

Prejuzgamiento como causal de recusación del árbitro de urgencia

Jesús Augusto Rojas Hernández*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 129-144

Resumen: La tutela judicial efectiva es un principio superior a todo nuestro ordenamiento jurídico, el cual es aplicable incluso a los procedimientos arbitrales de urgencia. Esta situación trae como consecuencia que el arbitraje de urgencia este adaptado a los parámetros internacionales para tener un debido proceso, lo cual requiere que el árbitro de la medida mantenga en todo momento una postura independiente e imparcial a las partes; sin embargo, pueden existir excesos al momento de hacer uso de la potestad cautelar de urgencia. Por ello, analizaremos en este trabajo si el árbitro de urgencia puede incurrir en prejuzgamiento y por ende perder su imparcialidad.

Palabras clave: tutela, urgencia, prejuzgamiento.

Prejudgment as grounds for recusal of the emergency arbitrator

Abstract: *Effective judicial protection is a superior principle to our entire legal system, which is applicable even to emergency arbitration proceedings. The consequence of this situation is that emergency arbitration is adapted to international parameters for due process, which requires the arbitrator to maintain at all times an independent and impartial position to the parties; however, there may be excesses at the time of making use of the urgent precautionary power. Therefore, we will analyze in this paper whether the emergency arbitrator may incur in bias and therefore lose his impartiality.*

Keywords: *protection, urgency, prejudgment.*

Autor invitado

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública organizado por el Banco de Desarrollo de América Latina y la Universidad Católica Andrés Bello, cursante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

Prejuzgamiento como causal de recusación del árbitro de urgencia

Jesús Augusto Rojas Hernández*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 129-144

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Tutela arbitral de urgencia. 2. Independencia e imparcialidad del árbitro de urgencia. 3. Prejuzgamiento como causal de recusación. Caso concreto del árbitro de urgencia. CONCLUSIONES GENERALES.

INTRODUCCIÓN

La tutela judicial efectiva como piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico, requiere ser aplicado en cualquier tipo de procedimiento de carácter jurisdiccional, lo cual hace obligatoria su aplicación en los arbitrajes de urgencia. Esta situación hace que los procedimientos cautelares que ocurran antes de la constitución del tribunal arbitral destinado a resolver el fondo de la controversia, se ajusten a los parámetros internacionales de derechos humanos, en los cuales se exige la independencia e imparcialidad del juzgador.

En los arbitrajes nacionales se suelen usar las causales de recusación establecidas en el Código de Procedimiento Civil, dentro de estas se encuentra la emisión de opinión previa sobre el fondo, técnicamente conocida como prejuzgamiento. En los arbitrajes de urgencia, el árbitro pudiera excederse en la valoración de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, circunstancia que pudiera ser denunciada como un prejuzgamiento sobre el fondo.

Es por ello, que la intención de este trabajo de investigación es analizar si el prejuzgamiento como causal de recusación puede ser procedente frente a un árbitro de urgencia, para lo cual se realizará un análisis desde las perspectivas del derecho fundamental a la justicia, de la obligación de independencia e imparcialidad del árbitro de urgencia y las normas relativas a la recusación y al prejuzgamiento.

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública organizado por el Banco de Desarrollo de América Latina y la Universidad Católica Andrés Bello, cursante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

1. Tutela Arbitral de Urgencia

Desde una perspectiva liberal clásica son necesarias instituciones que faciliten a los particulares resolver por sí mismos sus problemas, ya que se reconoce que “en una sociedad libre existen conflictos de intereses, por lo tanto, es necesario encontrar un procedimiento adecuado para decidir entre intereses entre partes en conflictos”¹. En ese sentido, el arbitraje desde sus orígenes se ha configurado como un medio adecuado para resolver las controversias, lo cual, como se verá en el presente, no solo se produce por una resolución efectiva del fondo, sino también por la posibilidad de obtener una tutela arbitral de urgencia.

El derecho humano a la tutela judicial efectiva constituye un corolario esencial de todo Estado Social Democrático, de Derecho y de Justicia moderno, que implica que todo ciudadano:

(i) tenga acceso a los órganos jurisdiccionales «*para hacer valer sus derechos e intereses*» (derecho al acceso a la justicia y a hacer valer pretensiones), a que obtenga «*tutela efectiva*» de esos derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos (derecho un proceso en que se conozcan las pretensiones), y que obtenga «*con prontitud*» la decisión judicial correspondiente (derecho una sentencia judicial declarativa o negativa oportuna que decida sobre todas las pretensiones).²

Por ello, al ser un principio fundamental y superior a cualquier ordenamiento jurídico, como lo han reconocido diversos tratados de derechos humanos regionales y universales, acepta interpretación extensiva e integración analógica, situación distinta a las limitaciones a las facultades y potestades de las sociedades democráticas, las cuales deben ser interpretadas de forma restrictiva y no integradas de forma analógica.

Al ser así, la doctrina comparada ha señalado que este derecho al ser aplicado en sede arbitral sería una manifestación de la tutela arbitral efectiva, debido a:

el carácter de cosa juzgada de las decisiones arbitrales, la fuerza vinculante del laudo arbitral, y de algunas decisiones previas, como es el caso de medidas cautelares, todas ellas derivadas del reconocimiento que el Estado hace del carácter jurisdiccional del arbitraje, así como en la vigencia de un conjunto de garantías para los justiciables que los árbitros deben respetar. En esta línea de razonamiento, “cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla”³.

¹ José Tomás Esteves Arria «La desigