucional establece lo siguiente:

Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se

⁵⁶ Antes de esa incorporación, la Constitución de 1891, en su artículo 109, preveía -por el contrario- que, en materia de tratados de comercio y amistad, se consideraría incorporada la cláusula según la cual: *“Todas las diferencias entre las partes contratantes deberán decidirse, sin apelación a la guerra, por arbitramento de Potencia o Potencias amigas”*.

⁵⁷ Ambrosio Oropeza, *La nueva Constitución venezolana, 1961*, tercera edición, Editorial Italgráfica, Caracas, 1981. pp. 381 y 382.

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

La lectura restrictiva del artículo *in comento* podría conducir a considerar que en la resolución de los conflictos nacidos en el marco de un contrato de interés público, no tiene cabida el arbitraje, desde que los mismos deben ser resueltos “*por los Tribunales competentes de la República*”. Sin embargo, la norma establece la posibilidad de una solución originada en el acuerdo entre las partes, siempre que ello no sea contrario a la naturaleza de la contratación.

En efecto, el sentido del artículo 151 de la Constitución no es otro que asegurar que el Estado venezolano sea el único competente para conocer de los juicios relacionados con contratos de interés público, siempre que la naturaleza de estos así lo exija. Se trata, pues, de una cláusula destinada a preservar la jurisdicción interna en materias vinculadas con el interés general y, por ende, a garantizar que tales disputas no se sustraigan del control jurisdiccional de la República.

Conviene precisar, no obstante, que la eficacia del artículo 151 constitucional se proyecta solo en el ámbito interno, en cuanto se limita a regular el margen de actuación de los órganos del poder público frente a la posibilidad de aceptar cláusulas contractuales que atribuyan a una jurisdicción extranjera la resolución de controversias derivadas de contratos de interés público, según ello fuere compatible con la propia naturaleza de los mismos.

No resulta procedente, por tanto, que dicha disposición constitucional pueda ser invocada por el Estado venezolano, con el propósito de sustraer un litigio de la competencia de otro Estado o de un tribunal arbitral extranjero al que válidamente se haya sometido la controversia.

Consideramos que, aún en el caso de que los órganos del Estado hayan hecho caso omiso a dicho mandato constitucional, el tribunal extranjero seguiría teniendo jurisdicción para conocer de la causa, toda vez que ésta se encuentra regida por las normas de derecho internacional

público -y no de derecho interno-. Ello no obsta, sin embargo, que la eventual sentencia o laudo arbitral dictada en el extranjero pueda ser considerada violatoria del orden público internacional y, por consiguiente, se le niegue reconocimiento y efectos dentro del territorio nacional.

En todo caso, la posibilidad de someter a arbitraje controversias relacionadas a contratos suscritos con la administración pública calificados como de interés público (Art. 151 constitucional), ha sido admitida por la jurisprudencia de la Sala SC del TSJ. En efecto, en la sentencia número 1.541 del 7 de octubre de 2008, la SC estableció que *“en el contexto constitucional vigente resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la[s] respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente”*.

Este criterio fue ratificado por la misma SC mediante sentencia número 97, de fecha 11 de febrero de 2009, en la cual -siguiendo el criterio establecido por la SPA de la Corte Suprema de justicia en sentencia de fecha 17 de agosto de 1999- estableció que la cláusula contenida en el artículo 151 de la Constitución es relativa, al permitir que ciertos contratos de interés público serán dirimidos mediante arbitraje, cuando éste fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de la contratación.

De manera que el arbitraje en este tipo de contratos no es inconstitucional en sí mismo, sino que su admisibilidad debe evaluarse según el caso, atendiendo al régimen jurídico aplicable, al tipo de relación jurídica que se configura y a si la materia objeto del contrato es disponible.

2.3.3.3. *Lex causae* de los contratos administrativos

Como punto de partida, debe afirmarse que los contratos administrativos se encuentran primordialmente regidos por el derecho público venezolano, en virtud del principio de legalidad que disciplina la actuación de la Administración. Este principio implica que las potestades, prerrogativas y límites que caracterizan la contratación administrativa -incluyendo las denominadas cláusulas exorbitantes- tienen un

fundamento normativo indisponible, lo que excluye, como regla general, la posibilidad de sustituir el derecho administrativo nacional por un ordenamiento extranjero en lo que respecta al fondo del contrato.

En consecuencia, aun en supuestos en los que la controversia sea conocida por tribunales arbitrales internacionales -regidos por reglamentos institucionales extranjeros o desarrollados bajo reglas procesales *ad hoc*-, estos se encuentran obligados a aplicar las normas sustantivas del derecho administrativo venezolano que delimitan la actuación del ente público, sin que pueda entenderse válidamente desplazado dicho ordenamiento por la sola voluntad de las partes.

No obstante, el propio sistema constitucional y legal venezolano admite espacios de apertura que matizan esta regla general.

En primer lugar, consideremos que el mencionado artículo 151 de la Constitución dispone que las controversias relativas a contratos de interés público serán decididas por los tribunales de la República, *salvo que ello no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza del contrato*. Como dijimos, esta cláusula constitucional permite adoptar el principio de inmunidad relativa de la jurisdicción, lo que habilita a que, en determinados supuestos, los entes públicos queden sujetos a jurisdicciones extranjeras o tribunales arbitrales y se pueda establecer la aplicación de la ley extranjera para dichos contratos.

Esto ocurre, por ejemplo, en contratos vinculados a operaciones de crédito público, financiamiento internacional, contratos petroleros o en ciertas modalidades de concesión, donde resulta habitual la incorporación de cláusulas que prevén arbitraje internacional o la aplicación de estándares jurídicos extranjeros. En estos casos, la Administración actúa en contextos en los que la lógica de los mercados internacionales exige atenuar su posición de supremacía, aproximándola a esquemas de mayor equilibrio negocial.

A nivel legal, el DLCP constituye, en términos generales, la norma especial que rige el contenido sustantivo de los contratos administrativos en Venezuela, en cuanto establece los principios, procedimientos y reglas aplicables a su formación, ejecución y terminación, configurándose así como el referente normativo primario para la determinación de la *lex causae* en las controversias derivadas de la contratación pública sometida al derecho administrativo.

No obstante, esta regla general admite excepciones relevantes en sectores sometidos a regímenes jurídicos especiales. Así ocurre, de manera particularmente significativa, en materia de hidrocarburos, donde la reforma de la LOH de 2026 introdujo exclusiones expresas del ámbito de aplicación del DLCP respecto de determinadas categorías contractuales, como las celebradas por empresas mixtas o por empresas de exclusiva propiedad de la República y sus filiales para la ejecución de actividades primarias.

En estos supuestos, la consecuencia no es la deslegalización del régimen contractual ni la apertura a una plena autonomía de la voluntad, sino la sustitución de la normativa general por un régimen especial sectorial. En efecto, la *lex causae* de estos contratos continúa siendo -en principio- de derecho público venezolano, pero se encuentra determinada preferentemente por la legislación especial en materia de hidrocarburos, sus disposiciones reglamentarias y los lineamientos dictados por la Administración competente, quedando el DLCP desplazado en cuanto norma aplicable al fondo de la relación.

Esta modulación resulta particularmente relevante en sede arbitral, pues implica que el tribunal arbitral no puede aplicar automáticamente el régimen general de contratación pública, sino que debe identificar y aplicar el marco normativo especial que rige la relación contractual concreta. En consecuencia, la resolución de controversias en este ámbito debe atender a las particularidades del sector, sin perjuicio de la vigencia de principios generales como la legalidad, la transparencia, la eficiencia y la protección del interés general, que continúan informando la actuación contractual del Estado incluso bajo regímenes especiales.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad, aunque limitada en el ámbito administrativo, puede operar en estos supuestos para permitir que las partes acuerden expresamente determinados aspectos del régimen jurídico aplicable, siempre que no se desconozcan normas imperativas de derecho público. En todo caso, la validez de tales estipulaciones exige una manifestación expresa, clara e inequívoca, no siendo admisible su deducción por vía interpretativa.

Por otra parte, el derecho internacional puede incidir sobre los contratos administrativos no tanto como derecho rector directo del

contrato, sino como un marco de control o de responsabilidad del Estado. En particular, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscritos por Venezuela establecen estándares de protección -como el trato justo y equitativo o la prohibición de expropiaciones sin indemnización- que pueden ser invocados por inversionistas extranjeros en sede arbitral internacional.⁵⁸

En tales escenarios, el contrato continúa regido por el derecho interno, pero las actuaciones de la Administración pueden ser examinadas a la luz del derecho internacional, generando responsabilidad estatal en caso de incumplimiento de dichos estándares.

2.4. El acuerdo arbitral como presupuesto del arbitraje administrativo

La doctrina ha determinado que para que exista arbitraje propiamente dicho, es necesaria la concurrencia de tres elementos esenciales como son la voluntariedad, la exclusión de la vía judicial y la determinación y elección de los árbitros que resuelven la cuestión litigiosa⁵⁹.

Esto no es diferente en el arbitraje en derecho administrativo. En efecto, en el arbitraje en derecho administrativo debe existir un acuerdo arbitral previo, definitivo y claro, además de terceros imparciales que diriman -fuera de la jurisdicción ordinaria- la controversia a través de una decisión final.

Concretamente, el acuerdo arbitral en las controversias donde una de las partes es la Administración pública, nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada, con forma de derecho público o de derecho privado, constituye la puerta de acceso a la resolución de controversias mediante arbitraje administrativo.

El acuerdo arbitral es el instrumento de naturaleza contractual y de carácter vinculante para las partes que lo suscriben, mediante el cual éstas se comprometen voluntariamente a someter una o varias disputas

⁵⁸ Sobre este tema véase en José Ignacio Hernández González, “Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Nro. 10, Caracas, 2016. Pp. 69-94.

⁵⁹ Véase en Javier Guillén Caramés, “Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo”, *Revista de Administración Pública*, No. 166. Madrid, 2005. pp. 366-367.

al conocimiento de árbitros especializados en materias sustantivas específicas y renuncian a acudir a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Esa voluntariedad, como elemento indispensable para resolver controversias mediante árbitros, se concreta a través de un compromiso arbitral, que ha sido definido por el artículo 5 de la LAC como “*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*”.

De conformidad con el mismo artículo 5 de la LAC, en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, de forma que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

Igualmente, el artículo 5 de la LAC, previamente citado, deja claro que el acuerdo de arbitraje tiene dos formas de expresión en las cuales puede manifestarse, esto es, una cláusula incluida en un contrato (cláusula arbitral) o un acuerdo de arbitraje independiente. Ambos surten el mismo efecto: someter la resolución de todos o determinados tipos de controversias entre las partes que lo suscriben al conocimiento de árbitros.

Sobre esto último hay que considerar que, si el arbitraje tiene fundamento contractual, éste sólo ha de vincular -en principio- a aquellos que han suscrito el acuerdo arbitral en virtud del principio de relatividad de los contratos, previsto en el artículo 1.166 del CC, conforme el cual “*Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley*”. En este particular supuesto, el arbitraje podría excluir eventualmente la participación de otros sujetos con interés legítimo y actual en la controversia.

El acuerdo arbitral entonces “*es un contrato en el cual sus partes se comprometen a someter a decisión de árbitros la delimitación de los derechos y obligaciones disponibles y controvertidos, surgidos o que puedan surgir entre ellas con motivo de un contrato diferente al propio acuerdo de arbitraje o de una obligación de índole extracontractual*”⁶⁰.

⁶⁰ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011. p. 41.

En todo acuerdo arbitral -incluido el celebrado con personas jurídico-públicas-, las partes no solo pueden pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje, sino también convenir expresamente las normas que regirán el procedimiento arbitral (*lex fori*), las cuales regularán aspectos esenciales como la admisibilidad de la demanda, los plazos, la práctica de pruebas y demás fases del proceso. En caso de que no se hubiere establecido una norma procesal aplicable, el procedimiento se regirá por las reglas del país donde tenga su sede el arbitraje, conforme al principio de supletoriedad.

2.4.1. Requisitos del acuerdo arbitral

A partir de la premisa de que el acuerdo arbitral es un contrato *“debe exigirse para su validez los mismos presupuestos que un contrato, a saber, la manifestación del consentimiento de las partes, que dichas partes tengan capacidad para contratar, que el objeto pueda ser materia del contrato y que la causa sea lícita”*⁶¹.

El arbitraje en derecho administrativo supone, desde el punto de vista subjetivo, que al menos una de las partes en conflicto sea una Administración pública. Esto implica la exigencia legal de requisitos que no están contemplados en el arbitraje estrictamente comercial. En razón de esto conviene formular algunas consideraciones sobre su consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa del pacto arbitral, así como sus requisitos formales, con especial énfasis en el ámbito del derecho público venezolano.

2.4.1.1. El consentimiento en el acuerdo arbitral

El consentimiento constituye un elemento fundamental del acuerdo arbitral, cuya existencia y validez exige una manifestación de voluntad libre, **expresa, clara, definitiva e inequívoca** por parte de quienes se obligan. Esto cobra especial relevancia en el caso de personas jurídicas estatales, en las que el consentimiento debe formarse mediante procedimientos formales que aseguren su legalidad y conformidad con

⁶¹ Urimare Ascanio, “Validez y excepciones de la cláusula arbitral en contratos con empresas públicas en el derecho venezolano y comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, No. 72, Caracas, 2019. s/n. Disponible en: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4145/3504>

los principios del derecho público. Esta exigencia ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia venezolana, en atención a que la suscripción de una cláusula arbitral comporta una renuncia voluntaria -aunque limitada- a la jurisdicción ordinaria del Estado, que es la contencioso-administrativa, lo cual solo puede justificarse si hay una voluntad contractual suficientemente demostrada⁶².

En tal sentido, la LAC en el artículo 4 somete a un régimen especial de arbitrabilidad subjetiva a las empresas públicas⁶³, conforme al cual:

Artículo 4. Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, Los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).

De manera que, salvo disposición legal en contrario, cuando se trate de un acuerdo arbitral suscrito por una sociedad en las que la Administración pública, nacional, estatal o municipal centralizada o descentralizada, con forma de derecho público o de derecho privado tenga participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, para manifestar el consentimiento para someterse a arbitraje, deberán observarse, adicionalmente, los requisitos exigidos por el artículo 4 de la LAC, a saber:

- (i) documento en el conste la aprobación del órgano estatutario competente;

⁶² Vid. Sentencia de la SPA del TSJ Nro. 00233 del 11 de marzo de 2015, caso: *Banco del Caribe, C.A. Banco Universal (BANCARIBE)*

⁶³ De conformidad con el artículo 103 del DLOAP, se entiende por empresas del Estado las “*personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social*”.

- (ii) autorización escrita del ministro de tutela;
- (iii) especificación del tipo de arbitraje al que se someten las partes; y
- (iv) indicación del número de árbitros, que siempre deberá ser superior a tres (3).

Esos condicionamientos o limitantes responden a la adopción por el legislador del principio de derecho público de restricción a la autonomía de la voluntad por razones de interés general. Conforme este principio, aunque el Estado puede crear entes con figuras de derecho privado para cumplir sus fines, dichos entes no gozan de la misma libertad jurídica que los particulares. Esto se debe a que, al estar comprometido el interés público, su actuación debe ajustarse a límites que garanticen el cumplimiento de los fines estatales y la sujeción al principio de legalidad.⁶⁴

A diferencia de las sociedades de derecho privado, en las que basta la actuación del representante legal para obligarlas válidamente mediante una cláusula arbitral, en el caso de las empresas del Estado no es suficiente la simple manifestación de voluntad de su representante. Se requiere, además, el cumplimiento de otros requisitos y autorizaciones específicas que garanticen que dicho compromiso no contravenga los límites impuestos por el interés público y el principio de legalidad.

Conforme a esas exigencias, el acuerdo arbitral celebrado por una empresa del Estado debe especificar expresamente el tipo de arbitraje al que se someterán las partes, ya sea nacional o internacional, y si será institucional o *ad hoc*. En todo caso, tratándose de arbitraje administrativo, el procedimiento deberá ser, como dijimos, de derecho, en razón del principio de legalidad que rige la actuación de los entes públicos. Asimismo, en el acuerdo arbitral debe indicarse el número de árbitros que conformarán el tribunal arbitral, el cual no podrá ser inferior a tres (3), conforme lo exige el artículo 4 de la LAC.

Para la validez de un acuerdo arbitral en el que es parte una empresa del Estado, se requiere la concurrencia de tres (3) voluntades -expresada mediante actos administrativos- de distintos órganos y entes de la Administración pública, a saber:

⁶⁴ Para un estudio sobre la materia véase en Coralia Indriago González, “El Acuerdo Arbitral de Empresas del Estado según la Ley de Arbitraje Comercial”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* Nro. 12, Caracas, 2024. Pp. 159-175.

- (i) la suscripción del acuerdo por el representante legal de la empresa del Estado, conforme a lo establecido en sus estatutos;
- (ii) la autorización del órgano estatuario competente dentro de la estructura interna de la propia empresa -como la junta directiva- que apruebe de forma expresa el sometimiento al arbitraje; y
- (iii) la aprobación del ministerio al cual se encuentra adscrita o bajo cuya tutela opera la empresa estatal, que debe autorizar expresamente su participación en el acuerdo arbitral. La ausencia de cualquiera de estas voluntades impide, en principio, que pueda formarse la voluntad de una empresa pública para celebrar válidamente un acuerdo arbitral, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LAC.⁶⁵

Sobre este particular, la SPA del TSJ, en sentencia número 4 del 11 de enero de 2006, caso: *CADAFE vs. Seguros Horizonte, C.A.*, reiteró la necesidad de que cuando se trate de empresas del Estado, se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 4 de la LAC para la validez del acuerdo arbitral. La SPA sostuvo, con ocasión de una controversia en la que se cuestionaba la validez de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado por una empresa de Estado, que:

(...) si bien en el caso de autos, las partes, en uso del principio de autonomía de la voluntad decidieron someter las controversias que pudieran surgir entre ellas con ocasión del contrato al conocimiento de los tribunales arbitrales, no lo es menos que no se cumplió con el requisito establecido en el artículo anteriormente citado, por cuanto no consta en el expediente documento alguno que demuestre que en efecto, tanto el Ministerio de Energía y Petróleo como el Ministerio de la Defensa, hayan emitido dicha autorización configurándose de esta manera la imposibilidad de las partes para comprometer en árbitros la controversia.

En consecuencia, la SPA determinó que, al no haberse cumplido los requisitos legales exigidos, las partes no estaban facultadas para someter la controversia a arbitraje, lo que conllevaba la invalidez de la

⁶⁵ *Ibidem*, p. 164.

cláusula compromisoria y, por tanto, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del caso.

Hay que aclarar, no obstante, que dentro del capítulo IV de las disposiciones transitorias de la LAC, se incluyó el artículo 50 que refiere a los compromisos arbitrales celebrados por las empresas públicas antes de la entrada de vigencia de la ley. Dicho artículo establece textualmente lo siguiente:

Artículo 50. Los acuerdos de arbitraje en los cuales alguna de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, suscritos antes de la fecha de la promulgación de esta Ley, no requerirá para su validez del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 4º de esta Ley.

De acuerdo con lo anterior, los acuerdos arbitrales suscritos por las empresas del Estados antes de la promulgación de la LAC no requieren para su validez el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4 *ejusdem* antes comentados.

Pese a lo anterior, la SPA del TSJ, en sentencia Nro. 855 de fecha 5 de abril de 2005, caso: *Compañía Anónima Venezolana de Televisión (C.A. V.T.V.) vs. Electronica Industriale S.P.A*, en detrimento de la ley y de la seguridad jurídica, sostuvo que en los acuerdos arbitrales celebrados por empresas del Estado era necesaria la autorización del Ministerio de adscripción para su validez, incluso cuando dichos acuerdos se hubiesen celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la LAC.

Para el caso en cuestión, la Sala argumentó que, en lugar del referido artículo 50 de la LAC, resultaba aplicable preferentemente la Ley Orgánica de la Administración Central, que para la fecha de suscripción del contrato regulaba el control que podía ejercer la República a través de sus ministerios. En tal sentido, estableció lo siguiente:

De esta manera, la Sala estima que en un contrato suscrito por una empresa donde el accionista mayoritario es la República,

donde quien aportó el dinero para cancelar las obligaciones de esa empresa del Estado fue la República de Venezuela, y no la propia empresa, se debió convocar al Ministro de Adscripción, en este caso, al Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, a fin de que se diera la autorización especial correspondiente para la suscripción de la cláusula arbitral y en definitiva del texto del contrato. Así se establece.

2.4.1.2. Capacidad para comprometer en árbitros

En cuanto a la capacidad de las partes para comprometer en árbitros, si bien la LAC no establece requisitos específicos al respecto, la incapacidad es causal de nulidad del laudo, conforme a lo previsto en el literal a) del artículo 44 *ejusdem*, conforme el cual:

Artículo 44. La nulidad del laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

a) 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.

De tal manera que la capacidad es un elemento de validez de la cláusula arbitral. En nuestro ordenamiento jurídico, *“la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, encontrándose enunciado en el artículo 1.143 del Código Civil, el cual es aplicable para el caso del arbitraje”*⁶⁶.

Este requisito, además, tiene carácter de orden público, por cuanto las reglas que determinan la capacidad contractual son inderogables y no pueden ser suplidas ni siquiera por el consentimiento de las partes. En el caso de las personas jurídicas del Estado, con o sin forma de derecho público -como lo dispone el artículo 19 del Código Civil-, estas gozan de personalidad jurídica propia, son capaces de ser titulares de derechos y obligaciones y, por tanto, pueden celebrar contratos válidamente.

No obstante, la capacidad de la Administración para obligarse mediante contratos arbitrales puede estar condicionada por exigencias legales específicas, atendiendo a su naturaleza y al régimen jurídico que le es aplicable.

⁶⁶ Urimare Ascanio, ob. cit.

Lo anterior no quiere decir que la Administración pública requiera de habilitación o autorización legislativa expresa para comprometerse en árbitros. En la medida en que la posibilidad de recurrir al arbitraje constituye una manifestación de su función de administración general, debe entenderse que la Administración pública posee esta facultad de forma directa y originaria. Como se ha sostenido en la doctrina: “*la Administración pública no necesita autorización alguna del legislador para recurrir al arbitraje, cuando este sea jurídicamente admisible; y cuando el arbitraje sea improcedente, el legislador carece de atribuciones para autorizarlo*”⁶⁷.

En ese orden de ideas, corresponde ahora examinar la viabilidad de incorporar cláusulas arbitrales en contratos suscritos por otros entes públicos descentralizados distintos de las empresas del Estado, como podría ser el caso institutos autónomos -y dentro de ellos, la CVG-, e incluso en aquellos celebrados directamente por los propios entes políticos territoriales.

La doctrina ha señalado que el referido artículo 4 de la LAC no contiene referencia expresa sobre la posibilidad de incorporar un acuerdo arbitral en contratos celebrados de forma directa por sujetos de derecho público, distintos a las sociedades con participación estatal⁶⁸. No obstante, esta posibilidad se encuentra prevista de manera específica en ciertas leyes especiales y, de forma general, en nuestro ordenamiento jurídico.

Tengamos en cuenta de nuevo el artículo 21 del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, que prevé la posibilidad de que la CVG -y no solo sus empresas filiales- puedan celebrar acuerdos arbitrales; facultad que, de hecho, ha sido ejercida en la práctica en diversas oportunidades.

De manera más amplia, debe recordarse que la actividad contractual de la administración puede ser ejercida por una administración pública, nacional, estatal o municipal centralizada o descentralizada, con forma de derecho público o de derecho privado.

⁶⁷ Miguel S. Marienhoff, ob. cit., p. 599.

⁶⁸ Irene Loreto González, “Los requisitos de validez del acuerdo de arbitraje en las empresas del sector público”, *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, CACC – CEDCA- CEA, Caracas, 2013. p. 561.

En particular, las administraciones constituidas como sujetos de derecho público también desarrollan actividad contractual, la cual se encuentra regulada de manera general por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, cuyo objeto es determinado por el artículo 1 de la forma que sigue:

El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, tiene por objeto regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos al Presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía.

También debe tomarse en consideración el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas que, a tenor de lo previsto en el artículo 3, alcanza a los siguientes sujetos:

- 1. Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal, Municipal, Central y Descentralizado.**
2. Las Universidades Públicas.
3. El Banco Central de Venezuela.
4. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo.
5. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior.
6. Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración éstas tengan participación mayoritaria.
7. Los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos. (Resaltado añadido).

De las disposiciones anteriormente citadas resulta evidente que los sujetos de derecho público también pueden celebrar directamente, sin intervención de forma societaria o asociativa alguna, contratos administrativos. El fundamento que permite a otros sujetos de derecho público celebrar contratos administrativos se encuentra también en el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas⁶⁹ que establece lo siguiente:

En los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras que se encuentren en el marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados excluidos de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, en los cuales se deberán aplicar las demás disposiciones legales que regulen la materia de contratación pública, a los fines de garantizar la participación nacional y establecer las garantías para las operaciones realizadas con la actividad contractual.

De modo que el artículo 5 del referido Reglamento debe ser entendido en el sentido de asumir que *“el criterio de que aplicar las demás disposiciones legales que regulen la materia de contratación pública, significa aplicar la LAC, ya que prevé su aplicación sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente”* (Artículo 1º)⁷⁰.

Así, cuando un sujeto de derecho público que no revistan forma societaria -ya sea un ente político territorial o integrante de la Administración pública descentralizada funcionalmente- celebre un contrato con una empresa nacional o extranjera, y se haya pactado un compromiso arbitral, éste deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 4 de la LAC, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en tratados internacionales vigentes en la materia.

En estos casos, tratándose de sujetos de derecho público que no revisten forma societaria debe entenderse que, al no estar constituidos como sociedades mercantiles, no disponen ordinariamente de una “junta directiva”. No obstante, por aplicación analógica del artículo 4 de la

⁶⁹ Publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009.

⁷⁰ Irene Loreto González, ob. cit., p. 562.

LAC, puede sostenerse que la decisión de someter las controversias a arbitraje debe ser adoptada por el órgano superior competente dentro de su estructura organizativa, mediante acto formal aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros.⁷¹

Ahora bien, cuando se trata de arbitrajes en derecho administrativo deben tomarse en consideración las normas especiales sobre la capacidad de pactar arbitrajes que resultan aplicables a los órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal.

En lo que se refiere a la República, debe tomarse en consideración el artículo 12 del DLOPGR que establece que “*Los contratos a ser suscritos por la República que establezcan cláusulas de arbitraje, tanto nacional como internacional, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República*” (negritas añadidas). Esta norma, a nuestro juicio, califica como un requisito sustancial derivado de las prerrogativas del Estado en materia de contratos administrativos.

Para cumplir con lo previsto en el artículo 12 del DLOPGR, las máximas autoridades de los órganos del Poder Público Nacional deberán “*remitir a la Procuraduría General de la República los proyectos de contratos a suscribirse, con sus respectivos soportes y la opinión de la Consultoría Jurídica, la cual debe hacer pronunciamiento expreso, sobre la procedencia de las cláusulas de arbitraje nacional o internacional*” (artículo 13 DLOPGR).

Este requisito, visto desde la perspectiva de la capacidad para comprometer en árbitros a la República, debe examinarse a la luz de lo dispuesto en los artículos 5 y 82 del DLOPGR.

El artículo 5 regula la capacidad de los funcionarios públicos que, en ejercicio de sus funciones pretendan, entre otras cosas, comprometer en árbitros asuntos relacionados con derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, la cual está supeditada a la opinión previa y expresa -lógicamente favorable- de la PGR. Además, esta norma establece la responsabilidad administrativa, civil y penal del funcionario que incumpla la obligación contenida en esta norma. En efecto, el artículo 5 dispone que:

⁷¹ *Ibidem*, p. 563.

Artículo 5. Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que, en el ejercicio de sus atribuciones pretendan suscribir en sede administrativa convenimientos, desistimientos, **compromiso en árbitros**, conciliaciones, transacciones, o cualquier otro acto de disposición relacionados directamente con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, deberán solicitar opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República.

El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo acarreará al funcionario que realice el acto, las responsabilidades administrativas, civiles y penales que le sean imputables, por los daños causados a los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República. (Resaltado nuestro).

Por otra parte, el artículo 82 del DLOPGR establece una limitación a las facultades de los abogados que representen los intereses de la República quienes, para comprometer en árbitros a la República también deberán contar con la autorización expresa del Procurador General de la República en los términos que siguen:

Artículo 82. Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir, **comprometer en árbitros**, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo. (Resaltado nuestro).

En este sentido la SPA del TSJ, en sentencia número 1.209 de fecha 25 de noviembre de 2010, calificó como una formalidad sustancial la remisión previa a la PGR de los proyectos de contratos con cláusulas de arbitraje, junto con sus soportes y la opinión de la Consultoría Jurídica. Esta exigencia se fundamenta en que tales actos pueden comprometer el patrimonio de la República y, por tanto, trascienden el interés de las partes.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la misma jurisprudencia de la SPA del TSJ ha pretendido extender tal prerrogativa, propia de la República, a las empresas públicas o empresas privadas intervenidas por el Estado. En efecto, en sentencia Nro. 545 de fecha 23 de mayo

de 2016, caso: *ABA TITULARIZADORA DE VALORES, S.A.*, la SPA sostuvo la ineficacia jurídica de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado originalmente por una sociedad mercantil intervenida y en proceso de liquidación, bajo el argumento de que su representante actual (el Coordinador del proceso de liquidación, designado por el Estado) no había participado en la formación del contrato; y “*que aun cuando así fuese debía mediar la opinión expresa de la Procuraduría General de la República acerca de la procedencia de la cláusula*”.

Esta interpretación podría considerarse incorrecta, si partimos de la consideración de que sociedades mercantiles de derecho privado -aunque se encuentren intervenidas o en proceso de liquidación bajo tutela estatal- conservan su personalidad jurídica, distinta e independiente de la República como sujeto de derecho público. En tal sentido, no puede considerarse que, por el hecho de estar bajo control estatal, tales entidades queden sujetas automáticamente a las otorgadas excepcionalmente y de forma exclusiva a los órganos del Poder Público Nacional, como lo son las contenidas en los artículos 5, 12, 13 y 82 del DLOPGR.

Ahora bien, cuando se trata de comprometer en árbitros a un estado, es necesario considerar lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LODDT)⁷², el cual establece que los estados gozan de las mismas prerrogativas que la República.

Si bien esta disposición no desarrolla expresamente un régimen específico en materia de arbitraje, debe entenderse *mutatis mutandis* que dichas prerrogativas deben ser ejercidas de acuerdo con la lógica institucional y la estructura competencial de cada entidad federal. En tal sentido, la función consultiva que ejerce la Procuraduría General de la República en los contratos arbitrales de la República debe, en el ámbito estatal, ser asumida por las respectivas Procuradurías Generales de Estado.

Este criterio ha sido expresamente acogido por algunas leyes estatales. Por ejemplo, la Ley de la Procuraduría General del Estado de Monagas⁷³ establece, en sus artículos 5, 11 y 66, que tanto en sede

⁷² Publicada en Gaceta Oficial No. 39.140 del 17 de marzo de 2009.

⁷³ Ley de la Procuraduría General del Estado de Monagas (G.O. Monagas Nro. Extraordinario De fecha 12 de julio de 2002)

administrativa como en juicio, los funcionarios públicos deben solicitar y obtener la opinión previa, expresa y favorable del Procurador General del Estado para comprometer en árbitros, incluyendo los contratos que contengan cláusulas de arbitraje nacional o internacional. Dicha autorización -según el caso- debe ser precedida por una instrucción escrita del Gobernador.

De igual manera, la Ley de la Procuraduría General del Estado Bolivariano de Mérida⁷⁴ establece en su artículo 12 que los actos de convenimiento como el arbitraje requieren opinión previa y favorable de la Procuraduría General del Estado, mientras que el artículo 110 condiciona tal consentimiento a la autorización expresa del Procurador, y del órgano competente, sea el Gobernador, el Consejo Legislativo o el órgano de control fiscal, según corresponda.

De modo que, tratándose de contratos y compromisos arbitrales celebrados por los estados, corresponde a sus Procuradurías Generales ejercer funciones equivalentes a las previstas para la Procuraduría General de la República, como prerrogativa procesal en materia arbitral.

En cuanto a los municipios, es importante observar las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)⁷⁵, en particular el artículo 157 que requiere que el síndico procurador municipal sea autorizado por el alcalde o por la autoridad competente de la entidad municipal para comprometer en árbitros. En efecto, el artículo 157 establece que:

Artículo 157. El síndico procurador o síndica procuradora municipal o el apoderado judicial de la entidad municipal, no podrá convenir, desistir, transigir **ni comprometer en árbitros sin la previa autorización dada por escrito por el alcalde o alcaldesa, o por la autoridad competente de la respectiva entidad municipal.** Las ordenanzas respectivas podrán requerir la previa autorización del Concejo Municipal al alcalde o alcaldesa, cuando el monto comprometido supere el equivalente de las unidades tributaria señaladas en ellas. (Resaltado nuestro).

⁷⁴ Ley de la Procuraduría General del Estado Bolivariano de Mérida (G.O. Mérida Nro. 4694, de fecha 27 de enero de 2022).

⁷⁵ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en Gaceta Oficial Extraordinario No 6.015 del 28 de diciembre de 2010.

Por otra parte, el artículo 95.14 de la LOPPM establece uno de los deberes y atribuciones del Concejo Municipal consiste en autorizar al alcalde, una vez escuchada la opinión del síndico procurador municipal, para comprometer en árbitros. El artículo 95 es del siguiente tenor:

Artículo 95. Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal: (...) 14. Autorizar al alcalde o alcaldesa, oída la opinión del síndico o síndica municipal, para desistir de acciones y recursos, convenir, transigir y **comprometer en árbitros**. (Resaltado nuestro).

Es así como, en cada caso particular, deberá examinarse si el acuerdo arbitral suscrito por sujetos de derecho público ha sido suscrito por un funcionario público o abogado con facultades que le permitan comprometer en árbitros a la República, los Estados o los Municipios. De lo contrario, el acuerdo arbitral no será válido y por lo tanto no podrá ser ejecutado.

Ahora bien, estas prerrogativas conferidas a los entes estatales generan, como se desarrollará más adelante, **una clara asimetría procesal**, al otorgarles ventajas significativas frente a sus co-contratantes. En efecto, amparado en estas prerrogativas, el Estado puede intentar sustraerse del arbitraje alegando la ausencia de autorizaciones internas, incluso cuando ha expresado formalmente su voluntad de someterse a este mecanismo; es decir, que tales exigencias pueden ser instrumentalizadas por la Administración para desconocer acuerdos arbitrales válidamente pactados, invocando formalidades cuya omisión le es atribuible.

En todo caso, sobre la interpretación del consentimiento en los acuerdos arbitrales, parte de la doctrina ha propuesto un sistema basado en tres (3) principios interpretativos -que adquieren especial relevancia ante conductas evasivas por parte de la Administración-: (i) la buena fe, que orienta la búsqueda de la verdadera intención de las partes ante cláusulas arbitrales ambiguas; (ii) el efecto útil, que favorece la interpretación que permita la eficacia del acuerdo arbitral; y (iii) el principio *contra proferentem*, que impide a quien redactó unilateralmente la cláusula arbitral invocar ambigüedades en su favor para evadir el arbitraje.⁷⁶

⁷⁶ Urimare Ascanio, ob. cit.

2.4.1.3. Arbitrabilidad: Del objeto materia de arbitraje

El arbitraje en derecho administrativo tiene límites definidos por el ordenamiento jurídico, que se hallan precisamente en el concepto de arbitrabilidad, esto es, la capacidad de una controversia para ser resuelta a través de arbitraje. El legislador venezolano estableció en el artículo 3 de la LAC las controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje. Dicha norma dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 3. *Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.*

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) *Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;*
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme. (cursivas añadidas).

Hay que tener en cuenta que ese artículo 3 de la LAC, al establecer las materias excluidas del arbitraje, es anterior a la Constitución de 1999 y, por tanto, la interpretación debe armonizarse con el nuevo marco constitucional. Debe recordarse, en efecto, que el marco constitucional vigente integró al arbitraje dentro del sistema de justicia (artículo 253) y que ha sido catalogado por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26), cuyo ejercicio debe promoverse conforme al artículo 258 constitucional.

En consecuencia, los límites a la arbitrabilidad deben ser entendidos de manera restrictiva, privilegiando el principio pro arbitraje y descartando interpretaciones rígidas que excluyan del arbitraje materias disponibles, aun cuando involucren a entes públicos, siempre que no afecten competencias indelegables ni se trate de materias de orden público sustantivo.

En tal sentido, la primera conclusión que puede extraerse de dispositivo normativo *in comento* sobre las materias excluidas del arbitraje es su carácter taxativo, de manera que todos aquellos supuestos no dispuesto como controversias inarbitrables, pueden ser sometidos al conocimiento de árbitros, para lo cual resultará indispensable que las partes en conflicto suscriban un acuerdo de arbitraje.

En segundo término, el referido artículo 3 establece, como regla general de arbitrabilidad, que *puede someterse a arbitraje toda controversia susceptible de transacción que surja entre personas capaces de transigir*.

De conformidad con el Código Civil (CC)⁷⁷, se entiende por transacción el contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, terminan o previenen un litigio (artículo 1713 CC); lo que implica que dichas partes deben tener la posibilidad de renunciar, total o parcialmente, a determinadas pretensiones en favor de una solución consensuada. Por consiguiente, para que una transacción sea válida, se requiere que las partes tengan capacidad para disponer de los bienes o derechos comprendidos en ella (artículos 1714 del CC y 3 de la LAC).

Ahora bien, en materia de derecho público, la doctrina ha advertido importantes limitaciones respecto al concepto de disponibilidad del objeto litigioso, particularmente por efecto del principio de legalidad administrativa y, por tanto, de la competencia administrativa.⁷⁸

El principio de la legalidad administrativa, regulada en los artículos 137 y 141 constitucional, implica el sometimiento de la Administración a la regla de derecho preexistente, tanto en un sentido exógeno, esto es, la que se le es impuesta desde afuera por la Constitución y la Ley, como endógena, constituida por la que emana de su propio seno. El principio de legalidad implica que la Administración no podría actuar sin estar

⁷⁷ Publicado en Gaceta Oficial Nro. 2.290 Extraordinario, del 26 de junio de 1982.

⁷⁸ Allan R. Brewer Carías, *Arbitraje en el sector público...* ob. cit., p. 323.

previamente facultada o autorizada por la ley; y que tal actividad administrativa, para ser legal, no puede ser incompatible con las normas que facultan su acción.

La competencia administrativa, por su parte, es la aptitud legal de los órganos de la Administración, o en otras palabras es el conjunto de facultades, de poderes y de atribuciones que le han sido legalmente asignadas para actuar en sus relaciones con los otros órganos del Estado y con los particulares⁷⁹. De acuerdo con el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)⁸⁰, la competencia administrativa es de ejercicio obligatorio, irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser modificada por acuerdo entre partes; de modo que la competencia no puede ser nunca materia de transacción o de arbitraje.

Aunque es cierto que el principio de legalidad y el carácter irrenunciable de la competencia administrativa imponen límites a la transigibilidad y, por tanto, a la arbitrabilidad de ciertas materias en el ámbito del derecho público, ello no significa que toda actuación administrativa quede excluida del arbitraje.

La Administración, en múltiples ocasiones, está facultada para obrar en el marco de relaciones contractuales, a través las cuales pacta acuerdos y asume derechos y obligaciones frente a los particulares. En todos estos supuestos, es posible identificar materias en las que, sin renunciar a la competencia administrativa ni comprometer el orden público, existe un margen de disponibilidad que admite la aplicación de mecanismos consensuales, como el arbitraje.

a. Inarbitrabilidad de las potestades de imperio

Dado que en el arbitraje administrativo rigen el principio de legalidad y la primacía del interés público, las potestades públicas -por ser de ejercicio obligatorio, indelegable e irrenunciable- no pueden ser objeto de transacción ni, por ende, de arbitraje.

El arbitraje administrativo solo resulta procedente en aquellas materias que sean disponibles para los entes públicos, y no en aquellas que

⁷⁹ Laura Aguerrevere, "Principios constitucionales relativos al ejercicio del poder público," *Apuntes Filosóficos*, vol. 19, nro. 37, 2010. p. 17.

⁸⁰ Gaceta Oficial Nro. 6.147 Extraordinario del 17 de noviembre de 2014.

impliquen el ejercicio directo de potestades de imperio o competencias exclusivas del Estado o de personas o entes de derecho público.

Consecuencia de lo anterior, es la norma según la cual no pueden someterse a arbitraje “*las controversias que directamente conciernan a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público*” (literal b, artículo 3 LAC).

Hay que tener en cuenta que el carácter público de la actividad de la Administración, por el cual ésta está sometida al principio de legalidad y al carácter irrenunciable de la competencia, impide que ni los jueces ni los árbitros puedan sustituirse en el ejercicio de potestades de la Administración; que es la única que tiene competencia -por ejemplo- para producir actos administrativos.

Así, en materia de arrendamiento comercial, ni los jueces ni los árbitros pueden establecer los cánones de arrendamiento en caso de discrepancia entre el arrendador y el arrendatario, toda vez que ello es competencia de la autoridad administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial⁸¹; pero sí pueden conocer de diversas pretensiones según ha reconocido la jurisprudencia del TSJ⁸².

De manera similar, en temas antimonopolios, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer sanciones administrativas por la existencia de prácticas prohibidas, pero sí pueden conocer pretensiones indemnizatorias por los daños y perjuicios ocasionados por dichas prácticas. De lo contrario, se desnaturalizaría la función administrativa y se pondría en riesgo el interés público que la justifica.

Recordemos, sin embargo, que el arbitraje administrativo se produce normalmente con la actividad contractual de la Administración pública, nacional, estatal o municipal centralizada o descentralizada, con forma de derecho público o de derecho privado. En estos arbitrajes se suelen ventilar controversias derivadas de la ejecución, interpretación

⁸¹ Gaceta Oficial Nro. 40.4818 del 23 de mayo de 2014.

⁸² Véase, entre otras, la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 378, del 25 de julio de 2022, caso *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*; en la cual se declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad el artículo 41, literal j, del Decreto-Ley que prohíbe el arbitraje en el contrato de arrendamiento inmobiliario de uso comercial.

y validez de los contratos celebrados por la Administración pública, ya sea que involucren actos administrativos o no.

En efecto, si bien en muchas ocasiones la resolución de los contratos administrativos en sede arbitral lleva al análisis del contrato y de sus cláusulas, hay, sin embargo, otros casos en los que el conflicto se refiere a los efectos de un acto administrativo -separable del contrato- por medio del cual se forma el contrato -acto de adjudicación o buena pro-, o se ejecuta el contrato -acto por medio del cual se modifica el objeto del contrato, se interpreta el contrato, se impone una sanción, se revoca o se declara la caducidad, nulidad o revocatoria del contrato-, o que de alguna manera lesione el derecho del cocontratante de la administración y, en consecuencia, los efectos del acto administrativo debe ser tenido en cuenta por el tribunal arbitral al conocer de los conflictos de naturaleza contractual, pero eso no quiere decir que el Tribunal arbitral se pronuncie sobre la legalidad o no del acto administrativo.

Es claro que los particulares que se han comprometido contractualmente con cualquiera de los entes públicos, pueden resultar lesionados en sus derechos e intereses subjetivos por el incumplimiento de las obligaciones de éstos; pero también dichos particulares pueden resultar afectados por causa de que la Administración dicte, en ejercicio de potestades exorbitantes, un acto administrativo que, si bien es separable del contrato celebrado por la Administración, incide en dicho contrato.

Entre estos actos se incluyen precisamente aquellos actos de la Administración que, aunque no se refieren concretamente al régimen de responsabilidad patrimonial contractual, son dictados por el ente contratante, en el procedimiento formativo de su voluntad de celebrar el contrato -acto de otorgamiento de la adjudicación; la “aprobación” por parte de los órganos de control-; o en uso de las potestades extraordinarias que se le reconocen para introducir modificaciones unilaterales al contrato celebrado (*ius variandi*): interpretar unilateralmente sus cláusulas; controlar y dirigir la gestión del cocontratante; modificar el alcance de las prestaciones convenidas o extinguir el contrato anticipadamente, sea por razones de interés o conveniencia o por incumplimiento del cocontratante.

Comoquiera que en todos estos casos tienen incidencia en la relación contractual sometida a arbitraje, tanto el contrato celebrado por la

administración como el acto administrativo cuyos efectos afectan en este, deben ser tenido en cuenta por el tribunal arbitral en cuestión.

En efecto, tengamos en cuenta que un tribunal arbitral tiene por objeto analizar una situación contractual delimitada en el tiempo, lo que exige revisar todos los hechos relevantes del caso, incluidos aquellos actos administrativos que hayan incidido en la ejecución del contrato. Su tarea consiste en valorar si tales hechos se subsumen en los supuestos previstos por el contrato y por la norma sustantiva aplicable; y a partir de esa valoración, determinar si, por ejemplo, la terminación anticipada del contrato se ajustó o no a lo pactado y al derecho aplicable.

Ahora bien, esa valoración de los actos administrativos que inciden en el contrato objeto del arbitraje administrativo no puede implicar -claro está- que la actividad jurisdiccional desplegada por el tribunal arbitral comprenda la revisión o el control de la constitucionalidad o de la legalidad de los actos dictados por la Administración, toda vez que dicha competencia le corresponden de forma exclusiva y excluyente a la jurisdicción contencioso administrativa, a tenor de lo previsto en el artículo 259 de la Constitución.

Así lo ha establecido la SC del TSJ en la referida sentencia Nro. 1541 del 17 de octubre de 2008, al disponer que:

(...) las competencias de las autoridades o agencias estatales persisten independientemente de la cláusula arbitral, ante un problema vinculado a un contrato entre las partes, toda vez que la actuación de la autoridad estaría orientada a hacer cesar, iniciar o modificar una práctica o actividad del presunto infractor de la normativa especial y no orientada a dirimir un conflicto entre las partes sobre la cual versa la cláusula arbitral; asimismo, si bien la actuación y decisión de la autoridad administrativa no podría formular un pronunciamiento de naturaleza pecuniaria respecto a las partes, que pretenda anticipar o prejuzgar sobre lo que sería decidido por los árbitros al momento de conocer una pretensión de esa naturaleza, ello no obsta para que en ejercicio de sus competencias pueda imponer sanciones ante el incumplimiento del régimen estatutario de derecho público; por lo que en cualquier caso, la actuación de la Administración deberá desarrollarse en el

estricto marco de sus competencias, **siendo imposible someter el control constitucional y legal del ejercicio de tales potestades a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.**

De manera que debe excluirse del arbitraje administrativos aquellos aspectos que no constituyen materias disponibles, como el control de constitucionalidad o de legalidad de la actuación administrativa, incluso cuando se presenten en el marco de una relación contractual. Ello incluye, por ejemplo, el examen de aspectos reglados de la contratación administrativa que impliquen el ejercicio directo de potestades de imperio, cuya valoración corresponde exclusivamente a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

A diferencia del proceso contencioso-administrativo, el arbitraje administrativo no constituye un mecanismo de control de la legalidad de la actividad administrativa, ni tiene por finalidad la declaración de nulidad de actos administrativos, la revisión de vías de hecho o la ilegalidad de abstenciones. Su objeto es más limitado y específico: resolver controversias de naturaleza contractual, a partir de la aplicación e interpretación de las disposiciones contractuales y de las normas sustantivas aplicables al caso que se decide.

En un arbitraje administrativo no se puede debatir, cuestionar o controlar la constitucionalidad o legalidad de los actos dictados por la Administración -ni de aquellos vinculados con los contratos sujetos a arbitraje-; lo cual no impide que a través de él se determine la responsabilidad y el derecho a la indemnización derivados de un acto administrativo que incide en las relaciones contractuales de la Administración con los particulares.⁸³

Es decir que un tribunal arbitral, aunque no forme parte de la jurisdicción ordinaria ni de la contencioso-administrativa, puede analizar actos administrativos, a la luz del derecho aplicable, **como hechos relevantes** en la modificación, interpretación, ejecución o rescisión del contrato, en tanto incidan directamente en los derechos y obligaciones

⁸³ Rafael Badell Madrid, “El Arbitraje en los Contratos de Interés Público”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013, pp. 602-603.

de las partes; sin que ello afecte de ninguna forma la validez o eficacia de tal acto administrativo, pues, este permanece incólume en tanto no sea invalidado por los tribunales competentes.

Entiéndase que, al ser controversias contractuales, los árbitros tiene como norte de preservar la equivalencia económica de la relación contractual y la integridad patrimonial de las partes y, según el caso, determinar el resarcimiento de los daños sufridos ante la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por una u otra parte.

b. Materias de orden público

De conformidad con jurisprudencia constitucional vinculante, la declaratoria de orden público por parte del legislador de algunas materias no excluye necesariamente que las controversias derivadas de ellas queden excluidas del arbitraje.

La determinación de si una controversia puede ser sometida válidamente a arbitraje no se limita a verificar la capacidad de las partes o la disponibilidad del objeto litigios, sino que también encuentra un límite en las buenas costumbres y muy especialmente en la noción de orden público, conforme lo dispuesto el artículo 6 del CC, conforme al cual *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenio particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*

El orden público es un concepto jurídico indeterminado -no en Venezuela, sino en el campo del derecho civil codificado en general- que tiene su origen en el derecho civil francés como una medida restrictiva al principio de autonomía de la voluntad contractual: se considera de orden público aquello que es indisponible, ya sea por calificación expresa del legislador o por ser así considerado conforme principios generales del derecho.

Dado que el orden público es una noción incontrovertible por vía de convenios, las normas consideradas como tales son de cumplimiento obligatorio y no pueden ser desconocidas ni por particulares ni por órganos o entes del Estado.

La SC del TSJ en la sentencia número 1541 de fecha 17 de octubre de 2008, estableció que cuando el legislador determina que ciertos asuntos deben regirse por el orden público, no se deben excluir

automáticamente los medios alternativos de resolución de conflictos, incluido el arbitraje.⁸⁴

En esa decisión, la SC señaló que “(...) *la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas ‘sensibles’ como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras*”.

Siguió la sala señalando que: “*Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva;*”.

De modo que no sólo es procedente el arbitraje en materias de orden público, sino que, aun cuando en esos casos los árbitros para decidir deben atenerse a las normas sustantivas de orden público; no ocurre lo mismo con las normas de carácter adjetivo que sí pueden ser pactadas libre y consensuadamente en un compromiso arbitral.

Ello responde al principio de autonomía de la voluntad de las partes, que rige el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias. Conforme a este principio, las partes pueden pactar libremente someter sus diferencias -siempre que no comprometan el interés público- a la decisión de un tercero imparcial, con el fin de excluir a la jurisdicción estatal en favor de un mecanismo más flexible y especializado.

2.4.1.4. Causa del acuerdo arbitral

La causa constituye uno de los elementos existenciales del contrato, tal como lo establece el artículo 1.141 del CC, que exige la presencia

⁸⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ número 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, caso: *Hildegard Rondón de Sansó* y otros; ratificada en sentencias números 1773 del 30 de noviembre de 2011, caso: *Van Raalte de Venezuela C.A.*, y 1041 del 30 de noviembre de 2017, caso *GALERÍAS ÁVILA CENTER, C.A.*

de una causa lícita como condición para su existencia. Esta noción ha sido objeto de múltiples elaboraciones doctrinales, distinguiéndose entre una concepción subjetiva de la causa -identificada con el fin inmediato que cada parte persigue al obligarse- y una concepción objetiva, según la cual la causa debe consistir en un fundamento económico y social que legitime la eficacia jurídica del contrato.⁸⁵

De conformidad con el artículo 1157 del mismo Código, “*la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto*”, aunque su existencia se presume salvo prueba en contrario (artículo 1.158 *ejusdem*).

En el caso del acuerdo arbitral, la causa se presenta como la razón jurídica que justifica la decisión de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de los órganos jurisdiccionales ordinarios y someterla a un tercero imparcial. Esta intención común de resolver sus controversias a través de arbitraje responde generalmente al interés de obtener una solución más expedita, técnica, flexible, neutral o confidencial, según la naturaleza del conflicto.

La causa del compromiso arbitral se vincula así con la finalidad de dotar a las partes de un mecanismo eficaz y legítimo para la resolución de sus disputas, lo que justifica su protección jurídica y su inserción en el sistema de justicia previsto por el ordenamiento constitucional.

Dado su carácter contractual, el acuerdo arbitral exige, como toda convención válida, una causa lícita, es decir, que no sea contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. En consecuencia, la validez del pacto arbitral podría verse comprometida si se demuestra que fue celebrado con una causa prohibida por el ordenamiento, o si encubre fines contrarios a normas imperativas.

a. Principio de imparcialidad en la cláusula arbitral

La licitud de la causa del acuerdo arbitral no se agota en la voluntad de las partes de sustraer la controversia de la jurisdicción ordinaria, sino que exige, como presupuesto esencial, que el mecanismo arbitral ofrezca garantías suficientes de imparcialidad, independencia y respeto

⁸⁵ José Melich-Orsini, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 147, Caracas, 1983, pp. 9-70.

al debido proceso. Es decir, la causa del acuerdo debe fundarse en la confianza legítima de las partes en que el órgano arbitral actuará con objetividad y sin vínculos que comprometan su neutralidad.

En este sentido, la SPA del TSJ en sentencia del 2 de febrero de 2006, (Caso: Guzberg, C.A. - EXP. número 2005-5658), sostuvo que *“las cláusulas compromisorias de arbitraje previstas en contratos administrativos deben ajustarse al principio de imparcialidad y transparencia de la justicia contemplado en el artículo 26 de la Constitución de 1.999”*, como condición de validez y procedencia para excluir el conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

El caso resuelto por la SPA versó sobre una demanda por cumplimiento de contrato y daños interpuesta por una empresa contratista contra la Unidad de Gestión del “Plan de Desarrollo Socioeconómico de la Región Sur del Estado Monagas” -órgano de la Administración Pública Estadal-, con ocasión de la ejecución de un contrato administrativo para el desarrollo del Catastro Urbano de los Municipios Libertador, Sotillo y Uracoa del estado Monagas.

El Juzgado de Primera Instancia que conoció inicialmente del asunto declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial, por existir una cláusula arbitral que delegaba la resolución de la controversia a la Delegación de la Comisión Europea en Caracas, remitiendo el expediente a la SPA en consulta.

La SPA revocó dicha decisión y declaró inválida la cláusula arbitral, al considerar que el órgano elegido como árbitro -la Delegación de la Comisión Europea- era parte firmante del convenio por medio del cual se creó la Unidad de Gestión del “Plan de Desarrollo Socioeconómico de la Región Sur del Estado Monagas”, y en virtud de ello, consideró que esa cláusula contrariaba el principio de imparcialidad y transparencia contemplado en el artículo 26 de la Constitución.

En el caso analizado, la causa del acuerdo arbitral resultaba contraria al orden público, en tanto no garantizaba una instancia objetiva e independiente para la resolución de controversias contractuales. Al haber designado como árbitro a una parte interesada en el objeto del contrato, la cláusula comprometía los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, en particular, el derecho a una justicia imparcial, idónea y transparente consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

De allí que la cláusula fuese declarada inválida, y se ordenó a la jurisdicción contencioso-administrativa que conociera del asunto.

2.4.1.5. Formalidades de la cláusula arbitral

El artículo 6 de la LAC establece que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

También indica que en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente. No obstante lo anterior, para un sector de la doctrina la escritura no constituye un requisito formal de validez del acuerdo arbitral, sino un requisito de prueba del mismo. En efecto, De Jesús señala que *“Carece de importancia si en dicho documento o conjunto de documentos, aparece estampada o no la firma de las partes, con tal de que se demuestre que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje puede establecerse del escrito, a través de los medios de prueba que permite el ordenamiento jurídico venezolano”* y que *“en vista de los términos de esta disposición nos atrevemos a decir que la LAC no requiere la formalidad del escrito como una condición de validez del acuerdo de arbitraje”*.⁸⁶

Ahora bien, en aspecto problemático vinculado con la forma del acuerdo arbitral se encuentra en el referido artículo 4 de la LAC, el cual exige la aprobación de todos los miembros de la junta directiva de las empresas con participación estatal definitiva, pero no precisa si dicha aprobación debe constar por escrito.

Si bien esta omisión puede generar dudas sobre la validez del pacto arbitral celebrados por personas jurídicas estatales, cuyas manifestaciones de voluntad se encuentran sujetas a formalidades de derecho público, de la interpretación sistemática de las normas aplicables en materia

⁸⁶ Alfredo de Jesús, “Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18. Caracas, 2005. pp. 55-131.

de arbitraje contenidas en la Convención de Nueva York de 1958, y del criterio uniforme previsto en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, resulta que el concepto de escritura debe ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, siendo lo realmente importante que se deje constancia del contenido del acuerdo arbitral de cualquier forma⁸⁷.

2.4.2. Separabilidad de la cláusula arbitral

En los arbitrajes de derecho administrativo también rige plenamente el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, el cual ratifica la autonomía del acuerdo arbitral respecto del contrato que la contiene. Señala Ascanio que “*este principio está recogido en el famoso laudo arbitral en el asunto N° 1.526 de 1968 de la CCP*”⁸⁸, en cual se afirmó que:

También es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vis 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 este 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 validez de este acto. Esto permite generar una mayor seguridad jurídica y confianza en el arbitraje, y en caso de que una de las partes desconozca o denuncie el contrato, la cláusula arbitral se encuentra asegurada⁸⁹.

De modo que en aquellos casos que la administración pretenda desconocer los efectos vinculantes de la cláusula arbitral con fundamento en la supuesta nulidad del contrato que la contiene, dicho argumento hallará un importante límite en el principio de separabilidad de la cláusula arbitral. Cuando alguna de las partes pretenda la nulidad de la cláusula arbitral debe expresar sus argumentos relativos a la validez sustancial del acuerdo arbitral, los cuales serán, en todo caso, escuchados y valorados por el tribunal arbitral constituido a objeto de dirimir

⁸⁷ *Ibidem*, p. 564.

⁸⁸ Urimare Ascanio, ob. cit.

⁸⁹ *Ídem*.

la controversia de conformidad con el principio kompetenz-kompetenz, contemplado, junto con el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, en el artículo 7 de la LAC en los siguientes términos:

Artículo 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. (Resaltado añadido).

En ese sentido, debe recordarse que, por lo general, el procedimiento arbitral se divide en dos fases: una primera, destinada exclusivamente a examinar la competencia del tribunal arbitral y la admisibilidad de la demanda; y una segunda, sujeta al resultado de la anterior, en la que se aborda el fondo del litigio y la eventual cuantificación de daños y perjuicios. Es precisamente en esa primera etapa donde se discuten cuestiones jurisdiccionales, como la existencia y validez del acuerdo arbitral, sin que ello implique pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto, o se toquen temas relativos al contrato continente de la respectiva cláusula arbitral.

2.4.3. Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje

En todo acuerdo arbitral -incluido el celebrado con personas jurídico-públicas-, las partes no solo pueden pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje, sino también determinar expresamente tanto el derecho aplicable al propio acuerdo arbitral.

En el ordenamiento jurídico venezolano, existen disposiciones -de fuente legal, convencional e incluso de construcción doctrinal- que reconocen y regulan la determinación de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, tanto en el ámbito general como en aquellos supuestos en los que interviene la Administración Pública. No obstante, dicha regulación no se presenta de forma sistemática en una única norma, sino que se articula a partir de principios como la autonomía de la voluntad y la supletoriedad de la sede arbitral.

Como principio general, se admite que, en todo acuerdo arbitral, incluso cuando una de las partes es un ente público, las partes puedan establecer expresamente el derecho aplicable al propio acuerdo.

Recordemos que el acuerdo de arbitraje es un contrato autónomo, distinto del contrato principal del cual puede derivar la controversia. De tal manera que las partes pueden pactar el derecho aplicable al acuerdo arbitral con el fin de regular cuestiones como su existencia, validez, interpretación, alcance y eficacia.

Esto sucede de forma similar con las normas que rigen el procedimiento arbitral (*lex fori*), que pueden ser pactada libremente por las partes mediante la remisión a reglamentos de instituciones arbitrales -nacionales o internacionales- o mediante la adopción de reglas *ad hoc*.

En ausencia de una determinación expresa -o incluso tácita- de las normas procesales, opera el principio de supletoriedad de la sede arbitral, en virtud del cual el procedimiento se rige por las disposiciones del ordenamiento jurídico del país donde tenga lugar el arbitraje.⁹⁰

Esta facultad de las partes para definir las reglas procesales no debe confundirse con la elección del derecho sustantivo aplicable al fondo del conflicto (*lex causae*), que en el arbitraje administrativo, como dijimos, debe ser en principio el derecho administrativo vigente.

3. Arbitraje en materia de hidrocarburos y minas

3.1. Consideraciones generales

Las actividades de hidrocarburos y minas han estado tradicionalmente sometidas a un régimen jurídico especial en materia de contratación y resolución de controversias. Ello obedece tanto a la naturaleza estratégica de estas actividades como a su estrecha vinculación con la inversión extranjera y los mercados internacionales.

Recordemos que, durante los años noventa, Venezuela adoptó una política orientada a la atracción de inversión extranjera en el sector energético, lo cual se tradujo en la suscripción y ratificación de Tratados Bilaterales de Inversión, que otorgaban a los inversionistas extranjeros

⁹⁰ Sobre este tema vid. en Pedro Rengel Núñez “El derecho aplicable al procedimiento arbitral en Venezuela”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, Nro. 5, Caracas, 2024. Pp. 217-232.

garantías sustantivas y acceso a arbitraje internacional. Este proceso se vio reforzado por la adhesión del Estado venezolano al Convenio CIADI entre 1993 y 1995 y por la promulgación de la LAC en el año 1998, como normativa especial en materia arbitral destinada a dotar de eficacia interna los acuerdos arbitrales.

En particular, durante la denominada “Apertura Petrolera”, se incorporaron de manera generalizada diversas cláusulas de arbitraje internacional en los convenios de asociación, particularmente bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuya validez fue expresamente reconocida por la jurisprudencia.

En el ámbito minero, esta tendencia también se manifestó de manera significativa. Durante la década de los noventa, se otorgaron concesiones relevantes -como el caso de las Minas Las Cristinas- que incorporaban mecanismos arbitrales para la resolución de controversias, en consonancia con los estándares internacionales de protección de inversiones.

Esos arbitrajes internacionales encontraba fundamento constitucional en la interpretación del artículo 127 de la Constitución de 1961 (hoy artículo 151 de la Constitución de 1999), conforme al cual los contratos de interés público de naturaleza económica o de gestión podían someter sus controversias a mecanismos alternativos de resolución, en el marco de la doctrina de la inmunidad relativa de jurisdicción.

Sin embargo, esta tendencia se revirtió progresivamente a partir de la década siguiente, en el marco de una política de reafirmación del control estatal sobre esos sectores. En este contexto, el arbitraje en estos sectores pasó a ser formalmente admisible, pero materialmente restringido, tanto por el diseño normativo como por la práctica administrativa y jurisprudencial.

En este contexto, la Ley de Minas de 1999 disponía en su artículo 33 que: *“En todo título minero se considera implícita la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, incluido el Arbitraje, serán decididas por los Tribunales competentes de la República de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”*

En términos similares, la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999 previó en su artículo 24.6.b que: *“Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, 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”*.

Esta misma fórmula fue reproducida textualmente en el artículo 34.b de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 y su reforma de 2006, configurando un esquema arbitral uniforme en los sectores energético y minero.

Desde el punto de vista teórico, estas disposiciones reconocieron formalmente la posibilidad de acudir al arbitraje como mecanismo para dirimir conflictos devenidos de contratos mineros y de hidrocarburos. No obstante, dicha admisión fue matizada por una técnica legislativa ambigua y por una noción del arbitraje claramente restrictiva.

En primer lugar, la referencia a que las controversias debían ser resueltas “amigablemente”, incluso cuando se incluía el arbitraje, connota una grave confusión conceptual. El arbitraje es, por naturaleza, un mecanismo heterocompositivo y contencioso, por lo que su equiparación a medios amistosos desdibujaba su verdadero alcance jurídico.

En segundo término, ese diseño normativo no garantizaba que el acuerdo arbitral pactado en un contrato petrolero o minero tuviera carácter vinculante desde su origen. En la práctica esto supuso que, una vez surgida la controversia, las partes debían consensuar nuevamente su sometimiento al arbitraje, lo que redujo significativamente su eficacia a nivel interno.

A ello se le sumó extensión de los privilegios y prerrogativas procesales de la República a las empresas estatales, en particular las derivadas de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que -como vimos- condicionan la validez de las cláusulas arbitrales a la obtención de una opinión previa y expresa de dicho órgano.

De tal manera que, si bien el ordenamiento jurídico venezolano permitía tanto el arbitraje como forma para dirimir conflictos surgidos de contratos mineros o de hidrocarburos especialmente aquellos

celebrados por empresas del Estado, su utilidad práctica se vio gravemente limitada tanto por las exigencias de múltiples requisitos formales, como por una praxis institucional que desincentivó su utilización.

Recientemente este régimen fue reformado de manera sustancial por las nuevas leyes orgánicas de hidrocarburos y de minas del año 2026, en el marco de un proceso de transformación estructural dichos sectores con miras de su apertura a la inversión privada.

En efecto, el 29 de enero de 2026 se publicó en la Gaceta Oficial No. 6.978 Extraordinario la *Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos* que modificó parcialmente el texto normativo de 2006 que reformó, a su vez, la versión legislativa de 2001. Esta ley rige las actividades vinculadas a los hidrocarburos líquidos -y los gaseosos asociados a éstos-, en tanto que los hidrocarburos gaseosos no asociados continúan sometidos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999.⁹¹

Con la entrada en vigor de esta nueva legislación se puso fin a una prolongada etapa de reserva legal al Estado venezolano respecto de la ejecución de las actividades primarias de hidrocarburos (exploración de yacimientos, extracción en estado natural y recolección, transporte y almacenamiento inicial), cuya consolidación se remontaba al proceso de nacionalización de 1975 con la creación de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y sus filiales para la asunción de esas actividades primarias.

Aunque el modelo de nacionalización permitió en su momento la consolidación de una industria estatal robusta, las limitaciones estructurales del modelo rentista condujeron a la apertura petrolera de los años noventa, posteriormente revertida a partir de 2007 mediante políticas de estatización y control directo, cuyos resultados se manifestaron en la caída sostenida de la producción y la pérdida de capacidades operativas.

En este contexto, la denominada Ley Constitucional Antibloqueo de 2020⁹² operó como un mecanismo excepcional que permitió introducir esquemas de participación privada al margen marco legal ordinario.

⁹¹ Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “Régimen Jurídico de los Hidrocarburos en Venezuela”, en Allan R. Brewer Carías *et al.*, *Ley Orgánica de Hidrocarburos. Reforma de 2026*, Colección Textos Legislativos Nro. 58, Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2026. Pp. 311-366.

⁹² Publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.583 Extraordinario del 12 de octubre de 2020.

A través de esta ‘ley’, el Ejecutivo implementó modelos contractuales atípicos -como los acuerdos de servicios productivos- bajo un régimen de confidencialidad y sin controles institucionales efectivos, con el propósito de sortear las restricciones derivadas del régimen de sanciones internacionales.

La reforma de 2026 busca, en buena medida, superar este esquema de excepcionalidad mediante la institucionalización de un nuevo marco jurídico que promueve la participación privada bajo reglas más transparentes y previsibles. En este sentido, la nueva LOH no solo flexibiliza el acceso privado a las actividades primarias, sino que incorpora mecanismos orientados a garantizar la seguridad jurídica y el equilibrio económico-financiero de los contratos.

En el ámbito arbitral, la apertura del sector petrolero venezolano a los capitales privados internacionales se ha traducido en la habilitación expresa para incorporar cláusulas compromisorias en los contratos celebrados para la ejecución de las actividades reguladas por la LOH. En efecto, el artículo 8 dispone textualmente:

Artículo 8. En los contratos para la realización de las actividades reguladas en esta Ley las partes podrán acordar que las dudas y controversias de cualquier naturaleza, suscitadas con motivo de la realización de dichas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, podrán ser decididas por los Tribunales competentes de la República o mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo mediación y arbitraje.

El Ministerio con competencia en materia de hidrocarburos, en consulta con la Procuraduría General de la República, fijará los lineamientos generales para establecer las cláusulas de resolución de controversias a las que hace referencia este artículo. Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial.

En virtud de estas cláusulas, las controversias de cualquier naturaleza que surjan con ocasión de dichas actividades y que no puedan resolverse de forma amistosa, podrán someterse a mecanismos alternativos

de resolución de disputas, especialmente el arbitraje, tanto nacional como internacional.

Un desarrollo similar se observa en la novedosa Ley Orgánica de Minas (LOM) de 2026, publicada en Gaceta Oficial Nro. 7.020 Extraordinario de fecha 16 de abril de 2026, la cual derogó la Ley de Minas de 1999 y reconfiguró integralmente el régimen jurídico del sector.

A diferencia del modelo anterior -caracterizado por la dispersión normativa entre el régimen concesional de 1999 y los decretos excepcionales introducidos a partir de 2015 que reservaba al Estado la explotación de minerales y zonas estratégicas, así como por la opacidad derivada de la aplicación de la Ley Constitucional Antibloqueo-, la nueva legislación procura unificar la regulación minera y dotarla de mayor coherencia, seguridad y transparencia.

En términos sustantivos, la nueva LOM -más allá de sus desatinos- marca una clara tendencia hacia la apertura del sector al capital privado, al reestablecer la concesión minera como título habilitante principal, eliminar las denominadas “alianzas estratégicas” y crear una organización administrativa orientada a la supervisión técnica, en lugar de la explotación directa del sector por el Estado. Asimismo, la nueva ley fomenta la competitividad mediante un régimen económico predecible que facilita la entrada de flujos financieros internacionales.

En materia de resolución de controversias, la ley adopta un esquema sustancialmente idéntico al previsto en la LOH. En efecto, el artículo 9 de la LOM dispone:

Artículo 9. En los contratos para la realización de las actividades reguladas en esta Ley, las partes podrán acordar que las dudas y controversias de cualquier naturaleza, suscitadas con motivo de la realización de dichas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, podrán ser decididas por los Tribunales competentes de la República Bolivariana de Venezuela o mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo la mediación y el arbitraje. El Ministerio con competencia en materia de minas, en consulta con la Procuraduría General de la República, fijará los lineamientos para establecer la mencionada cláusula.

Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial.

Al igual que en el sector de hidrocarburos, este nuevo régimen jurídico minero supone un cambio cualitativo en el tratamiento del arbitraje, al reconocerlo de forma expresa, amplia y bajo un esquema más flexible que permita su incorporación como alternativa para dirimir las controversias que surjan con ocasión de los contratos que celebre el Estado con los particulares para regir dichas actividades y que no puedan resolverse de forma amistosa.

La identidad entre los mencionados artículos 8 de la LOH y 9 de la LOM evidencia la intención del legislador de establecer un régimen uniforme en materia de resolución de controversias para estos sectores estratégicos, con la única excepción del régimen aplicable a los hidrocarburos gaseosos, que se mantiene bajo la legislación de 1999.

Dichas disposiciones representan, en primer lugar, una ruptura expresa con el modelo anterior de reserva de jurisdicción nacional y de aplicación estricta de la cláusula Calvo.

En efecto, ambos textos suprimen la regla de competencia exclusiva de los tribunales venezolanos que caracterizaba a la legislación sectorial precedente -particularmente la LOH de 2001 y 2006 y la Ley de Minas de 1999-, para admitir de manera amplia los mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo la mediación y el arbitraje nacional e internacional.

Este giro legislativo responde a la necesidad de reforzar la seguridad jurídica de los inversionistas y restablecer condiciones mínimas de confianza que permitan atraer capital privado hacia sectores estratégico, indispensable para la reactivación de las industrias energética y minera.

Ello se concreta, además, en la necesaria simplificación de los requisitos para que el Estado -y, en particular, las empresas estatales- puedan otorgar válidamente su consentimiento para someterse a arbitraje.

Recordemos que la suscripción de una cláusula arbitral comporta una renuncia voluntaria -aunque limitada- a la jurisdicción ordinaria del Estado -que es la contencioso-administrativa-, lo cual solo puede

justificarse si hay una voluntad contractual suficientemente demostrada. Esto cobra especial relevancia en el caso de personas jurídicas estatales, en las que el consentimiento debe formarse mediante procedimientos formales que aseguren su legalidad y conformidad con los principios del derecho público.

Sin embargo, la experiencia del régimen anterior demuestra que la previsión formal del arbitraje resulta insuficiente cuando no se disponen reglas claras y su operatividad queda sujeta a una excesiva carga de requisitos formales. En efecto, la multiplicidad de autorizaciones, opiniones y controles administrativos no solo dificultaba la formación del consentimiento arbitral, sino que en la práctica terminaba por desnaturalizar el arbitraje como mecanismo idóneo de resolución de controversias.

De hecho, no han sido pocos los casos en los que el propio Estado ha invocado el incumplimiento de tales exigencias formales para desconocer o cuestionar la validez de cláusulas arbitrales previamente pactadas, particularmente en el ámbito del arbitraje internacional. Esta práctica, además de socavar la confianza de los inversionistas, introducía un factor de incertidumbre jurídica incompatible con la función económica del arbitraje.

Precisamente en este punto radica uno de los aportes más notables de las recientes reformas introducidas en 2026. Ambas leyes especiales adoptan un esquema orientado a simplificar la formación del consentimiento arbitral, al concentrar en el Ministerio competente -previa consulta con la PGR- la fijación de lineamientos generales para la incorporación de cláusulas compromisorias, al tiempo que suprimen la exigencia de autorizaciones individuales previstas en el DLOPG y en la LAC.

3.2. Eliminación de la opinión autorizatoria de la Procuraduría General de la República para pactar cláusulas arbitrales

El segundo aparte de los artículos 8 de la LOH y 9 de la LOM de 2026 disponen que las cláusulas de resolución de controversias acordadas conforme a los lineamientos fijados por el Ministerio competente *“no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (...)”*.

Esta remisión negativa tiene un alcance técnico preciso, en el entendido de que excluye la aplicación de los artículos 5, 12, 13 y 82 del DLOPGR en lo relativo a la exigencia de opinión o autorización previa de la PGR para comprometer en árbitros a la República.

En efecto, el artículo 12 del DLOPGR exige opinión previa y expresa de la PGR para los contratos de la República que contengan cláusulas arbitrales; el artículo 13 impone la remisión del proyecto contractual con sus soportes y con la opinión de la Consultoría Jurídica; el artículo 5 condiciona la capacidad de los funcionarios para comprometer en árbitros asuntos patrimoniales de la República a dicha opinión previa; y el artículo 82 exige autorización expresa del Procurador General a los abogados que representen judicialmente a la República.

Tradicionalmente, estas disposiciones fueron entendidas como prerrogativas excepcionales, vinculadas estrictamente a la República como sujeto de derecho público.

No obstante, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante una interpretación expansiva e inconstitucional, sostuvo que para involucrar en arbitraje a empresas estatales como Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) o sus filiales, no bastaba la autorización prevista en la Ley de Arbitraje Comercial, sino que también era necesaria la opinión previa y expresa de la PGR conforme al DLOPGR.⁹³

Tal criterio trasladaba al ámbito arbitral las prerrogativas propias del proceso contencioso-administrativo y desnaturalizaba el régimen jurídico de las empresas del Estado, concebidas precisamente para actuar con mayor flexibilidad operativa.

Frente a ese contexto, los referidos artículos 8 de la LOH y 9 de la LOM introducen una importante excepción sectorial clara, al eliminar expresamente la exigencia de opinión previa y expresa de la PGR para la celebración de las cláusulas arbitrales pactadas en contratos que regulen actividades tanto de hidrocarburos como de minas.

A los fines de uniformar el contenido de estas cláusulas, se dispone que el Ministerio con competencia en materia de hidrocarburos o en materia de minas, según corresponda, previa consulta con la PGR fijará los lineamientos generales aplicables a los mecanismos de resolución

⁹³ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del TSJ Nro. 716 del 1 de agosto de 2023, caso *Bariven, S.A.*

de controversias. Una vez realizada dicha consulta, no será necesaria la opinión ni autorización de la Procuraduría para cada contrato, aspecto previsto con carácter general en ambas leyes especiales.

En consecuencia, en esta materia desaparece la exigencia de opinión autorizatoria como requisito sustancial para comprometer en árbitros a la República o a sus empresas estatales, consolidándose un régimen especial que simplifica la formación del consentimiento arbitral y refuerza la seguridad jurídica del sector.

3.3. Alcance de la inaplicabilidad del artículo 4 LAC

En lo que respecta específicamente a la referencia a la LAC, esta disposición debe interpretarse en conexión directa con el artículo 4 *ejusdem*, que somete a un régimen especial de arbitrabilidad subjetiva a las empresas públicas y, supletoriamente, a los demás entes del Estado.

Antes hemos dicho que, conforme a ese dispositivo, cuando se trate de un acuerdo arbitral suscrito por una sociedad en las que la Administración pública, nacional, estatal o municipal centralizada o descentralizada, con forma de derecho público o de derecho privado tenga participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, para manifestar el consentimiento para someterse a arbitraje, deberán observarse, como regla general, los requisitos exigidos por el artículo 4 de la LAC, a saber:

- (v) documento en el conste la aprobación del órgano estatutario competente;
- (vi) autorización escrita del ministro de tutela;
- (vii) especificación del tipo de arbitraje al que se someten las partes; y
- (viii) indicación del número de árbitros, que siempre deberá ser superior a tres (3).

De manera que, bajo el régimen general, para que se formara válidamente la voluntad de una empresa del Estado en materia arbitral, era necesaria la concurrencia de tres voluntades formalizadas mediante actos distintos: (i) la suscripción del acuerdo por el representante legal de la empresa, conforme a sus estatutos; (ii) la autorización del órgano estatutario competente y (iii) la aprobación escrita del ministerio de adscripción o tutela; requisitos estos que resultan extensibles *mutatis*

mutandis -como dijimos- a los entes políticos territoriales y descentralizados del Estado. La ausencia de cualquiera de estas manifestaciones impedía la válida formación del consentimiento arbitral.

Ahora bien, el artículo 8 de la LOH y el artículo 9 de la LOM modifican expresamente este esquema en sus respectivos ámbitos sectoriales, al excluir la aplicabilidad del régimen especial previsto en el artículo 4 de la LAC.

En efecto, al disponer que las cláusulas acordadas conforme a los lineamientos fijados por el Ministerio competente -previa consulta con la Procuraduría- “*no requerirán la opinión o autorización prevista (...) en la Ley de Arbitraje Comercial*”, el legislador está excluyendo expresamente la aplicabilidad del régimen especial de consentimiento previsto en el artículo 4 de la LAC para los contratos regulados por ambas leyes especiales.

Esto trae como consecuencia que, en los contratos que rigen las actividades previstas en dichas leyes, ya no se exige la concurrencia de tres actos administrativos diferenciados emanados de distintos órganos de la Administración Pública para que una empresa estatal o ente público pueda obligarse válidamente mediante una cláusula arbitral.

Bastará la válida suscripción del acuerdo por el representante legal de la empresa o ente, conforme a lo establecido en sus estatutos y dentro del marco de los lineamientos generales previamente fijados por el Ministerio con competencia en hidrocarburos o en materia de minas, según el sector de que se trate.

La reforma sustituye, pues, el sistema de control individualizado *ex ante* -basado en autorizaciones caso por caso- por un modelo de control normativo previo, general y abstracto, articulado mediante lineamientos internos. Es decir que la voluntad del Estado -expresada a través de sus órganos y entes- de someter a arbitraje una controversia relacionada a actividades del sector hidrocarburos o del sector minero ya no se perfecciona mediante la suma de voluntades orgánicas sucesivas, sino mediante la actuación regular del representante estatutario dentro de un marco normativo previamente aprobado.

Así entendido, los artículos 8 de la LOH y 9 de la LOM no eliminan el principio de legalidad ni la sujeción al interés público; lo que hacen es desplazar el control desde la fase contractual singular

hacia una fase reglamentaria general, simplificando sustancialmente la formación de la voluntad arbitral del Estado en estos sectores estratégicos y eliminando uno de los principales obstáculos formales que históricamente dificultaron el sometimiento efectivo a arbitraje en el ámbito administrativo.

4. Actividad arbitral de la Administración

Una cosa muy distinta al arbitraje en el derecho administrativo es la actividad arbitral de la administración. Contrariamente a lo que sucede con el arbitraje administrativo, la actividad arbitral de la administración no alude a una administración pública sometida al arbitraje como medio de solución de sus controversias, en virtud de así preverlo una cláusula contractual concreta.⁹⁴

En la actividad administrativa arbitral -también conocida como los procedimientos administrativos arbitrales-, la administración es quien, actuando como árbitro, está llamada a resolver, por mandato de ley, la disputa existente entre los particulares; es decir la administración resuelve un conflicto en el cual ella no es parte, es la autoridad lo resuelve.

Por eso esta actividad arbitral de la administración se manifiesta a través de actos administrativos -llamados por la doctrina ‘cuasijurisdiccionales’⁹⁵- que son producto del ejercicio de una función jurisdiccional llevada adelante por un órgano de la administración, quien se erige, cuando así lo establece la ley, en autoridad para la solución de una controversia entre dos administrados, cuya actividad concluye, no con un laudo arbitral como en el arbitraje, sino con un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa.

⁹⁴ Rafael Badell Madrid, “Actividad arbitral de la Administración”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 155, Caracas, enero-diciembre, 2016. Pp.427-446.

⁹⁵ En palabras de Hildegard Rondó de Sansó, la actividad cuasijurisdiccional de la Administración está caracterizada por la existencia de un procedimiento en el que, ante un órgano administrativo, se plantea un conflicto “entre verdaderas y auténticas partes, esto es, la confrontación de dos o más sujetos que alegan pretensiones frente a sus contrincantes y que, en consecuencia, mantienen una relación procedimental dirigida a obtener una decisión final”, caso en el cual, “la administración no realiza como objetivo esencial, su función de satisfacer en forma práctica los intereses de la comunidad o sus propios intereses, sino que está destinada a declarar ante varios sujetos en conflicto quién tiene la razón y quien no la tiene”. Hildegard Rondón De Sansó, *Los actos cuasijurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990. Pp. 4 y 5.

La llamada actividad arbitral fue definida por Ramón Parada como “*aquella que realiza la administración pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos*”⁹⁶

De este modo, el procedimiento administrativo arbitral funciona en los denominados procedimientos triangulares en los cuales la administración decide controversias suscitadas entre los administrados que versen sobre derechos privados o administrativos de estos.

Estos procedimientos no presuponen acuerdo alguno entre las partes, sino que los mismos se encuentran preestablecidos en la ley y tienen que ser transitados por los administrados para resolver sus controversias, pudiendo en ocasiones constituirse como un requisito de admisibilidad para tener acceso a la vía judicial.⁹⁷

Se ha dicho que limitación que supone para el administrado la actividad arbitral de la administración no solo puede comprenderse justificada por el interés público, ni como un beneficio directo de la misma como sujeto, “*sino que en ella es predominante el interés o derecho del particular que está en causa*”⁹⁸; de allí que la administración tenga el deber de actuar, en el cumplimiento de esa actividad, en estricta neutralidad, y solamente con arreglo a un fin de justicia, análogo al que persiguen los órganos jurisdiccionales.⁹⁹

El uso de la actividad arbitral de la administración es cada vez más común en las administraciones públicas. En Venezuela, la actividad arbitral de la Administración ha sido reconocida por la jurisprudencia de la SC del TSJ, que la ha definido como la potestad de resolver conflictos entre dos o más sujetos con pretensiones opuestas e inconciliables, cuya resolución la ley atribuye a la Administración de forma obligatoria y vinculante para ambos contendientes¹⁰⁰.

⁹⁶ José Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, I Parte General, Octava Edición. Marcial Pons. Madrid, 1996. p.590.

⁹⁷ Ignacio Granado Hijelmo, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, N° 39, 2005. p. 24.

⁹⁸ José Ramón Parada, ob. cit., p.590.

⁹⁹ *Ídem*.

¹⁰⁰ Sentencia N° 1157 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de julio de 2008, caso: *CONSORCIO MINERO SAN SALVADOR C.A.*

Diversas leyes han consagrado procedimientos administrativos de naturaleza arbitral, entre las cuales se puede destacar:

- (i) La Ley de la Actividad Aseguradora¹⁰¹, modificada en 2023, que se establece que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora puede llevar a cabo procedimientos de arbitraje como medio de solución de conflictos de la actividad aseguradora (artículo 6.7. de la Ley).
- (ii) La Ley de Telecomunicaciones¹⁰², entre las competencias que le asigna a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se encuentra la de: “*Actuar como árbitro en la solución de conflictos que se susciten entre los operadores de servicios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas o ello se derive de la aplicación de la ley*” (artículo 37, numeral 23).
- (iii) La Ley sobre el Derecho de Autor¹⁰³, confiere a la Dirección Nacional de Derecho de Autor la facultad de servir como árbitro cuando lo soliciten los interesados, en los conflictos que se susciten entre titulares de derecho; entre las entidades de gestión colectiva; entre éstas y sus miembros, y entre las entidades de gestión o titulares de derechos y los usuarios de las obras, productos o producciones protegidos en esa ley (artículo 130, numeral 6). También los usuarios de las obras pueden solicitar el arbitraje cuando consideren abusiva las tarifas relativas a las remuneraciones correspondientes a la cesión de los derechos de explotación o a las licencias de uso que otorguen sobre las obras, productos o producciones que constituyan su repertorio (artículo 62). En estos casos, según dispone su artículo 131, se aplicará el procedimiento breve previsto en el CPC.¹⁰⁴

¹⁰¹ Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.770 Extraordinario del 29 de noviembre de 2023.

¹⁰² Publicada en Gaceta Oficial Nro. 39.610 del 7 de febrero de 2011.

¹⁰³ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 4.638 Extraordinario de fecha 1 de octubre de 1993.

¹⁰⁴ Para algunos comentarios sobre la materia véase en Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74, Caracas, 2001. pp. 90-91.

- (iv) El Decreto-Ley de Mercado de Valores (DLVMV)¹⁰⁵, establece en su artículo 88 que las controversias que se susciten entre los inversores, intermediarios o cualquier otro participante del mercado, se resolverán “(...) *por el procedimiento de arbitraje que establezca la Superintendencia Nacional de Valores en las normas que dicte al efecto*”¹⁰⁶. Al efecto, la SUNAVAL deberá mantener una comisión de arbitraje y un registro de profesionales en área, para que actúen en los procesos arbitrales que sean requeridos, tanto por las partes como por el ente de supervisión. Debe advertirse que, a la fecha, no hemos conseguido norma alguna de la SUNAVAL que regule el mencionado procedimiento administrativo arbitral; tampoco se ha tenido conocimiento de que se haya conformado la comisión de arbitraje, ni el registro de profesionales en materia de mercado de valores.¹⁰⁷

De tal forma que a través de distintos instrumentos normativo se ha facultado a ciertos órganos administrativos para asumir el carácter de árbitro, con el fin de conocer y decidir controversias entre particulares sobre determinadas materias de su libre disposición, mediante un acto administrativo cuasi jurisdiccional; que -como todo acto administrativo- está sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa, con arreglo al artículo 259 constitucional.

¹⁰⁵ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, publicado en Gaceta Oficial Nro. 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

¹⁰⁶ Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el artículo 98.19 del DLMV, relativo a las atribuciones de la Superintendencia Nacional de Valores, a tenor del cual le corresponde: “19. *Promover y normar el arbitraje como mecanismo alternativo para resolver los conflictos que surjan entre las personas naturales y jurídicas reguladas por esta ley y entre éstos y sus clientes, derivados de operaciones en el mercado de valores.*”

¹⁰⁷ Hay que aclarar, sin embargo, que nada obsta a que las controversias que se susciten en el marco de las operaciones efectuadas en el mercado de valores y que sean susceptibles de transacción, puedan ser resueltas mediante arbitraje, según lo previsto en la LAC. En este mismo sentido, el Reglamento General de la Bolsa de Valores de Caracas, publicado en Gaceta Oficial Nro. 39.096 del 12 de enero de 2009, en su artículo 26 dispone en lo que se refiere a los miembros de dicha Bolsa dispone que “*Las diferencias de carácter privado que se susciten entre los Miembros de la Bolsa, susceptibles de transacción, podrán ser dirimidas de acuerdo al Procedimiento de Arbitraje previsto en la Ley de Arbitraje Comercial*”.

4.1. Diferencias entre la actividad arbitral de la Administración y el arbitraje administrativo

Aunque comparten una sinonimia, el arbitraje administrativo y la actividad arbitral de la administración son dos figuras totalmente distintas, tanto en su naturaleza como en sus efectos. A continuación nos referimos a sus principales diferencias¹⁰⁸:

- i. En el arbitraje administrativo la administración es una parte de la controversia que trata de resolver su disputa con un administrado u otra administración, de ser el caso, confiando la resolución del asunto a un tercero. En los procedimientos administrativos arbitrales, por su parte, la administración está en la posición de árbitro, es quien debe, por mandato de la ley, resolver la controversia sobre asuntos disponibles existente entre dos particulares.
- ii. En el arbitraje administrativo, como en todo arbitraje, existe un acuerdo previo entre las partes para someter el conflicto existente o el que surja en el futuro, a la decisión de unos árbitros que fungen como terceros imparciales. En cambio, el procedimiento administrativo arbitral no presupone acuerdo alguno, se trata de un cauce formal establecido por la ley que es transitado por los administrados para dilucidar determinados conflictos, sin que ello excluya a la vía judicial; de hecho, ocurre en ocasiones que el cumplimiento del procedimiento administrativo arbitral es un requisito de admisibilidad para el posterior acceso a la instancia judicial.
- iii. El arbitraje administrativo, como el arbitraje general, sirve para resolver conflictos actuales o que vayan a producirse en el futuro. El procedimiento administrativo arbitral solo puede operar cuando hay un conflicto actual.
- iv. En principio, en el arbitraje administrativo, como ocurriría en cualquier otro arbitraje, el laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes y solo podría ser atacado en nulidad por las causales previstas en la ley. Por su parte, el procedimiento administrativo arbitral culmina con un acto

¹⁰⁸ Luis Fraga Pittaluga, *El Arbitraje en el Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 51-53.

administrativo, sujeto en su validez y eficacia a las normas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que será enjuiciable en todos los casos ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 259 constitucional).

5. Arbitraje tributario

Otra cosa también distinta al arbitraje en el derecho administrativo es el arbitraje tributario, regulado en el Capítulo IV del Título VI del COT, artículos 320 al 334, que configura un medio alternativo de resolución de conflictos *suis generis*, de carácter excepcional y de aplicación restringida, que permite, bajo ciertas condiciones, que algunas controversias entre los contribuyentes o responsables y la Administración tributaria puedan ser resueltas mediante un tribunal arbitral.

El artículo 320 *ejusdem* establece que dicho arbitraje solo procede respecto de disputas actuales, surgidas en materias susceptibles de transacción, y únicamente una vez que haya sido interpuesto y admitido el recurso contencioso tributario. El acuerdo debe formalizarse en el mismo expediente judicial y debe delimitar con claridad las cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros, quedando expresamente excluida la posibilidad de una cláusula compromisoria previa al conflicto.

Como ha señalado Gabriel Ruan Santos, esta figura nació con un perfil limitado y condicionado, inserta en un cauce procedimental que, en esencia, subordina la arbitrabilidad al principio de transigibilidad, de modo que solo pueden someterse a arbitraje aquellas controversias que serían susceptibles de resolverse mediante transacción; lo cual en el campo tributario es particularmente complejo, debido a la prevalencia del orden público, la indisponibilidad del crédito fiscal y la rígida aplicación del principio de legalidad.¹⁰⁹

El compromiso arbitral en materia tributaria tiene efectos excluyentes de la jurisdicción contencioso tributaria únicamente en relación con la materia objeto del arbitraje (artículo 322). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 *ejusdem*, la validez del compromiso está sujeto condicionado a que sea suscrito por el contribuyente o su representante

¹⁰⁹ Gabriel Ruan Santos, “Situación Actual del Arbitraje Tributario”, CACC, Caracas, 2021. Disponible en: <https://arbitrajecccc.org/wp-content/uploads/2021/01/Situacion-actual-del-arbitraje-tributario-0342106xC4456.pdf>

judicial, y por el representante judicial del fisco, quien a su vez debe contar con autorización expresa de la máxima autoridad de la Administración Tributaria.

El régimen previsto por el COT impone además reglas procesales específicas: los árbitros deben ser siempre de derecho (artículo 325), excluyéndose el arbitraje en equidad; deben ser independientes, conformando un tribunal *ad hoc* de tres (3) miembros, sin posibilidad de acudir a centros arbitrales institucionales (artículo 324); y deben dictar laudos motivados y escritos, en un plazo de seis (6) meses prorrogable (artículos 329 y 330). Además, el laudo arbitral solo es inapelable si se dicta por unanimidad, pues, en caso contrario, puede ser apelado ante el Tribunal Supremo de Justicia (artículo 331), lo que introduce una revisión judicial, en contravención del principio de definitividad del arbitraje.

El COT también aclara que los aspectos no regulados expresamente en esta materia se regirán supletoriamente por la LAC y el CPC (artículo 334).

Aunque ha sido calificado como una manifestación atípica del arbitraje administrativo, este arbitraje tributario presenta características que lo distancian tanto del arbitraje convencional como de los procedimientos administrativos arbitrales.¹¹⁰

En efecto, el diseño normativo previsto en el COT ha hecho que el arbitraje tributario sea considerado como una fórmula inusual, que se produce *posterior* a la culminación de la vía administrativa, una vez se judicialice la controversia y bajo condiciones muy limitadas que establece el COT.

En este sentido, el arbitraje tributario no constituye un verdadero desplazamiento de la función jurisdiccional hacia el arbitraje como medio alternativo de resolución, sino más bien una fórmula híbrida con un alcance muy limitado y que no ha tenido una aplicación práctica real.¹¹¹

¹¹⁰ Loiralith Chirinos; Fabiola Tavares, y Lorainis Ocando, “Arbitraje administrativo propiamente dicho: Referencia al arbitraje tributario”, publicado en *Actualidad Contable FACES Año 15 N° 24*, Enero-Junio 2012. Mérida. p. 37.

¹¹¹ Sobre este tema véase, entre otros, en Luis Fraga-Pittaluga, *Arbitrario tributario interno e internacional*, colección biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Nro. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020; Alberto Blanco-Urbe Quintero, “El arbitraje tributario en Venezuela.

III. RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. Consideraciones generales

Antes hemos dicho que el arbitraje no debe entenderse como una instancia subordinada o subsidiaria del Poder Judicial, sino como una institución autónoma que actúa en colaboración funcional con éste. Si bien constituye una manifestación legítima de la función jurisdiccional, el arbitraje no opera de manera aislada de la jurisdicción ordinaria. Lejos de ello, su inserción dentro del sistema de justicia implica que, en determinados supuestos, requiere el auxilio o control del Poder Judicial, bien sea para asegurar la eficacia de ciertos actos procesales o para garantizar su legalidad, conforme a lo que expresamente disponga la ley.

Esta colaboración encuentra fundamento en el hecho de que al Estado le corresponde, de manera exclusiva, la administración de justicia y el control legítimo de la fuerza pública, lo que a su vez está estrechamente vinculado con el deber de garantizar la tutela judicial efectiva y el respeto al orden público constitucional.

De allí que podamos afirmar que el arbitraje goza de una independencia relativa frente al Poder Judicial; lo cual no lo desnaturaliza como un mecanismo autónomo de resolución de conflictos diseñado para operar libre de interferencias indebidas y con pleno respeto a sus principios fundamentales. Reiteramos que cualquier intervención judicial debe ser excepcional y estar limitada a los casos previstos legalmente, pues, de lo contrario se pondría en riesgo la eficacia y autonomía del arbitraje como mecanismo jurisdiccional alternativo.

Para comprender mejor esta relación de colaboración, conviene distinguir entre las dos fases fundamentales de la actividad jurisdiccional: la fase cognoscitiva, referida al juzgamiento o conocimiento del conflicto, y la fase ejecutiva, destinada a hacer cumplir lo resuelto. En el arbitraje, el tribunal arbitral ejerce en plenitud la fase de cognición, determinando su competencia, sustanciando el procedimiento

Un período de gestación de 20 años con malformaciones y una propuesta para un buen alumbramiento”, en *Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. pp. 1505-1552.

y dictando el laudo que resuelve el fondo del litigio con autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, la fase de ejecución, especialmente cuando requiere el uso coactivo de la fuerza pública, recae necesariamente en los órganos del Poder Judicial. De igual forma, en el proceso cautelar, destinado a asegurar la eficacia del proceso principal, ambas instancias pueden concurrir a los efectos de dictar y ejecutar las medidas urgentes.

De manera que la interferencia del Poder Judicial en el arbitraje se limita funciones de auxilio, como la adopción de medidas cautelares previas, la evacuación de pruebas que el tribunal arbitral no pueda realizar por sí mismo, y la ejecución forzosa del laudo. También se reconoce al Poder Judicial la competencia para conocer del recurso de nulidad contra el laudo y, en casos excepcionales, ejercer el control de constitucionalidad.

De acuerdo a lo anterior, el arbitraje administrativo no es un mecanismo excluyente ni subordinado al sistema de justicia contencioso-administrativa, sino una jurisdicción concurrente y alternativa para la resolución de controversias contractuales en el ámbito público. Como ha señalado con acierto Hernando Díaz Candia, *“lo correcto es decir que la jurisdicción arbitral, cuando existe en el sector público o estatal, concurre y coexiste con la del Poder Judicial en lo contencioso-administrativo, debiendo juntarse en un mismo lugar o tiempo”*¹¹².

Así, ambas jurisdicciones comparten competencia sobre determinadas controversias derivadas de la contratación administrativa, sin que ello implique que se solapen en todos los aspectos, ya que ciertos ámbitos permanecerán reservados de forma exclusiva al Poder Judicial -como el control de legalidad de los actos administrativos-, mientras que otros podrán ser decididos válidamente por los tribunales arbitrales en ejercicio de una función jurisdiccional autónoma.

Esas eventuales funciones de colaboración o control judicial que, conforme a la LAC, pueden y -según el caso- deben ejercerse en el arbitraje administrativo, corresponden a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tengamos en cuenta que la LOJCA

¹¹² Hernando Díaz Candia, “El arbitraje en el contencioso administrativo”, *XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Instituto de Estudios Jurídicos “Dr. Ricardo Hernández Álvarez”, 2013. P. 455.

en el artículo 1 establece que dicha ley “*tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, salvo lo previsto en leyes especiales*” (negritas añadidas).

Asimismo, el artículo 7 de la LOJCA delimita de manera amplia el ámbito subjetivo de control de la jurisdicción contencioso-administrativa, al establecer que están sujetos a su control no solo los órganos que conforman la Administración pública, sino también otros entes con participación estatal o que ejerzan funciones administrativas. Esto implica que, en el arbitraje administrativo, las funciones de colaboración y control judicial previstas en la LAC deben ser ejercidas por los tribunales contencioso-administrativos en el ámbito de su competencia.

De acuerdo con el artículo 11 de la LOJCA, dicha jurisdicción está constituida por la SPA del TSJ, los juzgados nacionales con competencia regional (distribuidos en las Regiones Capital, Centro-Occidental y Nor-Oriental, conforme al artículo 15), los juzgados superiores estatales (de los cuales habrá al menos uno en cada estado, según el artículo 18) y los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso administrativo; los cuales se encuentran distribuidos desde un punto de vista territorial.

La determinación de cuál de estos órganos debe intervenir concretamente en funciones de auxilio, asistencia o control en el marco de un arbitraje administrativo -es decir, cuando una de las partes involucradas sea un ente de la Administración Pública- debe realizarse conforme al régimen de competencias previsto en la propia LOJCA y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)¹¹³; particularmente en lo que respecta a las demandas de contenido patrimonial ejercidas contra la República, los estados, municipios y demás entes públicos.

Tengamos en cuenta que, de conformidad con lo previsto en los numerales 4 y 8 del artículo 9 de la LOJCA, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para conocer de “*Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público*”, así como de

¹¹³ Última reforma publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.684 Extraordinario, de fecha 19 de enero de 2022.

“Las demandas que se ejerzan contra la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación en las cuales la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva.”

En este sentido, la delimitación de estas competencias para conocer de las demandas de contenido patrimonial que se ejerzan contra la República, los estados, municipios y los demás entes mencionados, fue determinada por razón de su cuantía en la LOTSJ y en la LOJCA, de la siguiente forma:

- i) SPA del TSJ, si su cuantía excede de setenta mil veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, establecido por el Banco Central de Venezuela, siempre que su conocimiento no esté atribuido a otro Tribunal en razón de su especialidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 numeral 1 LOTSJ¹¹⁴.
- ii) Juzgados nacionales de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la cuantía excede de treinta mil unidades tributarias (30.000 UT) y no supera setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), siempre que su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de la material, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 24 de la LOJCA.
- iii) Juzgados superiores estatales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si la cuantía de la demanda no excede de treinta mil unidades tributarias (30.000 UT), cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de su especialidad, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 25 de la LOJCA.

De forma que, dependiendo del tipo de actuación requerida, ya sea que se trate de ejecución de medidas cautelares o del conocimiento del recurso de nulidad, el régimen de competencias establecido en la

¹¹⁴ Debe advertirse que la LOJCA en su artículo 23 numerales 1 y 2, había dispuesto una cuantía diferente para determinar la competencia de la SPA del TSJ en materia de demandas de contenido patrimonial; dicha disposición se entiende que quedó derogada en virtud de la nueva reforma de la LOTSJ (2022), que actualizar y modifica la forma de determinar la competencia por la cuantía de los órganos jurisdiccionales del TSJ.

LOJCA y en la LOTSJ determina cuál órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa debe intervenir en el arbitraje administrativo. Dado que la LAC prevé la actuación tanto de tribunales de primera como de segunda instancia en distintos supuestos, corresponde aplicar este régimen con fundamneto en la materia, el territorio y la cuantía involucrada en cada caso.

2. Tutela cautelar

En materia de tutela cautelar, la LAC reconoce expresamente a los tribunales arbitrales la potestad de dictar las medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto del litigio. Así lo establece el artículo 26 de la LAC, al disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá acordar medidas cautelares, incluso exigiendo garantía suficiente a la parte solicitante.¹¹⁵

Esta potestad cautelar, que abarca no solo la posibilidad de dictar medidas, sino también la de modificarlas, ampliarlas o revocarlas, ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como indisponible, toda vez que comprende una manifestación de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

En efecto, la SC del TSJ, en sentencia Nro. 1067 del 26 de noviembre de 2010, caso *Astivenca*, estableció con carácter vinculante que: “(...) *no es posible afirmar bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que por voluntad de las partes sea posible excluir una potestad intrínseca al ejercicio de la actividad jurisdiccional, como lo es la de garantizar los resultados del juicio a través de medidas cautelares, por lo que esta Sala establece con carácter vinculante, que los árbitros designados para la resolución del fondo de una controversia tienen como parte de sus competencias la facultad de dictar medidas cautelares en el marco del ordenamiento jurídico estatutario aplicable. Así se declara.*”

Las medidas cautelares pueden ser dictadas durante el desarrollo del procedimiento arbitral o bien, en situaciones de urgencia, antes de

¹¹⁵ Para un estudio en este tema véase en Alfredo Almandoz *et. al.*, “La Colaboración de los tribunales ordinarios”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013. Pp. 437 y ss.

que el tribunal arbitral se haya constituido. Ciertamente, tanto el reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA (artículo 38.2.), como el Reglamento general del Centro de Arbitraje de la CACC (artículo 12 al 26), prevén la posibilidad de constituir árbitros de emergencia para dictar medidas cautelares incluso *inaudita altera parte*, cuando la situación así lo amerite.

Teniendo como fundamento esas disposiciones reglamentarias -o cuando se trate de un arbitraje independiente-, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una potestad general al Poder Judicial para decretar medidas cautelares previas a la constitución del tribunal arbitral, sin que ello implique una renuncia tácita al acuerdo de arbitraje, siempre que el peticionante exprese su única pretensión cautelar y manifieste haber iniciado o tener intención de iniciar el respectivo procedimiento arbitral.¹¹⁶

En todo caso, recordemos que, para la procedencia de cualquier medida cautelar -nominada o innominada-, incluso en sede arbitral, deben concurrir al menos dos requisitos esenciales: el *periculum in mora* (peligro en la demora) y el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho).

Ahora bien, las medidas cautelares dictadas en el marco de un procedimiento arbitral podrán ser ejecutadas directamente por el tribunal arbitral, salvo que amerite el uso del poder de *imperium* del Estado. En estos casos, el artículo 28 de la LAC autoriza al tribunal arbitral o a cualquiera de las partes, con su aprobación, a solicitar la asistencia del Tribunal de Primera Instancia competente para la efectiva ejecución de la medida en cuestión; quien deberá atender tal solicitud dentro del ámbito de su competencia y conforme a las normas que le resulten aplicable a las respectivas medidas cautelares.

A los efectos de la ejecución de medidas cautelares en procedimientos arbitrales, debe entenderse por “tribunal de primera instancia competente” aquel al que le habría correspondido el conocimiento de la causa de no haberse sometido la controversia al arbitraje; lo cual, en el caso específico de los arbitrajes administrativos, debe ser determinado con vista al régimen de competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

¹¹⁶ Véase sentencia SC del TSJ Nro. 1067 del 26 de noviembre de 2010, caso *Astivenca*.

3. Evacuación de pruebas

En el procedimiento arbitral, los árbitros disponen de amplias facultades probatorias que les permiten asegurar el esclarecimiento de los hechos controvertidos y garantizar el derecho de defensa de las partes. Entre ellas se encuentran la potestad de admitir o rechazar los medios probatorios promovidos, solicitar a las partes o a terceros información adicional que estimen pertinente, presenciar la evacuación de los medios de prueba conforme al principio de inmediación, así como valorar el material probatorio que servirá de fundamento al laudo que resuelva el fondo del litigio.

En particular, corresponde a los árbitros la facultad de ordenar y practicar directamente la evacuación de las pruebas que las partes aporten al proceso. No obstante, cuando la naturaleza del medio probatorio o las circunstancias del caso exijan el uso del poder de *imperium* del Estado -como puede ocurrir, por ejemplo, con la compulsión de documentos en poder de terceros reuñentes a colaborar con el tribunal arbitral, el acceso a información bajo resguardo oficial, o la evacuación de testigos fuera de la localidad donde se tramita el arbitraje-, el tribunal arbitral podrá solicitar la asistencia del Poder judicial para la práctica de dichas diligencias. Esta posibilidad está expresamente prevista en el artículo 28 de la LAC, que dispone:

Artículo 28. *El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables. (Resaltado nuestro).*

Esta disposición normativa constituye una manifestación concreta del principio de colaboración entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria, que permite asegurar la eficacia del procedimiento sin menoscabar la autonomía del tribunal arbitral.

De hecho, el artículo 62 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la CACC reconoce que el tribunal arbitral podrá instruir la

causa por los medios que considere apropiados, ordenar la audición de testigos, peritos o cualquier otra persona, y requerir en cualquier etapa del procedimiento la producción de pruebas adicionales; y ratifica la posibilidad de solicitar al tribunal competente la asistencia necesaria para la práctica de las pruebas que no pueda realizar directamente.

Hay que aclarar que el rol del “Tribunal de Primera Instancia competente” en estos supuestos debe ser estrictamente instrumental. No le corresponde calificar el mérito, la pertinencia o necesidad de la prueba solicitada, ni modificar los términos en los que el tribunal arbitral ha requerido su práctica. Su intervención debe limitarse a ejecutar la asistencia dentro del marco y parámetros establecidos por el tribunal arbitral, respetando así la autonomía del proceso arbitral y el principio de colaboración interjurisdiccional.

Sobre la determinación del tribunal competente para prestar la asistencia en relación a la evacuación de pruebas en el marco de un proceso arbitral, pueden hacerse comentarios similares en cuanto al auxilio judicial en materia de medidas cautelares. Como dijimos, en el caso del arbitraje administrativo, dicha competencia corresponde a los tribunales de primera instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al régimen previsto en la LOJCA y en la LOTSJ, aplicado según la cuantía y la naturaleza del ente público involucrado.

4. Recurso de nulidad contra laudos arbitrales

El reconocimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos, y muy particularmente del arbitraje, como parte del sistema de justicia se fundamenta en el hecho de que, al igual que en los procesos judiciales, *“a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia”*¹¹⁷.

De allí que, tal como lo ha señalado el TSJ, el laudo arbitral tiene naturaleza de sentencia y, con ello, se han resaltado y las estrechas semejanzas que existe entre la sentencia judicial y el laudo arbitral.

Una de esas similitudes radica en el hecho de que todo laudo arbitral, al igual que la sentencia judicial, puede ser impugnado mediante

¹¹⁷ Sentencia de la SC del TSJ de fecha 17 de octubre de 2008 caso: *Hildegard Rondón de Sansó y otros. Interpretación Constitucional del Art. 258.*

los mecanismos previstos en la ley. Concretamente, la LAC, en su capítulo VII, titulado “De la anulabilidad del laudo”, prevé el recurso de nulidad como el medio de impugnación ordinario de los laudos arbitrales, estableciendo las causales específicas, los requisitos de admisibilidad, la necesidad de prestar caución, y el procedimiento a seguir, conforme a los artículos 43 al 47.

El artículo 43 de la LAC establece que *contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad*, el cual debe interponerse por escrito ante el “*tribunal superior competente del lugar donde se hubiere dictado*”, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, acompañado del expediente sustanciado por el tribunal arbitral. La sola interposición del recurso no suspende la ejecución del laudo, salvo que el Tribunal Superior lo acuerde, previa constitución de caución suficiente por el recurrente.

De acuerdo con la interpretación de la SC del TSJ, el ‘tribunal superior competente’ será “(…) *aquél a quien hubiere correspondido conocer del conflicto en segunda instancia, si las partes no hubieren elegido el arbitraje*”¹¹⁸.

Como dijimos, la determinación del tribunal superior competente para conocer del recurso de nulidad contra un laudo arbitral dictado en un arbitraje administrativo dependerá del criterio de la cuantía, conforme al régimen de competencias de las demandas de contenido patrimonial previsto en la LOTSJ y en la LOJCA. Esta determinación será aplicable tanto si el recurso es interpuesto por un particular como si lo ejerce alguno de los entes que conforman la Administración Pública, ya sea nacional, estatal o municipal, centralizada o descentralizada, con personalidad jurídica de derecho público o de derecho privado.

Así, se deberá identificar cuál habría sido el tribunal que, de no existir acuerdo arbitral, habría conocido del fondo del litigio en segunda instancia. En este sentido, los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se consideran la alzada de los Juzgados Superiores Estadales; y la SPA del TSJ actúa como superior jerárquico

¹¹⁸ Sentencia de la SC del TSJ Nro. 1981 de fecha 16 de octubre de 2001, caso: *Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV)*, reiterada en sentencias Nro. 2346 de fecha 26 de agosto de 2003, caso: *Consortio Barr; S.A.*, y Nro. 1206 de fecha 14 de agosto de 2012, caso: *Sociedad Mercantil Orinoco Iron S.C.S.*

de los Juzgados Nacionales. Finalmente, en aquellos casos en los que la competencia corresponda originariamente a la SPA por la elevada cuantía del asunto, y por tanto no exista un tribunal superior, será esta Sala la que conocerá directamente del recurso de nulidad contra el laudo arbitral, en aplicación preferente la LOTSJ y la LOJCA.¹¹⁹

En cuanto a las causales de nulidad, el artículo 44 de la LAC establece que el recurso solo procederá por los motivos allí previstos, los cuales pueden ser agrupados en dos grandes categorías: (i) vicios relacionados con las partes y el procedimiento, y (ii) vicios relacionados con el objeto del arbitraje o el orden público. En términos generales, se podrá declarar la nulidad del laudo cuando:

- a) Una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitral;
- b) La parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o haya estado impedida de ejercer sus derechos;
- c) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado lo dispuesto en la Ley;
- d) El laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o se exceda de su objeto;
- e) El laudo no sea vinculante para las partes o haya sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f) El objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.

Dispone el artículo 45 de la LAC que el Tribunal Superior no admitirá el recurso si éste se interpone fuera de plazo o si las causales alegadas no se corresponden con las previstas en la ley; y que en el auto de admisión se fijará la caución que el recurrente deberá prestar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a partide de dictado dicho auto. En

¹¹⁹ Vid. en José Gregorio Torrealba, “La Nulidad de Laudos Arbitrales relacionados con la Administración Pública”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013. Pp. 474 y 475.

caso de que no se otorgue la caución o de que el recurso no se sustente, éste será declarado sin lugar.

También se declarará sin lugar el recurso si ninguna de las causales invocadas prospera, caso en el cual se condenará a costas al recurrente y el laudo quedará firme y será de cumplimiento obligatorio por las partes (artículo 46 LAC).

Una vez admitido y dada la caución respectiva, el Tribunal Superior en cuestión sustanciará la causa conforme al procedimiento ordinario regulado en el CPC (artículo 47).

5. Ejecución forzosa de laudos arbitrales

Sabemos que los laudos arbitrales tienen el mismo valor y fuerza obligatoria que las sentencias judiciales definitivas, de conformidad con lo previsto en la LAC. Sin embargo, un laudo arbitral por sí solo no es suficiente para satisfacer las pretensiones del actor, aun cuando éste las estime en su totalidad por el tribunal arbitral. Al igual que ocurre con las sentencias judiciales, será necesario que lo decidido en el laudo se ejecute efectivamente para que se materialice la satisfacción de la pretensión de decida.¹²⁰

En otras palabras, sin el cumplimiento cabal del mandato contenido en la decisión del tribunal arbitral, el reconocimiento de derechos establecidos en ella será vano, se reduzca a una mera declaración formal, carente de eficacia práctica y con grave afectación al principio de seguridad jurídica.

Tal como ocurre con las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales, la ejecución del laudo constituye una manifestación concreta del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución. En efecto, del mismo modo en que la jurisprudencia ha reconocido que el derecho a la ejecución de sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, puede sostenerse, por analogía, que existe también un derecho a la ejecución del laudo

¹²⁰ Tal como lo estableció acertadamente la extinta CSJ, el derecho constitucional de acceso a la justicia “no sólo se comprende de la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten”. Véase Sentencia de la SPA de la CSJ del 22 de noviembre de 1990. Magistrado Ponente: Dr. Román J. Duque Corredor. Juicio: E. Fuentes y otros en amparo, Caso: *Mochima*, Exp. 6810.

arbitral¹²¹. Este derecho está igualmente informado por principios fundamentales del debido proceso, cuya inobservancia por parte del Estado puede comprometer su responsabilidad nacional e internacional.

No basta con que las partes puedan acudir a un tribunal arbitral para dimitir sus diferencias, ni con que se dicte una decisión que resuelva el fondo de la controversia; es imprescindible que lo decidido se cumpla y que, en caso de incumplimiento voluntario, la parte vencedora disponga de mecanismos eficaces para la ejecución forzada de lo decidido.

Sin embargo, en tanto la ejecución forzosa supone el uso del poder coactivo del Estado -esto es, el ejercicio de la potestad de *imperium*-, dicha función está reservada de manera exclusiva a los órganos del Poder Judicial. Corresponde, en consecuencia, a los tribunales de la jurisdicción ordinaria ejecutar forzosamente los laudos arbitrales que no hayan sido cumplidos voluntariamente, en ejercicio de una función de colaboración con el sistema arbitral y como garantía de la tutela judicial efectiva.

¹²¹ La SPA del TSJ, sentencia Nro. 1671 de fecha 18 de julio de 2000, caso *CANTV*, señaló como principios rectores del derecho a la ejecución de sentencias los siguientes:

- a) *El principio de inmodificabilidad de la sentencia*: Consiste en la afirmación de que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por una sentencia firme, salvo aquéllos casos, en que, por razones justificadas, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación, siempre que tal sustitución se realice por los cauces legalmente establecidos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica.
- b) *El principio de interpretación finalista del fallo*: Se refiere a la necesidad de que el juez de la ejecución apure la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas las consecuencias naturales en relación con la causa petendi, sin atenerse a la literalidad estricta de aquél.
- c) *El principio de ejecuciones fraudulentas o simuladas*: Consiste en evitar el cumplimiento aparente o indirecto de las sentencias, para garantizar la efectividad de la tutela judicial y desechar con ello, la necesidad del afectado de tener que promover nuevas acciones o recursos para obtener la satisfacción completa de sus derechos o intereses reconocidos por sentencia firme.
- d) *El principio de la diligencia debida*: Consiste en la obligación de la Administración (en los juicios en que la misma sea parte) a no posponer la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario y a los jueces y Tribunales a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la ejecución.
- e) *El principio de ampliación de la legitimación*: Se refiere a la posibilidad que tienen todos los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por una sentencia, de pedir la ejecución de la misma aún en el caso de que no hubieran podido ser partes en el proceso que la produjo.

A este respecto, el artículo 48 de la LAC que:

Artículo 48. El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir *exequatur*, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario.

La primera conclusión que puede extraerse del referido artículo es que todos los laudos arbitrales, en principio, son objeto de reconocimiento por parte del Estado como una decisiones firmes, obligatorias y, por tanto, ejecutables. En otras palabras, la finalidad de dicho dispositivo normativo es conferir al laudo arbitral la condición de título ejecutivo.

Una segunda conclusión, es que dicho reconocimiento y ejecución forzosa se extiende tanto a los laudos dictados en arbitrajes nacionales como a los laudos emitidos en el extranjero, sin necesidad de que medie un procedimiento de *exequatur*.

Esta previsión interna debe leerse, además, en armonía con el artículo 1 de la propia LAC, el cual -como dijimos al inicio- deja a salvo la aplicación de tratados internacionales en la materia, entre ellos la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958), ratificada por Venezuela en 1995.

La Convención de Nueva York, en el artículo III, obliga a los Estados parte a no imponer condiciones más gravosas ni trámites sustancialmente más onerosos que los aplicables a la ejecución de laudos nacionales, lo que garantiza un trato igualitario y expedito. Así, una parte que haya obtenido un laudo arbitral en el extranjero puede solicitar su ejecución en Venezuela con la misma eficacia que un laudo dictado en un arbitraje doméstico, siempre que no concurra alguna de las causales de denegación previstas en el artículo 49 de la LAC

(que reproduce con algunos cambios las contenidas en el artículo V de la Convención). A su vez, esta reciprocidad permite que los laudos arbitrales venezolanos puedan ser ejecutados en los demás Estados adheridos a la Convención.

En tercer lugar, el artículo 48 LAC, al reconocer la fuerza ejecutoria del laudo arbitral, establece que su ejecución forzosa debe solicitarse ante el Poder Judicial. En efecto, cuando no haya cumplimiento voluntario de un laudo, la parte favorecida puede acudir al tribunal ordinario competente para que, en ejercicio de su potestad de *imperium*, imponga coactivamente el cumplimiento de lo decidido.

Para que un laudo arbitral sea susceptible de ejecución forzosa, debe revestir el carácter de inapelable. Como regla general, los laudos arbitrales -una vez aclarados, corregidos o complementados por el tribunal arbitral, si hubiere lugar- se presumen firmes y no son susceptibles de apelación. Sin embargo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden convenir expresamente que el laudo sea apelable. En tal supuesto, el laudo solo adquirirá firmeza y podrá ejecutarse una vez decidida la apelación o vencido el plazo para interponerla.

Conviene precisar, en todo caso, que la posibilidad de apelar un laudo arbitral no es común en el sistema arbitral venezolano. Lo ordinario es que los laudos solo puedan ser impugnados mediante el recurso de nulidad por las causales expresamente previstas en la LAC. La apelación -cuando ha sido pactada- es un recurso que ataca el mérito o fondo del laudo; mientras que el recurso de nulidad es un mecanismo extraordinario de control que tiene por objeto verificar vicios graves que afectan la validez del laudo o del procedimiento arbitral.

Téngase presente también que la ejecución de un laudo arbitral procede aun cuando éste no haya quedado definitivamente firme. Recordemos, en efecto, que la interposición de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral no suspende automáticamente la ejecución del laudo, salvo que la parte recurrente así lo haya solicitado y, además, haya prestado caución suficiente que garantice el cumplimiento del laudo y los eventuales daños y perjuicios que pudieran causarse a la contraparte en caso de que dicho recurso fuese declarado sin lugar.

Por otra parte, tanto el reconocimiento como la ejecución de un laudo arbitral -sea nacional o internacional- solo pueden ser denegados

por las causales taxativamente establecidas en el artículo 49 de la LAC, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 49. El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:

- a) 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;
- b) 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;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún 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) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución 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;
- g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido.

Ahora bien, la LAC se limita a establecer que la ejecución forzosa del laudo arbitral deberá solicitarse ante el “Tribunal de Primera Instancia competente” (artículo 48), sin precisar concretamente cuál tribunal debe entenderse como tal. La jurisprudencia ha interpretado que, por regla general, esta competencia le corresponde al tribunal de primera instancia del lugar donde tuvo su sede el arbitraje.¹²²

¹²² Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, Extensión Cabimas N° 76-12 de fecha 17-9-2012, Caso: *Folchi Marítimo, C.A. contra Servicios Halirbuton*

No obstante, parte de la doctrina sostiene que también podrían ser competentes el tribunal del domicilio del deudor, el del lugar de cumplimiento del contrato o aquel donde deba realizarse el pago ordenado en el laudo.¹²³ En cualquier caso, resulta indispensable que se garantice el derecho a la defensa de la parte perdedora, mediante su previa citación, pues, a diferencia de los procesos judiciales ordinarios, en este caso podría desconocer ante qué tribunal y en qué momento se solicitará la ejecución forzosa.¹²⁴

En el caso del arbitraje administrativo, corresponde a los tribunales contencioso-administrativos de primera instancia la ejecución forzosa de los laudos dictados en procedimientos arbitrales donde esté involucrado un órgano o ente sujeto al control de dicha jurisdicción, conforme lo previsto en el artículo 7 de la LOJCA.

Esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 107 de la LOJCA, según el cual ***“La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, le corresponderá al tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia”*** (negritas añadidas). Tratándose de un procedimiento arbitral, en el que el conocimiento de la controversia correspondió a un tribunal arbitral -y no a un órgano jurisdiccional ordinario-, debe entenderse que la ejecución corresponderá al tribunal que habría conocido del asunto en primera instancia si la controversia no hubiese sido sometida a arbitraje.

Esta competencia, como dijimos, debe determinarse conforme al régimen previsto en la LOJCA y en la LOTSJ para las demandas de contenido patrimonial, atendiendo, entre otros criterios, a la territorialidad y a la cuantía del asunto.

En cuanto al procedimiento aplicable a la ejecución de un laudo arbitral, aunque el artículo 48 de la LAC remite a las normas del CPC relativas a la ejecución de sentencias (Libro Segundo, Título IV, Capítulo I, artículos 523 y siguientes), cuando el ejecutante o el ejecutado

de Venezuela, S.A. Disponible en: <https://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/SEPTIEMBRE/533-17-2099-12-69-76-12.HTML>

¹²³ Henry Torrealba Ledesma, “El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013. Pp. 484 y 485.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 491 y ss.

sea un sujeto sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, deberá aplicarse -en virtud del principio de especialidad- el procedimiento de ejecución previsto en los artículos 107 al 111 de la LOJCA y en las disposiciones a las que éstos remiten.

En este sentido, los procedimientos de ejecución establecidos en la LOJCA y otras leyes para las sentencias deben aplicarse, *mutatis mutandis*, a la ejecución de los laudos arbitrales, atendiendo a la naturaleza de la decisión arbitral como acto con fuerza equivalente a una sentencia definitiva.

Es necesario resaltar que el régimen de ejecución varía según el órgano o ente condenado por el laudo, por lo que resulta necesario examinar cada caso en particular: la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos y entes públicos o, en su caso, particulares.

5.1. Ejecución de laudos contra la República y los estados

De acuerdo con lo previsto en el encabezado del artículo 108 de la LOJCA, cuando se traten de laudos arbitrales condenatorios contra la República o algún estado, la ejecución se efectuará con arreglo a lo previsto en el DLOPGR (artículos 99 y 100).

5.1.1. Limitaciones a la ejecución y procedimiento de ejecución

La ejecución de los laudos cuando ha sido condenada la República no se tramita de la forma como lo prevé el CPC para todos los casos, en su lugar debe cumplirse un procedimiento especial. Para justificar este procedimiento especial y más favorable se han invocado dos principios contemplados por el ordenamiento jurídico, estos son: el principio de legalidad presupuestaria y el principio de inembargabilidad de los bienes públicos.

El principio de la legalidad presupuestaria (artículo 314 constitucional) conforme al cual, la administración no podrá hacer gasto o erogación alguna que no esté prevista en la Ley de Presupuesto. En todo caso, sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para aquellos gastos que fuesen necesarios y que no estuviesen previstos. Así, aquellos compromisos que tengan fundamento, por ejemplo, en

una sentencia judicial se pagarán con cargo a la partida de presupuesto que para tales fines se disponga en cada ejercicio.

El principio de la inembargabilidad de los bienes públicos (artículo 87 DLOPGR) con fundamento en el cual, los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos, sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias o de actos equivalente contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

5.1.2. Procedimiento de ejecución de laudos dictadas contra la República

Los artículos 99 y 100 del DLOPGR establecen el procedimiento aplicable para la ejecución de sentencias y, por extensión, de los laudos arbitrales dictados contra la República, en los siguientes términos:

- El tribunal encargado de ejecutar deberá notificar al Procurador General de la República sobre la sentencia quien, a su vez, solicitará al órgano respectivo que dentro del lapso de sesenta (60) días siguientes, informe al tribunal sobre la forma y oportunidad de ejecución.
- Recibida la propuesta del órgano o ente público correspondiente, la parte interesada previa notificación podrá aceptarla o rechazarla y, en este último caso, el tribunal fijará otra oportunidad para la presentación de una nueva propuesta. Si esta última propuesta no es aprobada por el interesado, o si el órgano o ente respectivo no presenta propuesta alguna, el tribunal deberá determinar la forma en que se ejecutará lo decidido según el siguiente procedimiento:
 - a. Si se trata de cantidades de dinero, el tribunal a petición de parte ordenará que el monto a pagar se incluya en la partida de los próximos dos ejercicios presupuestarios, debiendo remitir al Procurador copia certificada de la decisión.
 - b. Si se trata de entrega de bienes, el tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si el inmueble está afectado al uso público el tribunal deberá acordar la

fijación de su precio mediante avalúo, realizado por tres (3) peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. En caso de desacuerdo, el tercer perito es nombrado por el tribunal ejecutor.

5.2. Ejecución de laudos contra los municipios

El artículo 108 de la LOJCA establece que la ejecución de las sentencias que condenen a los Municipios, serán ejecutadas conforme a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)¹²⁵ y, supletoriamente, será aplicado el procedimiento previsto en la LOJCA.

Por aplicación de este mismo criterio, los laudos arbitrales dictados contra los municipios deberán ejecutarse conforme a las reglas establecidas en los artículos 158 y 159 de la LOPPM, adaptadas al ámbito arbitral. Dichos artículos regulan los procedimientos aplicables para la ejecución forzosa de decisiones condenatorias contra los municipios, y son los siguientes:

5.2.1. Ejecución Voluntaria (artículo 158 LOPPM)

1. El tribunal encargado de la ejecución notificará al alcalde o autoridad ejecutiva del municipio que debe dar cumplimiento voluntario a la sentencia dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la notificación.
2. Dentro de ese lapso, el municipio o entidad municipal podrá proponer al tribunal ejecutante una forma de cumplir con el laudo, pudiendo ser aceptada o rechazada por la parte interesada.
3. Si la forma de ejecución propuesta fuere rechazada, las partes podrán suspender el lapso previsto para la ejecución voluntaria o realizar actos de composición voluntaria.
4. Transcurrido el lapso para que se realice la ejecución voluntaria se procederá a efectuar la ejecución forzosa.

5.2.2. Ejecución Forzosa (artículo 159 LOPPM)

Vencido el plazo para la ejecución voluntaria, el tribunal procederá a determinar la forma y oportunidad para dar cumplimiento forzoso

¹²⁵ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.015 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2010.

del laudo, según los siguientes procedimientos reseñados en forma resumida:

1. Cuando la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el tribunal, a petición de parte, ordenará al municipio para que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y siguientes, a menos que exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. Cuando no se diere el cumplimiento de pago con cargo a la partida prevista, el Tribunal, a petición de parte, ejecutará el laudo conforme al procedimiento previsto en el CPC para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero.
2. Cuando en el laudo se hubiere ordenado la entrega de algún bien el tribunal llevará a efecto la entrega. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública, el tribunal, a petición de parte, acordará que el precio sea fijado mediante peritos en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (LECUPS)¹²⁶. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero.

Notamos en la norma que si la orden de ejecución no fuere cumplida por la administración, o si la partida de presupuesto correspondiente no fuere ejecutada, el tribunal a instancia de parte ejecutará el laudo con base al procedimiento ordinario previsto en el CPC, esto es, el embargo y posterior remate de los bienes de la administración salvo que se trate de bienes del dominio público, previo cumplimiento de las formalidades a las que alude la LOPPM en el numeral primero de su artículo 159.

5.3. Ejecución de laudos contra Institutos Autónomos y otros entes

La ejecución de los laudos arbitrales contra los institutos autónomos, entes públicos o empresas en las cuales la República, los estados o los municipios tengan participación decisiva, se llevará a cabo de acuerdo a las normas de ejecución establecidas en los artículos 109 y 110 de la LOJCA, las cuales puede resumirse en:

¹²⁶ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 37.475, de fecha 1 de julio de 2002.

5.3.1. Ejecución voluntaria (Artículo 109 LOJCA)

1. El tribunal notificará a la parte condenada para que dé cumplimiento voluntario a la sentencia dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a su notificación.
2. Durante ese lapso podrá proponerse al ejecutante una forma de cumplir con el laudo.
3. Las partes podrán suspender el lapso de ejecución voluntaria por el tiempo que acuerden.

5.3.2. Ejecución forzosa (Artículo 110 LOJCA)

Vencido el lapso para el cumplimiento voluntario, a instancia de parte, el tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por el laudo, según las reglas siguientes:

1. Cuando la condena hubiese recaído sobre cantidad líquida de dinero, el tribunal ordenará a la máxima autoridad administrativa de la parte condenada que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y el siguiente, a menos que exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del ejecutado. Cuando la orden del tribunal no fuese cumplida o la partida prevista no fuese ejecutada, el tribunal, a petición de parte, ejecutará el laudo conforme al procedimiento previsto en el CPC para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero.
2. Cuando en el laudo se hubiese ordenado la entrega de bienes, el tribunal la llevará a efecto. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, servicio público o actividad de utilidad pública, el tribunal acordará que el precio sea fijado mediante peritos, en la forma establecida por la LECUPS. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero.

5.4. Ejecución de laudos contra los particulares

De conformidad con lo previsto en el artículo 111 de la LOJCA, en los casos en que la ejecución del laudo arbitral deba realizarse contra particulares, se aplicará el derecho procesal común. En consecuencia,

resultan aplicables, *mutatis mutandis*, las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículos 523 y siguientes), relativas al procedimiento de ejecución forzosa de las sentencias judiciales.

IV. PRERROGATIVAS PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEMÁS ENTES PÚBLICOS EN EL ARBITRAJE

1. Consideraciones generales

Como hemos dicho el arbitraje ha sido incluido dentro del sistema de justicia, de manera que en ocasiones la justicia administrativa puede ser concretada a través del arbitraje. De forma que sea cual sea el método de solución de las controversias con la administración, el judicial o el arbitral, dos principios fundamentales deben armonizarse y tenerse en cuenta; de una parte, el derecho a la igualdad frente a la ley, consagrado en el artículo 21 de la Constitución y como derivación de éste el principio de igualdad de las partes en el proceso judicial o arbitral y de la otra el referido a la tutela judicial establecido en el artículo 26 *eiusdem*.

Tengamos en cuenta, además, que la exposición de motivos de la Constitución señala que el derecho a la justicia tiene fundamento “*en los derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva*” y exhorta al legislador, con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, a “*eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio*”.

Consideramos, entonces, que no puede haber tutela judicial efectiva si no se cumple el principio de igualdad de las partes en el proceso, aun cuando ella sea una persona jurídica de derecho público o un ente de índole privada creado mediante la descentralización funcional del Estado.¹²⁷ No hay tutela judicial efectiva en un proceso judicial en el

¹²⁷ Véase en Rafael Badell Madrid, “Prerrogativas procesales de la administración y demás entes públicos en el arbitraje”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 174, Caracas, 2023. pp. 867-897.

que se reconozcan beneficios o privilegios procesales y fiscales a una de las partes y cargas y obligaciones a la otra, tanto más entonces si se trata de procedimientos arbitrales que son mecanismos alternos de solución de conflictos en los que la igualdad de las partes es uno de los principios que lo informa.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el arbitraje es procedente incluso en materias de orden público¹²⁸. En estos casos -dijimos-, los árbitros deben aplicar las normas sustantivas de orden público como derecho aplicable al fondo del litigio (*lex causae*), ya que estas no son disponibles por las partes. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las normas de carácter adjetivo que, aun cuando estén calificadas como de orden público, sí pueden ser excluidas por voluntad de las partes en el compromiso arbitral.

De tal forma que las disposiciones procesales propias del derecho administrativo, como las prerrogativas y privilegios procesales de los entes públicos, no resultan exigibles en sede arbitral. Esta distinción entre normas sustantivas y adjetivas permite afirmar que, en el arbitraje, no se imponen aquellas reglas procesales de orden público que rigen exclusivamente en la jurisdicción ordinaria.

De hecho, uno de los elementos esenciales del arbitraje es, precisamente, el principio de la autonomía de voluntad de las partes, según el cual éstas acuerdan libremente someter su controversia a un árbitro, como tercero imparcial, “[...] *para que éste lo resuelva a través de un procedimiento que es materialmente jurisdiccional, pero que formalmente se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción estatal*”¹²⁹.

De allí que la LAC en su artículo 5, disponga expresamente que “[...] *el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.*” (artículo 5).

Conforme a dicha disposición, los procedimientos arbitrales no están sujetos a los requisitos y formalidades propios de la justicia

¹²⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ número 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, caso: *Hildegard Rondón de Sansó* y otros; ratificada en sentencias números 1773 del 30 de noviembre de 2011, caso: *Van Raalte de Venezuela C.A.*, y 1041 del 30 de noviembre de 2017, caso *GALERÍAS ÁVILA CENTER, C.A.*

¹²⁹ Carlos A. Gabuardi, “La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1, Caracas. 2021. p. 285.

ordinaria. Cuando se acude voluntariamente a la vía del arbitraje, nacional o internacional, se renuncia a la jurisdicción judicial y a todas las normas adjetivas que regulan esa jurisdicción, incluyendo los privilegios y prerrogativas procesales.

Otro aspecto fundamental que resalta la doctrina -Merino Merchán- es que las partes que se hayan sometido válidamente a un arbitraje, lógicamente deben encontrarse bajo un régimen de igualdad ante el árbitro o tercero decisor, y en este sentido afirma que “[...] *la intervención del Estado en estas lides se presta a la necesidad de adecuación a los esquemas propios del arbitraje y particularmente en la esfera internacional, en que el Estado y sus ‘emanaciones’ se presentan -deben hacerlo- en un plano de igualdad, con los particulares*”¹³⁰.

Con el desarrollo y complejidad de las administraciones públicas que demandan los tiempos actuales, éstas se han visto en la necesidad de celebrar contrataciones de un muy marcado carácter comercial que podríamos decir que tienden a despojar a las agencias o empresas públicas de esa imperante condición de autoridad; aunado al hecho de que si se trata de contrataciones en el ámbito internacional, a falta de un derecho común para la resolución de conflictos el arbitraje resalta muy útil, pero por su puesto, este por su propia esencia no puede admitir unas condiciones de desigualdad o de privilegios entre las partes, como sí sucede no pocas veces en el caso de los Estados frente a los particulares dentro de sus propias jurisdicciones.

Cuando el Estado acuerda someterse al arbitraje, está renunciando a cualquier prerrogativa, privilegio, ventaja o condición de supremacía que provenga de su ordenamiento jurídico interno. La doctrina -Merino Merchán- apunta a esta conclusión, al señalar que “[...] *el sometimiento de un Estado a arbitraje -o el de una entidad gubernamental- implica una previa renuncia expresa o tácita a la prerrogativa inmunitoria, por mucho que en algunas ocasiones, cada vez menos, el Estado alegue dicho privilegio ante un tribunal arbitral*”.¹³¹

¹³⁰ José Fernando Merino Merchan, “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional” en *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* Volumen 1 Nro. 3, Editorial CEU Ediciones, Madrid, 2008. p. 733.

¹³¹ *Ibidem.* p. 724.

De tal forma que, la naturaleza del arbitraje hace que los procedimientos arbitrales estén exceptuados de los condicionamientos, obligaciones o deberes propios de la jurisdicción ordinaria (en sentido amplio incluyendo la competencia contencioso administrativa) y de sus funcionarios¹³².

A pesar de que son incompatibles con el derecho administrativo moderno los privilegios y prerrogativas procesales y fiscales que se le otorgaban originariamente la administración, en Venezuela algunas leyes todavía hoy, en contra de lo dispuesto en la Constitución, sitúan a la República y otros entes públicos en una posición de privilegio frente a los particulares, fundamentada erróneamente en el interés público que aquellos están llamados a tutelar y que debe prevalecer.

Los privilegios y prerrogativas procesales de la República, institutos autónomos, estados y municipios, se hallan consagrados principalmente en el DLOPGR, y reiteradas o extendidas por medio de otras leyes, como son: la LOAP, la LOJCA, la LODDT y la LOPPM.

De acuerdo con el artículo 100 de la LOAP¹³³, también son aplicables las prerrogativas del Estado en favor de los Institutos Autónomos.

Para todo lo referente a las demandas que sean ejercidas en contra los estados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la LODDT¹³⁴, se extiende a esas entidades político territoriales los mismos privilegios y prerrogativas de la República.

Aunque dicha ley no lo establece expresamente, debe entenderse que las disposiciones relativas a las prerrogativas de la República son aplicables *mutatis mutandis* a los estados, es decir, adaptadas a su

¹³² Un ejemplo de esta independencia y plena separación de la jurisdicción arbitral frente el sistema de justicia del Estado, fue señalado en su momento por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia No. 1121 del 20 de junio de 2007 (caso: Distribuidora Punto Fuerte DPF, C.A.), la cual estableció que los árbitros no estaban sujetos a la prohibición del artículo 254 de la Constitución, de establecer aranceles, tasas ni exigir pago alguno por sus servicios. Sentencia citada por Andrea Cruz Suárez Gabriel Sira Santana, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*. No. 1 año 2020. Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas. 2021. p. 330.

¹³³ Artículo 100 LOAP. Los institutos públicos o autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.

¹³⁴ Artículo 36 LODDT. Los estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República.

estructura orgánica y competencias conforme al ordenamiento jurídico de cada entidad federada.

En lo que refiere a los municipios, si bien la LOPPM establece prerrogativas propias de los municipios, no estipula que le sean aplicables las propias de la República, sin embargo, la SPA del TSJ determinó que estas prerrogativas sí aplican a los municipios.¹³⁵

Adicionalmente -y para mayor gravedad- la jurisprudencia ha extendido estos privilegios a entes públicos para los cuales no está ello expresamente dispuesto por la ley, como es el caso de las empresas del Estado.¹³⁶

De manera que, contrario a lo dispuesto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia han ratificado las inmunidades y privilegios en perjuicio del derecho de los particulares a una protección judicial efectiva.

Esas prerrogativas y privilegios procesales y fiscales para la República y otros entes públicos se presentan antes del proceso judicial, durante el proceso judicial y después del proceso, en la fase de ejecución de la decisión.

Entre estas prerrogativas destacan, antes del proceso, la exigencia del antejuicio administrativo; durante el juicio, normas especiales como la citación diferenciada del Procurador General, la improcedencia de la confesión ficta contra la República y privilegios en materia de medidas cautelares y pruebas; al momento de dictar la sentencia, la obligatoriedad de la consulta en caso de fallos adversos al Estado; y en la ejecución, limitaciones expresas como la inembargabilidad de

¹³⁵ Véase al respecto la Sentencia Nro. 1995 de la SPA del 6 de diciembre de 2007, caso: *Praxair Venezuela, S.C.A contra el Distrito Metropolitano de Caraca*, en la cual se estableció que: “(...) *aun y cuando la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no reguló la obligatoriedad del agotamiento del antejuicio administrativo como requisito de admisibilidad de las acciones incoadas contra los órganos y entes municipales, tal prerrogativa procesal debe aplicarse a los mismos, en virtud del interés público involucrado en el ejercicio de sus funciones...*”.

¹³⁶ Véase al uso la Sentencia Nro. 735 de la SC del 25 de octubre de 2017, En la cual se establece con carácter vinculante que “[...] *las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales*”.

bienes públicos y la prohibición de imponer cauciones o costas procesales contra la República.

2. El antejuicio administrativo

El antejuicio administrativo es una de los privilegios clásicos que reclama el Estado antes de ser sometido a juicio. Desde el momento que prosperó la idea de que el Estado podía ser sometido a juicio, comenzaron los esfuerzos por protegerse de ellos y, precisamente, el antejuicio fue una técnica a estos efectos.

Teniendo como fundamento la idea heredada del derecho administrativo francés respecto de la necesidad de tener una decisión previa para que la administración pueda ser sometida a juicio, en muchos países se estableció un procedimiento administrativo obligatorio previo a las reclamaciones judiciales.

En Venezuela, el DLOPGR, en los artículos 68 al 74 regula el antejuicio administrativo, conforme al cual antes de instaurar cualquier demanda contra la *República* debe iniciarse un procedimiento administrativo previo para exponer concretamente las pretensiones del caso.

El artículo 68 del DLOPGR dispone que “*Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito debe dar recibo el interesado y su recepción debe constar en el mismo*” y el artículo 74 *eiusdem* prevé este requisito como presupuesto de admisibilidad en las demandas intentadas contra la República, al establecer que “*los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo...*”.

El antejuicio administrativo tiene un alcance o ámbito de aplicación determinado y muy concreto y es precisamente el regulado por el artículo 68 del DLOPGR, que cuando establece el procedimiento previo se refiere a quienes pretendan instaurar una “*demandas*” ante un funcionario judicial de contenido patrimonial contra la República y luego hasta el artículo 74 del DLOPGR, se regula el procedimiento administrativo previo a las “*demandas*” contra la República.

A los procedimientos arbitrales en contra de la República que se inicien y sustancien, bien con motivo de una cláusula compromisoria contenida en un contrato administrativo o con fundamento en un tratado de protección internacional de inversiones, no se les aplica esa obligación exigida en el DLOPGR de tramitar el antejuicio administrativo.

En razón de lo anterior, no podría el Estado venezolano exigir el cumplimiento del antejuicio administrativo en un procedimiento arbitral y, en el caso de un arbitraje sometido al conocimiento de un tribunal arbitral internacional, insistimos no lo podría hacer incluso si el derecho aplicable escogido hubiese sido el venezolano, esto en virtud de ese principio tan esencial al arbitraje de garantizar la igualdad de las partes en sus procedimientos, más aún cuando una de ellas es una persona de carácter público o estatal.

Por tanto, siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de conflictos que propugna en su forma más plena la autonomía de la voluntad de las partes que se comprometen previamente a renunciar a la jurisdicción ordinaria estatal (con todo lo que ello implica desde un punto de vista formal), así como el principio de la igualdad y la consecuente inaplicación de cualquier privilegio o prerrogativa de los cuales pueda gozar alguna de las partes en virtud de su respectivo ordenamiento jurídico interno, resulta lógico afirmar que el arbitraje se configura como una evidente excepción al requisito o prerrogativa procesal del antejuicio administrativo.

De hecho, si se aceptase que el antejuicio administrativo y demás prerrogativas y privilegios procesales que consagra el ordenamiento jurídico venezolano para determinados entes públicos, son exigibles también en los procedimientos arbitrales a los que éstos se hayan voluntaria y efectivamente sometido, ello iría en total contravención de una serie de principios que regulan el arbitraje, como lo es por ejemplo el carácter de celeridad frente a la lenta y compleja actividad de los tribunales pertenecientes al sistema de justicia estatal; aún más si se trata de tribunales contencioso-administrativos, que al estar sujetos a la exigencia de prerrogativas y privilegios de las que gozan los entes públicos, hacen de sus procedimientos unos aún más rígidos que los del resto de los tribunales estatales, lo que resultaría en algo totalmente opuesto al arbitraje y lo anularía en su esencia.

Más grave aún sería pretender aplicar el antejuicio administrativo en el caso de arbitraje contra entes públicos diferentes a la República, como es el caso de las empresas del Estado o institutos autónomos, que no están dentro del ámbito de aplicación de la norma que prevé dicha prerrogativa procesal.

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, había considerado, y así debe ser, que el requisito del antejuicio administrativo es una prerrogativa aplicable de manera exclusiva a la República por cuanto las diferentes leyes de la PGR siempre han establecido que quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial *contra la República*, deberán manifestarlo al órgano correspondiente. De manera que es claro que la ley no incluye los casos de demandas intentadas contra Institutos Autónomos y empresas del Estado.

El TSJ había establecido correctamente que el antejuicio administrativo, como principio general, no se aplicaba a los Institutos Autónomos, salvo cuando una previsión legal expresa reconociera tal prerrogativa a un instituto autónomo en concreto. Sin embargo, posteriormente el TSJ modificó su criterio y estableció que a los institutos autónomos y luego a las empresas del Estado les resultaba aplicable el antejuicio administrativo y luego lo extendió a los municipios. De forma que los privilegios y prerrogativas previstos por el legislador para la República fueron interpretados extensivamente por la jurisprudencia y aplicados incorrecta e indebidamente a las empresas del Estado.

Lo cierto es que no cabe la aplicación analógica de los privilegios y prerrogativas previstas en las normas procesales ordinarias para ciertos entes públicos cuando estos son parte de un procedimiento arbitral cuyas normas no las prevén. No puede haber aplicación analógica en caso de normas excepcionales y de interpretación restrictiva, tanto más cuanto que el proceso arbitral tiene sus propias normas procesales, las que determinen las partes y las que dicten los centros de arbitraje, y no se rige, en principio, por las disposiciones procesales ordinarias.

La aplicación analógica de otras normas estará sujeta a los límites que impone la Ley de Arbitraje Comercial, y de allí no serán extensibles a supuestos distintos aquellas disposiciones que establezcan cargas o limitaciones, como es el caso de las prerrogativas y privilegios de los entes públicos.

Por eso consideramos que a los procedimientos arbitrales contra de la República o contra las empresas del estado que se inicien y sustancien, bien con motivo de una cláusula compromisoria contenida en un contrato o con fundamento en un tratado de protección internacional de inversiones, no se les considera “demandas” y no se les aplica la obligación exigida en el DLOPGR de tramitar el antejuicio administrativo.

Hemos conocido de casos, en los que hemos actuado como testigo experto, en los que empresas del Estado han alegado, en sede arbitral, el incumplimiento del antejuicio administrativo previsto en el DLOPGR como causal de inadmisibilidad de la demanda, bajo el argumento de que se trata de una disposición de orden público y que la legislación no prevé excepciones a su cumplimiento, aun en procedimientos arbitrales.

Sin embargo, en tales casos se ha establecido que los tribunales arbitrales no forman parte del sistema de justicia contencioso-administrativa, razón por la cual no están sometidos al requisito del agotamiento del procedimiento administrativo previo. Además, se ha sostenido que el carácter de orden público de la norma no puede invocarse para excluir la jurisdicción arbitral ni para imponer prerrogativas procesales que afecten la igualdad de las partes en dicho foro.

3. De la Notificación a la Procuraduría General de la República, cuando esté involucrado el orden público

El artículo 111 del DLOPGR, establece un privilegio adicional más a favor de los entes públicos, e inclusive este caso del interés público o actividad de utilidad pública que pueda estar siendo llevada a cabo por un particular. Dicho artículo dispone que:

Artículo 111. Cuando se decrete medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público, antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador o Procuradora General de la República (...)

Con base a la disposición anteriormente citada, la Sala Constitucional ha confirmado una sentencia que anuló laudo arbitral cautelar al no notificar a la PGR, por estar involucrado el orden público, y no haberse dado cumplimiento a esta prerrogativa prevista en el artículo 111 del Decreto-Ley del referido órgano constitucional.

En efecto, mediante sentencia número 882 del 1 de noviembre del 2022, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 4 de mayo del 2021, dictada por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en el marco de una acción autónoma de amparo constitucional.

El Juzgado Superior Séptimo, en sede constitucional, resolvió la acción de amparo constitucional interpuesta contra un laudo de contenido cautelar dictado por un Tribunal Arbitral de Urgencia constituido en el marco del arbitraje institucional administrado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), y estableció en su sentencia que la indeterminación respecto a la revisión de las actuaciones arbitrales de urgencia y la falta de criterios procesales estables para el procedimiento cautelar, afecta la seguridad jurídica de las partes, el derecho a la defensa, el debido proceso y en general la tutela judicial efectiva de los usuarios del referido Centro Arbitral (CEDCA).

El Juzgado Superior Séptimo advirtió, además, la “poca prudencia” con la que actuó el árbitro de urgencia al no realizar la notificación de la PGR, quien debe manifestar si el Estado tiene o no interés o si la medida cautelar afecta los intereses de la República.

En ese sentido, la Sala Constitucional estableció que en el proceso arbitral cautelar no fueron garantizados el derecho a la defensa y debido proceso “*al no haberse notificado a la Procuraduría General de la República de las medidas preventivas que afectan una actividad de interés público relacionada con la estabilidad financiera del sector bancario que fue así certificado en comunicación contenida en un oficio proferido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*”.

La Sala Constitucional precisó que se lesionó el debido proceso por “*la falta de notificación a la Procuraduría General de la República*”.

debido a que constó en el material probatorio debidamente evacuado el señalamiento por parte de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario que la actividad desplegada por la empresa Carrofert Media Group, C.A., interesa a la estabilidad del sector bancario y por ello estaría involucrado el orden público que no fue resguardado por el tribunal; ello, ya es motivo suficiente para declarar la procedencia del amparo, por lo que apelación manifestada, tanto por el árbitro de urgencia como por la empresa beneficiara del laudo cuestionada, que pretenden contravenir el dictamen meritorio de primera instancia, no deben prosperar. Así se decide”.

La Sala Constitucional difirió de lo aseverado por el *a quo* constitucional “*respecto a la crítica del procedimiento arbitral instruido bajo el marco del reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), pues entiende esta Sala que los procedimientos arbitrales son los que las propias partes determinan a través de su autonomía de voluntad que incluso puede ser manifestada al decidir someter sus controversias a un medio alterno de resolución de conflictos como lo es el arbitraje que puede ser institucional como el que administra el mencionado centro arbitral que cuenta con un reglamento público que pueden conocer los sujetos que decidan acudir a este”.*

Como se observa, el artículo 111 del DLOPGR otorga una prerrogativa procesal adicional que, en apariencia, podría justificarse en el interés público comprometido en determinadas actividades o servicios. No obstante, la aplicación de esta norma en el contexto del arbitraje plantea serias dudas sobre su compatibilidad con los principios que rigen los medios alternativos de resolución de conflictos. En efecto, condicionar la eficacia de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral a una notificación previa a la Procuraduría General de la República introduce una forma de control externo que, en la práctica, puede desvirtuar la autonomía y eficacia del arbitraje.

4. La inembargabilidad de los bienes de la República

Una tradicional prerrogativa fiscal es la de que los bienes, derechos, rentas o acciones del patrimonio del Estado no podrán ser objeto de embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, o de cualquier otra medida ejecutiva o preventiva; en nuestro caso establecida en el

artículo 87 del DLOPGR con fundamento en el cual los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos, sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

Como lo expresa González Pérez, “[...] *la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva -que suelen reconocer todas las Constituciones- comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”.¹³⁷

El privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos de la administración pública ha venido a ser calificado como “*una esfera inmune a la introducción de los órganos jurisdiccionales para dar cumplimiento a la sentencia de condena*.”¹³⁸

Es decir, cuando parte de las medidas que usualmente prevé el ordenamiento o legislación procesal para poder hacer efectiva la ejecución de una sentencia declarada con lugar a favor de la pretensión del demandante, como los son las medidas de embargo, llegan a quedar excluidas de ser aplicadas respecto de los entes públicos, ello supone una suerte de inmunidad jurisdiccional que contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ya lo hemos dicho antes y siempre es bueno reiterarlo, no es suficiente que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto planteado; es indispensable además que se cumpla con lo decidido por el tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial efectiva. Es necesario que se dé cumplimiento a lo ordenado en el fallo, esto es, que se ejecute a los fines de materializar la satisfacción de la pretensión deducida.

¹³⁷ Jesús González Pérez, ob. cit., p. 391.

¹³⁸ Jorge Carreras Llansana, “El embargo de bienes”, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, Cit. en María C. Escudero Herrera, *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p.159.

García De Enterría, cuando hace referencia al principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci*, señala que “*es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio*”. En ese sentido, expresó que “[...] *El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna*”.¹³⁹

V. EL ARBITRAJE Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL

1. Consideraciones generales

Antes hemos dicho que el arbitraje y los demás medios alternativos de resolución de conflictos han sido reconocidos como instituciones que forman parte del sistema de justicia consagrado en la Constitución. Esto significa que el arbitraje no sólo constituye un mecanismo alternativo para la resolución de controversias, sino que también se inserta dentro de la función jurisdiccional del Estado, a través de la cual se garantiza el acceso a una justicia efectiva.

Esa integración del arbitraje al sistema de administración de justicia no solo implica que los particulares ejerzan funciones jurisdiccionales y que sus decisiones se asimilen a una sentencia y por tanto sean susceptibles de un eventual control judicial, sino que también exige el pleno respeto a los principios y valores constitucionales que rigen toda actividad jurisdiccional en el Estado de derecho.

En este contexto, la constitucionalización del arbitraje ha conducido a que el TSJ introduzca la posibilidad de ejercer mecanismos excepcionales de control judicial estatal sobre la función jurisdiccional que ejercen los tribunales arbitrales, cuando particulares han optado voluntariamente por dirimir sus controversias mediante medios alternativos, so pretexto de hacer efectiva la primacía del orden constitucional.

Así lo ha reconocido expresamente la SC del TSJ al señalar que, frente a un laudo arbitral, “(...) *la respectiva impugnación del mismo,*

¹³⁹ Eduardo García De Enterría, “Los postulados constitucionales de la Ejecución de las Sentencias Contencioso Administrativas” en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Vol. 2, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp.1048-1049.

de considerarse pertinente, procedería bien por la vía ordinaria ante la interposición de un eventual recurso de nulidad de laudo arbitral de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, o bien por vía excepcional a través del ejercicio de una acción de amparo constitucional o mediante el mecanismo de revisión constitucional, según corresponda”¹⁴⁰.

De manera que la intervención del Poder Judicial en el arbitraje se ha manifestado, no solo con motivo de la interposición de recursos de nulidad según lo dispone la LAC, sino también -y cada vez con mayor intensidad- con la aceptación jurisprudencial de otros medios de impugnación de carácter excepcional, como lo son la acción de amparo constitucional y el recurso de revisión constitucional.

En virtud de lo anterior, procederé a formular algunas consideraciones sobre la acción de amparo constitucional y el recurso de revisión constitucional en el ámbito arbitral, en tanto mecanismos excepcionales de impugnación que buscan garantizar la primacía de los derechos fundamentales y asegurar la vigencia efectiva de los principios constitucionales en el ejercicio de la función jurisdiccional desplegada por los tribunales arbitrales.

2. Amparo constitucional

Hemos dicho en otras ocasiones que el amparo constitucional es, en primer lugar, un derecho constitucional que tienen todas las personas, naturales y jurídicas, para la protección de sus derechos y garantías reconocidos expresamente por la Constitución, por tratados o convenios internacionales, e inclusive de aquellos no reconocidos expresamente, pero que son inherentes a las personas; y es, también, un medio de control de la constitucionalidad que sirve para garantizar, junto con el control concentrado, el control difuso y otros medios de protección de la Constitución, la supremacía constitucional establecida en el artículo 7 de la Constitución.¹⁴¹

En Venezuela, el amparo constitucional se encuentra regulado, primeramente, en el artículo 27 de la Constitución establece que:

¹⁴⁰ Sentencia de la SC del TSJ Nro. 151 del 30 de abril de 2021

¹⁴¹ Véase en Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional...* ob. cit., p. 219 y ss.

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Por su parte la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA)¹⁴², dispone en su artículo 1º lo siguiente: *“Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en esta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. (...)”*.

El amparo constitucional, tal y como está consagrado en la Constitución y en la LOA, cumple una doble función. De una parte protege al ciudadano en el ejercicio de sus garantías fundamentales y, también, sirve para salvaguardar la propia Constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos.

Ahora bien, la violación de los derechos y garantías fundamentales puede concretarse en diversos ámbitos en los cuáles la acción de

¹⁴² Publicada en Gaceta Oficial número 34.060, de fecha 27 de septiembre de 1988.

amparo se presenta como el mecanismo idóneo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica lesionada. De esta forma, se ha aceptado el ejercicio de la acción autónoma de amparo, entre otros casos, en materia arbitraje.

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional se admite la posibilidad de interponer amparo constitucional contra laudos arbitrales, dictados por tribunales arbitrales nacionales o extranjeros, que violen o amenacen violar los derechos constitucionales.

Este asunto fue explicado a través de la sentencia del 16 de octubre de 2001 (caso: *Compañía Anónima Venezolana de Televisión*), mediante la cual la SC determinó que los laudos arbitrales, inclusive aquellos dictados por organizaciones internacionales, por tratarse de decisiones cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en Venezuela, están sujetos a la aplicación de las normas y principios constitucionales, y por lo tanto **“puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”** (resaltado de la Sala).

Según el artículo 4 de la LOA, *“(...) procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional”*. El referido artículo dispone también que el amparo debe interponerse ante el tribunal superior del que dictó la sentencia supuestamente lesiva de algún derecho constitucional, y dicho tribunal superior deberá *“decidir de forma breve, sumaria y efectiva”*.

Precisó la SC en la sentencia *in comento* que, si bien los tribunales arbitrales actúan como única instancia según el artículo 48 de la LAC, lo cual excluye la apelación del laudo, ello no impide que dicho laudo pueda ser impugnado por vía de amparo constitucional si se alega la violación de derechos fundamentales. En tal caso -explicó la SC-, la acción deberá interponerse ante el tribunal que sería superior a aquel que habría conocido del asunto en segunda instancia, de no haberse sometido a arbitraje. Es decir, debe identificarse cuál habría sido el tribunal ordinario competente en primera instancia para, a partir de allí, determinar su correspondiente alzada.

Posteriormente, este criterio sobre la procedencia del amparo constitucional contra los laudos arbitrales fue ratificado en sentencia número

2.635 del 19 de noviembre de 2004, en la que la SC juzgó acertada la declaratoria de competencia por parte del Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para conocer del amparo constitucional incoado por Consorcio Barr, S.A. en contra del laudo dictado por el Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Florida, Estados Unidos de América, que presuntamente había lesionado el derecho a la defensa, al juez natural y a la tutela judicial efectiva del accionante.

De esta forma, la SC estableció que en el supuesto de que una decisión, cautelar o definitiva, dictada por un tribunal arbitral, nacional o extranjero, que amenace o viole los derechos constitucionales en el territorio de la República, dichas decisiones podrán ser conocidas a través de la acción de amparo constitucional ante los tribunales nacionales.

De otra parte, la doctrina ha advertido una tendencia a intentar emplear la acción de amparo constitucional como una vía indirecta para anular laudos arbitrales por razones de fondo o de mérito, o por motivos que debieron ser canalizados a través del recurso de nulidad previsto en la LAC¹⁴³. Pese a que la mayorías de esos intentos han sido declarados improcedentes; sin embargo, han existido casos en concreto, como *Carroferfa Media Group* y *Desarrollos Mercayag*, en los que sí procedió la nulidad a través del amparo constitucional.

En efecto, en el caso *Carroferfa Media Group* un laudo arbitral fue anulado por vía de amparo por a tratarse de un laudo cautelar. En esa oportunidad, el Tribunal Superior competente señaló que el procedimiento de nulidad comprendido en el artículo 43 de la LAC procede únicamente contra laudos arbitrales definitivos, es decir, no procedería contra una decisión cautelar, razón que justifica el sometimiento al amparo constitucional por inexistencia de un medio ordinario idóneo para hacer valer los derechos del agraviado¹⁴⁴. Esta decisión fue confirmada por la SC del TSJ en sentencia número 882 de fecha 1 de noviembre de 2022.

¹⁴³ Pedro Rengel Núñez, *Jurisprudencia sobre nulidad de laudos arbitrales en Venezuela*, 2da Edición ampliada, Ediciones Travieso&Evans, UMA, CIERC, 2024, Caracas. pp. 10-12.

¹⁴⁴ Tribunal Superior Séptimo, Sentencia de Amparo Constitucional contra laudo arbitral cautelar, de fecha 4 de mayo de 2021. Caso TCA. *Services, S.A. contra Carroferfa Media Group, C.A.*, cit. en Pedro Rengel Núñez, ob. cit., p. 92-95.

En el caso *Desarrollos Mercayag*, por su parte, la SC del TSJ, en sentencia Nro. 179 de fecha 14 de mayo de 2021, declaró la nulidad de un laudo arbitral por medio del procedimiento de amparo constitucional, al considerar que hubo un quebrantamiento de la cosa juzgada que -a su juicio- no se subsume en las causales taxativas del recurso de nulidad del laudo previstas en el artículo 43 de la LAC.

En esa oportunidad, la SC asumió directamente el conocimiento de la acción de amparo constitucional por considerar que el artículo 25, numeral 20, de la LOTSJ, conforme al cual dicha Sala tiene la potestad de “conocer las demandas de amparo constitucional autónomo contra las decisiones que dicten, en última instancia, los juzgados superiores...”, también resulta aplicable a las demandas de aquellos laudos arbitrales definitivamente firmes que hayan incurrido en alguna violación de orden constitucional.

Conforme a dicho criterio, el amparo constitucional no puede asumirse como una vía indirecta para impugnar el fondo o el mérito de los laudos arbitrales. Su procedencia se limita a supuestos excepcionales en los que se alegue una violación manifiesta de derechos constitucionales, siempre que dicha vulneración no pueda ser subsanada mediante el recurso de nulidad previsto en la LAC. En consecuencia, el amparo solo será admisible cuando no exista un medio ordinario idóneo para la tutela de los derechos fundamentales invocados, pero en ningún caso podrá utilizarse para reabrir el debate sobre aspectos sustantivos ya decididos por el tribunal arbitral.

Recuérdese que la sentencia en materia de amparo constitucional, tal como lo dispone el artículo 27 constitucional, se limita a la decisión del juez constitucional sobre el restablecimiento de la situación jurídica infringida, en caso de que se compruebe su existencia, o la situación que más se asemeje a ella, con el objeto de amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, la sentencia producto del proceso de amparo constitucional permite al juez detener o evitar la violación de cualquiera de las garantías o derechos constitucionales y fundamentales de las personas, así como el restablecimiento inmediato del derecho constitucional violado, o en su defecto, la situación que más se asemeje.

Los poderes del juez en la decisión del amparo constitucional van más allá de mandamientos de dar, de hacer o deshacer, o no hacer, por cuanto el juez puede además sustituir con su decisión cualquier actividad adicional por parte de otro sujeto de derecho o autoridad para el restablecimiento de la situación jurídica infringida. En este sentido, “*los poderes del juez de amparo constitucional son tan amplios como los posibles tipos de lesiones constitucionales que pueden presentarse*”¹⁴⁵.

3. El recurso de revisión constitucional

La revisión constitucional es un mecanismo de control de la constitucionalidad por medio del cual la SC del TSJ, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, de forma discrecional y en cualquier tiempo, controla la constitucionalidad de las sentencias definitivamente firmes dictadas por cualquier juez que hayan interpretado normas y preceptos constitucionales en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o de amparo constitucional, con el fin de proteger la supremacía, integridad y uniformidad en la interpretación y aplicación de la Constitución y de los criterios vinculantes de la SC en la interpretación de normas y principios constitucionales.

El artículo 336, numeral 10, de la Constitución atribuye a la SC, competencia para: “*Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva*”.

De norma constitucional citada se desprende la facultad de la SC, como órgano que ejerce de forma exclusiva la jurisdicción constitucional, de revisar a su juicio y discreción, las sentencias de última instancia dictadas por los tribunales de la República, en materia de amparo constitucional o dictadas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, este recurso de revisión constitucional, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y antes de la promulgación de la LOTSJ, fue objeto de ampliación por la SC en varias ocasiones para permitir la revisión otras sentencias dictadas por las Salas del

¹⁴⁵ Rafael Chavero Gazdik, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, p. 328.

TSJ u otros tribunales distintos a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de la constitucionalidad.¹⁴⁶

Esta inconstitucional tendencia expansiva fue legitimada en la LOTSJ, en los numerales 10, 11 y 12 del artículo 25, referido a las competencias de la SC del TSJ, los cuales son del siguiente tenor:

Artículo 25. Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.

12. Revisar las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

En todo caso, la revisión constitucional de una sentencia constituye una atribución exclusiva otorgada constitucionalmente la SC del TSJ, que sólo puede ser ejercida de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional sobre sentencias definitivamente firmes, por lo

¹⁴⁶ Véanse las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ número 93 del 6 de febrero de 2001 (caso *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*) y número 727 del 8 de abril de 2003, en las cuales se estableció que también pueden ser objeto de revisión constitucional las decisiones dictadas por otras Salas del TSJ o tribunales del país -distintas a las de amparo o de control difuso- que se aparten u omitan una interpretación previa de la Constitución realizada por dicha Sala, o que incurran en un error grotesco en su interpretación.

cual su acceso debe entenderse como el ejercicio de una solicitud independiente, que es del conocimiento exclusivo de la SC, y no como un recurso ordinario o extraordinario que se deriva de la acción principal.

Esa potestad revisora tiene por objeto hacer valer los principios constitucionales y la uniformidad en la interpretación de las normas constitucionales y legales, es decir, como lo ha señalado la SC, tiene una función “nomofiláctica” de defensa de la Constitución y leyes, siendo su consecuencia jurídico procesal: “*declarar la inexistencia o nulidad de la sentencia definitivamente firme sometida a revisión, e incluso de todo el proceso que la precede*”.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia del recurso de revisión constitucional en materia arbitral, debemos tener en cuenta que los laudos arbitrales son decisiones con fuerza de cosa juzgada dictadas por árbitros imparciales –que actúan como jueces– en la solución de una situación de controversia, sometida a su conocimiento por la voluntad de las partes involucradas; pero también hay que considerar que el presupuesto de procedencia de dicho recurso se refiere a *una sentencia definitivamente firme*, lo cual supone un fallo contra el cual no existen medios de impugnación.¹⁴⁷

Como hemos dicho anteriormente, contra el laudo arbitral procede el recurso de nulidad, tal y como se establece en el artículo 43 de la LAC, de manera que el laudo arbitral por sí mismo no es una sentencia definitivamente firme y, por ende, en principio, no puede subsumirse en el supuesto de procedencia del recurso de revisión.

Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido la procedencia del recurso de revisión constitucional, en primer lugar, contra las sentencias de nulidad interpuestas de conformidad con el artículo 43 de la LAC contra los laudos arbitrales. En efecto, fue criterio de la SC en el caso Van Raalte de Venezuela C.A. que “*contra la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, bien sea resolviendo el fondo o inadmitiéndolo*”, es posible la interposición “*del amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional*”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Para un estudio sobre la materia véase en Rafael Badell Madrid, “El Recurso de Revisión Constitucional en el Arbitraje”, *Revista Comité de Arbitraje* 2da edición, Venamcham, Caracas, 2010/2011.

¹⁴⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Nro. 1773 del 30 de noviembre de 2011, caso *Van Raalte*.

En el mencionado caso Van Raalte, la SC había establecido que:

(...) es claro que no procede el recurso de casación, contra la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, bien sea resolviendo el fondo o inadmitiéndolo, lo cual no obsta para la procedencia de otros medios de control jurisdiccional, que en virtud de la Constitución u otras leyes especiales, sometan cualquier decisión jurisdiccional al control de los órganos competentes que integran el Poder Judicial, tal como ocurre en caso del amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional.

El criterio expuesto en la sentencia Van Raalte, en cuanto a la posibilidad de impugnar la sentencia que declare con o sin lugar la nulidad del laudo arbitral mediante los recursos de amparo constitucional y revisión constitucional, fue ratificado en sentencia de la SC de fecha 17 de febrero de 2012 (Caso: *Hernando Díaz-Candia y otros*).

De otra parte, la SC ha admitido la posibilidad de ejercer de oficio la revisión constitucional de un laudo contra el cual haya precluido la oportunidad de recurrir en nulidad, caso en el cual la sentencia arbitral se habría convertido en una sentencia definitivamente firme. En efecto, la SC, aplicando el principio de supremacía constitucional en el caso *Juan Bencomo* e invocando facultades de revisión de oficio, admitió la revisión constitucional contra laudos arbitrales, en caso de violación del orden constitucional. Así la Sala afirmó:

(...) la revisión solicitada no puede prosperar al existir negligencia de la parte demandada hoy solicitante en el iter procesal del juicio primigenio, lo cual no es óbice para que esta Sala de oficio revise la sentencia (...) de evidenciarse violación del orden público constitucional. (Resaltado nuestro) (...). tal y como se expresó en sentencia del 2 de marzo de 2000 (Caso: *Francia Josefina Rondón Astor*), esta Sala posee facultad discrecional en materia de revisión, y tal potestad puede ser ejercida sin motivación alguna”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ del 7 de octubre de 2005, caso *Juan Bencomo*

De forma que en caso de interponerse un recurso de revisión constitucional contra un laudo firme que nunca fue recurrido, la SC podría controlar de oficio su constitucionalidad.

De otra parte, resulta procedente la revisión constitucional de los laudos arbitrales, en los cuales los árbitros, en aras de garantizar la supremacía constitucional, hayan desaplicado normas que coliden con las disposiciones constitucionales, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad.

Así, por ejemplo, puede mencionarse el caso resuelto en la sentencia n.º 702 de la Sala Constitucional, de fecha 18 de octubre de 2018, en el tribunal arbitral desaplicó el literal “j” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, que prohibía el arbitraje en materia de arrendamiento comercial, al considerar que contravenía disposiciones constitucionales. En virtud de ese control difuso ejercido por el tribunal arbitral, el laudo fue remitido a la SC para su revisión. La Sala, al examinar el caso, consideró conforme a Derecho la desaplicación efectuada por la árbitro y, además, ordenó el inicio del procedimiento correspondiente para la anulación de dicha disposición legal, en resguardo de la supremacía constitucional.¹⁵⁰

VI. EL AVOCAMIENTO EN EL ARBITRAJE

1. Consideraciones generales

Una figura procesal distinta de los medios ordinarios y excepcionales de impugnación reconocidos para preservar la supremacía constitucional en el arbitraje -como el recurso de nulidad, la revisión o el amparo- es el avocamiento judicial. De allí que resulte oportuno examinar si esa facultad puede ser aplicada en materia arbitral y cuál ha sido el tratamiento de la jurisprudencia del TSJ en esta materia.¹⁵¹

El avocamiento judicial se encuentra regulado en el capítulo III del título VI, artículos 106 al 109, de la LOTSJ, y fue inicialmente

¹⁵⁰ Véase también sentencias de la SC Nro. 971 de fecha 27 de julio de 2023 y Nro. 127 de fecha 19 de febrero de 2024.

¹⁵¹ Para un estudio sobre el avocamiento en el arbitraje véase en Rafael Badell Madrid, “Avocamiento y Arbitraje en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 176, ACIENPOL, Caracas, julio-diciembre, 2024. Pp. 1323-1357.

concebido como una facultad extraordinaria para corregir graves irregularidades procesales en la jurisdicción ordinaria, que le corresponde a todas Salas del TSJ dentro de sus áreas de competencia (artículo 31.1. *ejusdem*). No obstante, la SC también puede intervenir en casos que comprometan el orden público constitucional, incluso si están siendo tramitados en otras Salas del mismo TSJ (artículo 25.16 *ejusdem*).

El artículo 106 de la LOTSJ establece la figura del avocamiento judicial, conforme a la cual “*Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier Tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro Tribunal.*” (artículo 106 *ejusdem*).

Correlativamente a esa facultad extraordinaria del TSJ surge también la posibilidad de que cualquier sujeto procesal afectado en un proceso judicial pueda solicitar el avocamiento ante la Sala del TSJ que corresponda, siempre que su petición se fundamente en razones de trascendencia y gravedad que ameriten la intervención excepcional del máximo tribunal, así como que la parte interesada haya manifestado previamente ante la instancia judicial correspondiente las graves anomalías o irregularidades que considera además lesivas a sus derechos.

No obstante, la jurisprudencia ha señalado que en el avocamiento “*(...) a diferencia de lo ocurrido en el amparo, no se trata de ejercer las acciones o recursos ordinarios, toda vez que el avocamiento presupone el ejercicio de una potestad que no se encuentra condicionada a medios impugnativos previos*”¹⁵² y que las diferentes Salas del TSJ tienen la facultad de avocarse *de oficio* al conocimiento de casos pendientes ante otros tribunales inferiores.

2. Aplicabilidad del avocamiento en el arbitraje

Aunque el avocamiento fue inicialmente concebido por la jurisprudencia constitucional como una facultad extraordinaria y de aplicación restrictiva para corregir graves irregularidades procesales en la

¹⁵² Sentencia de la SC del TSJ Nro. 595 de fecha 30 de mayo de 2023, caso *Jean Carlo Lachello Giuliani*.

jurisdicción ordinaria¹⁵³, se ha intentado extender su aplicación al ámbito arbitral, lo que ha generado un interesante debate jurisprudencial y doctrinario sobre sus posibles implicaciones en la autonomía y eficacia del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

Tengamos en cuenta que el avocamiento “(...) *Si bien no se trata de un recurso ejercido contra el laudo, comporta un mecanismo que implica la intervención excepcional de cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo, según la materia de fondo debatida, en los asuntos dirimidos ante un Tribunal Arbitral y que por ende afectarían al laudo como tal*”.¹⁵⁴

Desde el año 2020, se observa cierta tendencia a emplear este mecanismo excepcional del avocamiento para solicitar la intervención de las Salas del TSJ en casos que se sustancian o que fueron resueltos por Tribunales Arbitrales. Para evaluar su aplicabilidad en el arbitraje, a continuación, comentar los principales casos en los cuales se han presentado solicitudes de avocamiento tanto en procesos arbitrales en curso, como en expedientes tramitados ante tribunales de la jurisdicción ordinaria en los cuales se discute la nulidad de un laudo arbitral.

En primer lugar, puede comentarse el caso *Alimentos Polar C.A.*, en el cual la SC del TSJ declaró improcedente el avocamiento de un arbitraje en curso ante el CEDCA, fundamentado en el argumento de que esta figura sólo aplica a causas tramitadas ante tribunales inferiores o salas del TSJ, no ante tribunales arbitrales. Además, determinó que las presuntas violaciones denunciadas no configuraban un grave desorden procesal que justificara su intervención y que cualquier impugnación del laudo debía realizarse mediante los mecanismos ordinarios previstos en la LAC o, en su caso, por vía de amparo o revisión constitucional.

¹⁵³ Véase Sentencia de la SC del TSJ Nro.133 del 2 de marzo de 2005, caso: *Patricia de la Trinidad Ballesteros Omaña*, en la cual la Sala se refirió al avocamiento como “*una figura de interpretación y utilidad restrictiva, toda vez que su tramitación representa una ruptura del principio de la instancia natural, cuyo ejercicio la jurisprudencia de este alto tribunal ha justificado ante casos de manifiesta injusticia, denegación de justicia, amenaza en grado superlativo al interés público y social o necesidad de restablecer el orden en algún proceso judicial que así lo amerite en razón de su trascendencia e importancia*”.

¹⁵⁴ Nicolás Badell Benítez, “Influencia de la Sala Constitucional en el Arbitraje en Venezuela”, en Gonzalo Pérez Salazar (Comp.), *Impacto del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico. IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje a Rafael Badell Madrid*, Universidad Monteávila, Caracas, 2025, p. 415.

En consecuencia, la SC dejó sin efecto la suspensión del procedimiento y ordenó su continuación.

En segundo término destaca el caso *Carrofert Media Group, C.A.*, referido a una solicitud de avocamiento interpuesta por ante la Sala de Casación Civil (SCC) del TSJ para que ésta conociera de un expediente sobre la nulidad de un laudo arbitral sustanciado ante la jurisdicción ordinaria. Dicha solicitud de avocamiento fue admitida y declarada procedente, en primera y segunda fase, por la SCC; sin embargo, en su decisión, la Sala no sólo revisó las actuaciones del Tribunal superior que conoció de la nulidad, sino que también conoció del fondo del laudo arbitral, lo que excedía su competencia.

Posteriormente, la SC, en revisión constitucional, anuló las sentencias de la SCC al considerar que ésta incurrió en un error de juzgamiento al interpretar erróneamente la figura del avocamiento y al desconocer su jurisprudencia en materia de arbitraje. La SC enfatizó que no se configuraron los supuestos que justificaran la intervención excepcional de la SCC y, además, resolvió directamente el recurso de nulidad, declarándolo sin lugar por falta de caución conforme a la LAC.

En tercer término, puede comentarse el caso *Herford Grill, C.A.*, en el cual la SC del TSJ admitió parcialmente una solicitud de avocamiento respecto a varias causas tramitadas tanto en la jurisdicción ordinaria, como ante un tribunal arbitral constituido en el CEDCA. Mientras que, en relación a los procesos sustanciados en sede judicial, la SC inicialmente declaró procedente la primera fase del avocamiento, en lo atinente al proceso arbitral se limitó a solicitar copia del expediente, sin avocarse ni suspender el procedimiento. Posteriormente, en su sentencia definitiva, la SC confirmó tácitamente su negativa a avocarse sobre la causa arbitral, al excluirla de la segunda fase del avocamiento.

Ahora bien, ya hemos dicho que conforme a lo dispuesto en la LOTSJ y a los criterios asentados reiteradamente por la jurisprudencia del TSJ, para que proceda la facultad de avocamiento de las diversas Salas del TSJ es necesario, en primer lugar, que el objeto del avocamiento esté comprendido en aquellas materias que están atribuidas ordinariamente por ley al conocimiento de un *tribunal*; y, en segundo término, que dicho asunto judicial esté cursando ante un tribunal *de*

inferior jerarquía o, en caso de tratarse de la facultad de avocamiento de la SC, ante otra Sala del TSJ.

También hemos señalado que el avocamiento, tanto a nivel semántico como por la naturaleza de esta institución jurídica, supone la previa existencia de una relación de jerarquía-subordinación.¹⁵⁵

Con fundamento en esos criterios pasaremos a examinar, primero, si la institución procesal del avocamiento es procedente en procesos arbitrales en curso; y luego, analizaremos si dicha institución resulta aplicable en los procesos judiciales en los cuales se tramiten recursos de nulidad contra laudos arbitrales.

2.1. Avocamiento en procesos arbitrales en curso

Para el análisis de la procedencia del avocamiento en procesos arbitrales en curso es necesario considerar: (i) si un tribunal arbitral es propiamente un tribunal; y, de ser así, (ii) si es un tribunal de inferior jerarquía y, por tanto, subordinado al TSJ.

- (i) Que el tribunal arbitral debe considerarse un tribunal propiamente dicho, desde el punto de vista de la naturaleza de su actividad, es una cuestión que no admite discusión. Se define como tribunal, el “*Conjunto de jueces o magistrados que administran justicia en un proceso o instancia. Todo juez o magistrado que conoce en asuntos de justicia y dicta sentencias*”¹⁵⁶.

La sola circunstancia de que el arbitraje, como medio de solución de controversias, sea una institución integrante del sistema de justicia a través de la cual se ejerce la actividad jurisdiccional, permite calificar

¹⁵⁵ Sobre la naturaleza jerárquica del avocamiento la SCC del TSJ de forma pacífica y reiterada se ha referido a dicha institución como “*una facultad especial privativa, expresamente señalada en la ley, del órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, de sustraer el conocimiento de una causa al juez natural de menor jerarquía, que afecta de forma directa los principios constitucionales al juez natural, el debido proceso y la previsión de los recursos ordinarios y extraordinarios, que hace concluir en su carácter excepcional (...)*”. Véase, entre otras, sentencias de la SCC de fechas 4 de diciembre de 2012, caso: *Calixto Rafael Rocca Bravo*; 3 de febrero de 2016, caso: *Inversiones Pedros Pizzas C.A.*; 1 de marzo de 2021, caso: *Diosdado Cabello Rondón v. Editorial El Nacional*; 2 de junio de 2023, caso: *STALCO SHIPPING S.A.*

¹⁵⁶ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo IV. 11va Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. p. 302.

a los árbitros como tribunales en cuanto los efectos de sus decisiones, aunque no desde un punto de vista orgánico.

- (ii) Sobre si el tribunal arbitral es un tribunal de inferior jerarquía en relación al TSJ, la SC ha advertido que: “(...) *el arbitraje ha sido concebido por esta Sala como un integrante del Sistema de Justicia, no en una relación de subordinación sino en una relación de colaboración respecto del Poder Judicial, que ofrece la oportunidad de desahogar o descongestionar el sistema de justicia de las distintas causas que le corresponde conocer, siempre y cuando, ese sea el medio escogido por las partes para dirimir sus conflictos intersubjetivos de intereses, dado que su propia esencia le da el carácter de alternativo y por tanto el arbitraje se erige en una jurisdicción alternativa, mientras que la jurisdicción ordinaria es la manifestación propia del sometimiento a la vía judicial*” (resaltado añadido)¹⁵⁷.

De tal forma que, si bien los tribunales arbitrales pueden ser considerados tribunales en lo que respecta a los efectos de sus decisiones, éstos no forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial, ni puede entenderse que estén subordinados a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Téngase en cuenta, además, que el arbitraje se rige por el principio de independencia de los árbitros, el cual constituye un elemento esencial para garantizar la imparcialidad y autonomía del proceso arbitral. Este principio elemental exige que los árbitros actúen libres de injerencias externas, incluidas aquellas provenientes del Poder Judicial, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. Una relación de subordinación entre los tribunales arbitrales y el TSJ no sólo resultaría contraria a la naturaleza del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, sino que además comprometería su independencia y eficacia.

Las normas que regulan el avocamiento sonde interpretación restrictiva y sólo se aplican a las “demandas” ejercidas ante los órganos

¹⁵⁷ Sentencia de la SC del TSJ Nro. 151 de fecha 30 de abril de 2021, caso *Alimentos Polar C.A.* Véase también Sentencia de la SC del TSJ Nro. 702 de fecha 18 de octubre de 2018, caso *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*.

judiciales en el país y no podrían entenderse exigibles por aplicación analógica para los procedimientos arbitrales, que no son “demandas”, antes y, por el contrario, se trata de la resolución de conflictos contra la República, en los que se hubiere pactado la vía de arbitraje.

El avocamiento es una institución propia del orden judicial ordinario que resulta incompatible con la naturaleza del arbitraje. Si se aceptara la posibilidad de que el TSJ pudiera avocarse a conocer de un procedimiento arbitral en curso, se estaría desvirtuando la esencia misma del arbitraje como mecanismo alternativo e independiente, afectando su autonomía y generando un riesgo de injerencia indebida por parte de la jurisdicción estatal.

De acuerdo con esto, no se cumplen los requisitos necesarios para la procedencia del avocamiento en procesos de arbitraje que estén en curso, ya que los tribunales arbitrales no pueden ser calificados como órganos judiciales de inferior jerarquía respecto del TSJ, en los términos exigidos por la LOTSJ y la jurisprudencia del TSJ.¹⁵⁸

2.2. Avocamiento en procesos de recursos de nulidad contra laudos arbitrales

Cosa diferente es lo que sucede en relación con la procedencia del avocamiento de procesos judiciales en los que se tramitan acciones de nulidad contra laudos arbitrales. Antes hemos dicho que la LAC, prevé la posibilidad de que los laudos arbitrales en materia comercial puedan ser impugnados mediante recurso de nulidad. En este sentido, el artículo 43 de la LAC dispone que dicho recurso deberá interponerse por ante el tribunal superior competente, esto es, aquél a quien hubiere correspondido conocer del conflicto en segunda instancia, si las partes no hubieren elegido el arbitraje

Conforme a dicha disposición el conocimiento de los recursos de nulidad contra laudos arbitrales al tribunal superior competente, esto es, a decir de la SC del TSJ, “(...) *aquél a quien hubiere correspondido*

¹⁵⁸ En cuanto a la inaplicabilidad del avocamiento en el arbitraje, resultan pertinentes *mutatis mutandis* los argumentos esgrimidos por el Magistrado Luis Martínez Hernández, en su voto salvado de la sentencia de la Sala Plena de fecha 19 de marzo de 2003, con relación a la imposibilidad de que la Sala Plena pudiese avocarse a conocer un asunto sustanciado por ante otra Sala del TSJ, vista la falta de subordinación entre ellas.

*conocer del conflicto en segunda instancia, si las partes no hubieren elegido el arbitraje*¹⁵⁹. De tal forma que el conocimiento de los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales es conocido por tribunales de la jurisdicción ordinaria, integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶⁰.

El conocimiento de las acciones de nulidad contra laudos arbitrales es materia que se encuentra atribuida por vía legal a los tribunales ordinarios; y los tribunales superiores competentes para conocer de los recursos de nulidad contra laudos arbitrales sí son órganos jurisdiccionales que forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial y, por tanto, son de inferior jerarquía con relación a las diferentes Salas del TSJ.

Siendo así, a diferencia de lo que sucede en los procesos arbitrales en curso, la facultad extraordinaria de avocamiento de las diferentes Salas del TSJ sí procede, siempre excepcionalmente, en las causas sustanciadas ante tribunales superiores competentes para conocer de los recursos de nulidad contra laudos arbitrales, cuando sea evidente un caso de manifiesta injusticia o de interés públicos o que existan graves desórdenes procesales que impidan garantizar el equilibrio entre las partes, y siempre que los mecanismos ordinarios disponibles resulten inoperantes para proteger los derechos e intereses jurídicos involucrados.

VII. RECAPITULACIÓN

1. Razones históricas explican el rechazo inicial a la aceptación de los medios alternativos de resolución de controversias en el ámbito administrativo, pues el nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio derecho administrativo, tuvieron como fundamento la idea central de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria los asuntos relativos a las controversias contra la administración.

¹⁵⁹ Sentencia de la SC del TSJ Nro. 1981 de fecha 16 de octubre de 2001, caso: *Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV)*, reiterada en sentencias Nro. 2346 de fecha 26 de agosto de 2003, caso: *Consortio Barr, S.A.*, y Nro. 1206 de fecha 14 de agosto de 2012, caso: *Sociedad Mercantil Orinoco Iron S.C.S.*

¹⁶⁰ Publicada en Gaceta Oficial Nro. 5.262 Extraordinario del 11 de septiembre de 1998.

2. En Venezuela, el arbitraje administrativo tiene sustento constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial. La Ley de Arbitraje Comercial de 1998 estableció el marco jurídico general. Luego la Constitución de 1999 consolidó su reconocimiento como parte del sistema de justicia, conforme a los artículos 253 y 258. Existen también otras leyes administrativas en las que se contemplan el arbitraje como forma de resolución de las controversias administrativas.
3. El arbitraje administrativo es una categoría específica del arbitraje, en la que la Administración pública, en manifestación de su actividad contractual, actúa como parte en una controversia, siempre que se trate de materias disponibles y no se comprometan potestades de imperio ni competencias indelegables.
4. La arbitrabilidad de las controversias derivadas de la contratación pública exige distinguir entre los contratos de derecho privado de la Administración, los contratos administrativos propiamente dichos y los contratos de interés público, pues no todos se someten al mismo régimen jurídico ni presentan el mismo alcance en materia arbitral.
5. En los contratos de derecho privado de la Administración, donde el ente público actúa sin potestades de imperio y bajo reglas predominantemente civiles o mercantiles, la procedencia del arbitraje ha sido tradicionalmente aceptada por tratarse de materias disponibles y regidas por la autonomía de la voluntad.
6. Las controversias patrimoniales vinculadas con la interpretación, ejecución, cumplimiento, incumplimiento y responsabilidad contractual, siempre que no se comprometan potestades de imperio ni materias indisponibles, pueden ser solucionada a través del arbitraje administrativo.
7. Los contratos de interés público constituyen una categoría especial dentro de los contratos administrativos, sometidos a un régimen constitucional reforzado previsto en los artículos 150, 151, 187.9 y 247 de la Constitución, caracterizado por exigencias de aprobación legislativa previa, consulta a la Procuraduría General de la República y la operatividad de la denominada cláusula Calvo.

8. La cláusula prevista en el artículo 151 constitucional no establece una prohibición absoluta del arbitraje en contratos de interés público, sino una relativa inderogabilidad de la jurisdicción nacional. Su finalidad es evitar reclamaciones extranjeras y preservar, cuando la naturaleza del contrato así lo exija, el conocimiento de los tribunales de la República.
9. Según la jurisprudencia y la doctrina, pueden someterse a arbitraje controversias relacionadas con contratos suscritos con la Administración pública, incluso si están calificados como de interés público.
10. La resolución de conflictos derivados de contratos administrativos en sede arbitral requiere considerar no solo aspectos procesales, sino también el régimen jurídico sustantivo aplicable.
11. Cuando se trata de contratos regidos por el derecho público, deben observarse, aun cuando la controversia sea conocida por tribunales arbitrales internacionales, las disposiciones del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas y las normas sustantivas del derecho administrativo venezolano respecto de potestades públicas, cláusulas exorbitantes y límites derivados del interés general.
12. La posibilidad de que órganos o entes del Estado se sometan a arbitraje exige el cumplimiento de requisitos sustantivos y formales específicos, tales como la existencia de un acuerdo arbitral válido, la disponibilidad del objeto del litigio, la aplicación del arbitraje de derecho y la habilitación del funcionario público intervinientes.
13. Aunque el arbitraje administrativo no sustituye a la jurisdicción contencioso-administrativa, sí representa una vía legítima y eficaz para resolver ciertas controversias contractuales, permitiendo una justicia más rápida, especializada y eficiente.
14. En los sectores de hidrocarburos y minas, el arbitraje pasó de un modelo restrictivo -basado en la reserva de jurisdicción nacional y en exigencias formales que desincentivaban su uso- a un esquema de admisión más amplio tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley Orgánica

- de Minas de 2026, que permiten expresamente pactar arbitraje nacional o internacional en los contratos del sector.
15. Es necesario distinguir entre el arbitraje administrativo y la actividad arbitral del Estado. A diferencia del primero, en la actividad arbitral del Estado este actúa, por mandato legal, como tercero imparcial o árbitro en controversias entre particulares. No se trata de un caso en que la Administración sea parte en el litigio, sino de una función cuasijurisdiccional que se manifiesta mediante actos administrativos típicos.
 16. El arbitraje tributario, regulado en los artículos 320 al 334 del Código Orgánico Tributario, presenta características que lo distancian tanto del arbitraje convencional como de los procedimientos administrativos arbitrales. Se trata un mecanismo *sui generis*, de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, para resolver ciertas controversias entre los contribuyentes y la Administración Tributaria, con un alcance muy limitado y que no ha tenido una aplicación práctica real.
 17. La eficacia del arbitraje depende, en determinadas fases del proceso, de la colaboración del Poder Judicial. Esta colaboración funcional se justifica tanto por el monopolio del Estado sobre el uso legítimo de la fuerza pública como por su obligación de garantizar la tutela judicial efectiva.
 18. En el ámbito del arbitraje administrativo, esta función de auxilio y control corresponde a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al régimen de competencias establecido en la LOJCA y la LOTSIJ.
 19. Las funciones de auxilio o control judicial en el arbitraje administrativo están claramente delimitadas por la ley y deben ejercerse de forma excepcional, sin afectar la autonomía del proceso arbitral. Dichas funciones comprenden: (i) la adopción y ejecución de medidas cautelares urgentes antes de la constitución del tribunal arbitral; (ii) la asistencia en la evacuación de pruebas que el tribunal arbitral no pueda realizar directamente; (iii) el conocimiento del recurso de nulidad contra el laudo; y (iv) la ejecución forzosa del laudo cuando

- se requiera el uso del poder coactivo del Estado. Cada una de estas actuaciones debe ser canalizada ante el tribunal contencioso-administrativo competente, determinado según la materia, cuantía y territorio.
20. Las prerrogativas procesales que tradicionalmente han acompañado a los entes públicos en el proceso judicial no resultan aplicables en el arbitraje administrativo, desde que el principio de igualdad procesal exige que las partes, incluyendo a los entes públicos, actúen en condiciones de equilibrio ante el tribunal arbitral, no pudiendo imponerse sobre su contraparte amparado en su rol como Estado.
 21. El reconocimiento del arbitraje como parte del sistema de justicia implica que los árbitros ejercen una auténtica función jurisdiccional. Por tanto, están sujetos al principio de supremacía constitucional y obligados a aplicar la Constitución con preferencia frente a normas inferior jerarquía.
 22. Los tribunales arbitrales tienen la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad, en los términos del artículo 334 de la Constitución, mediante la desaplicación de normas contrarias a la Constitución, para casos concretos y con efectos *inter partes*.
 23. Además del recurso de nulidad previsto en la LAC, como vía ordinaria para impugnar laudos arbitrales, la jurisprudencia constitucional ha introducido mecanismos extraordinarios de control sobre el arbitraje, tales como el amparo constitucional y la revisión constitucional.
 24. Se ha intentado extender al arbitraje la figura del avocamiento judicial, tradicionalmente reservada a procesos ante tribunales de la jurisdicción ordinaria.
 25. La aplicabilidad del avocamiento en el arbitraje plantea un problema fundamental relacionado con la naturaleza y autonomía de los tribunales arbitrales. De acuerdo con la jurisprudencia del TSJ y lo dispuesto en la LOTSJ, el avocamiento sólo es procedente cuando el asunto en cuestión es competencia ordinaria de un tribunal y cuando el caso se encuentra en trámite ante un tribunal de inferior jerarquía.

26. El avocamiento no resulta aplicable a procesos arbitrales en curso, desde que los tribunales arbitrales, si bien ejercen funciones jurisdiccionales y sus decisiones puedan tener los mismos efectos que una sentencia judicial, no se consideran tribunales de inferior jerarquía en relación con el TSJ, ni éstos se encuentran subordinados a éste.
27. Sí procede la facultad extraordinaria de avocamiento en los casos de recursos de nulidad contra laudos arbitrales tramitados por ante los tribunales superiores competentes, sí forman parte de la estructura jerárquica del Poder Judicial y sí están sujetos a la jerarquía del TSJ.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUERREVERE, Laura, “Principios constitucionales relativos al ejercicio del poder público,” *Apuntes Filosóficos*, vol. 19, nro. 37, 2010.
- ALMANDOZ M., Alfredo, PERERA R., Pedro, ANGRISANO, Humberto, GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge I., “La Colaboración de los tribunales ordinarios”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013.
- ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.
- ARAUJO JUÁREZ, José *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell hermanos Editores, Valencia–Caracas, 1996.
- ASCANIO, Urimare, “Validez y excepciones de la cláusula arbitral en contratos con empresas públicas en el derecho venezolano y comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho* Nro. 72, UCAB, Caracas, 2018. Disponible en: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rf-derecho/article/view/4145/3504>
- BADELL BENÍTEZ, NICOLÁS, “Influencia de la Sala Constitucional en el Arbitraje en Venezuela”, en Gonzalo Pérez Salazar (Comp.), *Impacto del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico. IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje a Rafael Badell Madrid*, Universidad Monteávila, Caracas, 2025.

BADELL MADRID, Rafael, “Régimen Jurídico de la Minería en Venezuela”, en Allan R. Brewer Carías *et al.*, *Ley Orgánica de Minas*. Colección Textos Legislativos Nro. 63, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2026.

_____, “Régimen Jurídico de los Hidrocarburos en Venezuela”, en Allan R. Brewer Carías *et al.*, *Ley Orgánica de Hidrocarburos. Reforma de 2026*, Colección Textos Legislativos Nro. 58, Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2026.

_____, “Avocamiento y el arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 176, Caracas, julio-diciembre, 2024.

_____, “Prerrogativas procesales de la Administración y demás entes públicos en el arbitraje”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 174, Caracas, octubre-diciembre, 2023.

_____, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, serie de estudios N° 121, Caracas, 2020.

_____, “Contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público*, número 159-160, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2020.

_____, “Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 15, homenaje a Luis Henrique Farías Mata, Universidad Monteávila, Caracas, mayo-agosto, 2018.

_____, “Actividad arbitral de la Administración”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 155, Caracas, enero-diciembre, 2016.

_____, “El Arbitraje en los Contratos de Interés Público”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013.

_____, “El Recurso de Revisión Constitucional en el Arbitraje”, *Revista Comité de Arbitraje* 2da edición, Venamcham, Caracas, 2010/2011.

- _____, “Medios alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al prof. Luis H. Farías Mata*, Universidad de Margarita, Universidade da Coruña, Caracas, 2006.
- _____, “Arbitraje en Derecho Administrativo”, Conferencia dictada en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, noviembre de 2005.
- BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, “El arbitraje tributario en Venezuela. Un período de gestación de 20 años con malformaciones y una propuesta para un buen alumbramiento”, en *Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.
- _____, “La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos”, *Revista de Derecho* Nro. 57, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Arbitraje en el sector público y arbitraje internacional de inversión. Estudios*, Editorial Jurídica Venezolana, Ius Publicum Innovatio S.L., Universidad de Da Coruña, Caracas, 2023.
- _____, “La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público”, *Principia* No. 5, CIERC, Universidad Monteávila, Caracas, 2021.
- _____, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte de la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo IV. 11va Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. P. 302.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge “El embargo de bienes”, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, Cit. en ESCUDERO HERRERA, María C., *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005
- CHAVERO GAZDIK, Rafael, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001.
- CHIRINOS P., Loiralith M.; TAVARES D., Fabiola del V., OCANDO A., Lorainis T., “Arbitraje administrativo propiamente dicho: Referencia al arbitraje tributario”, *Actualidad Contable* FACES Año 15 N° 24, Universidad de Los Andes, Mérida, enero – junio, 2012.

- CHIRINOS P., Loiralith M., “El arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en la Administración pública”, *Estudios de Derecho* Vol. 67 N° 150, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, diciembre 2010.
- Club Español de Arbitraje (CEA), “Hacia el reconocimiento del arbitraje en el derecho público”. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea-arbitraje-y-derecho-publico-documento-final_.pdf
- COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (Dir.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra, 2008.
- CRUZ SUÁREZ, Andrea y SIRA SANTANA, Gabriel, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*. No. 1 año 2020. Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas. 2021
- DE JESÚS, Alfredo, “Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18. Caracas, 2005.
- DÍAZ CANDIA, Hernando, “El arbitraje en el contencioso administrativo”, *XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Instituto de Estudios Jurídicos “Dr. Ricardo Hernández Álvarez”, 2013.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. I, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.
- FRAGA PITTALUGA, Luis, *Arbitrario tributario interno e internacional*, colección biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Nro. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.
- _____, *El arbitraje en el Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2000.
- _____, “El Arbitraje y la Transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos”, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer Carías’*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

- GABUARDI, Carlos A., “La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1, Caracas. 2021.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992.
- , “Los postulados constitucionales de la Ejecución de las Sentencias Contencioso Administrativas” en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Vol. 2, Editorial Complutense, Madrid, 1992.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, “El Arbitraje de Derecho Administrativo. Reflexiones y propuestas en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Público* N° 134, EJV, Caracas, 2013.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas. Madrid, 1992.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, N° 39, 2005.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier, “Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo”, *Revista de Administración Pública*, No. 166. Madrid, 2005.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Nro. 10, Caracas, 2016.
- HUNG VAILLANT, Francisco, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74, Caracas, 2001.
- INDRIAGO, Coralia, “El Acuerdo Arbitral de Empresas del Estado según la Ley de Arbitraje Comercial”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* Nro. 12, Caracas, 2024.
- LORETO GONZÁLEZ, Irene, “Los requisitos de validez del acuerdo de arbitraje en las empresas del sector público”, *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, CACC – CEDCA- CEA, Caracas, 2013.

- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A; Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1983.
- MELICH-ORSINI, José, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 147, Caracas, 1983.
- MERINO MERCHANT, José Fernando, “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional” en *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* Volumen 1 Nro. 3, Editorial CEU Ediciones, Madrid, 2008.
- MUCI BORJAS, Jose Antonio “Ley de Arbitraje Comercial y Administración Pública (Glosa de la regla que prohíba el arbitraje en materias directamente asociadas con el ejercicio del *ius imperii*)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 176, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, julio-diciembre, Caracas, 2024.
- OROPEZA, Ambrosio *La nueva Constitución venezolana, 1961*, tercera edición, Editorial Italgráfica, Caracas, 1981.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración”, *Revista Galega de Administración Pública* Nro. 23, septiembre – diciembre, 1999.
- _____, *Derecho Administrativo*, I Parte General, Octava Edición. Marcial Pons. Madrid, 1996.
- RENGEL NÚÑEZ, Pedro, *Jurisprudencia sobre nulidad de laudos arbitrales en Venezuela*, segunda edición ampliada, Ediciones Travieso&Evans, Universidad Monteávila, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias, Caracas, 2024.
- _____, “El derecho aplicable al procedimiento arbitral en Venezuela”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, Nro. 5, Caracas, 2024.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Los actos cuasijurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990.
- RUAN SANTOS, Gabriel, “Situación Actual del Arbitraje Tributario”, CACC, Caracas, 2021. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/01/Situacion-actual-del-arbitraje-tributario-0342106xC4456.pdf>

TORREALBA G., JOSÉ GREGORIO, “La Nulidad de Laudos Arbitrales relacionados con la Administración Pública”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013.

TORREALBA LEDESMA, Henry, “El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral”, *El Arbitraje en Venezuela (Estudios con Motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial)*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje (Capítulo Venezolano), Caracas, 2013.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* Nro. 143, Madrid, 1997.

ISBN: 978-980-18-8950-2



9 789801 889502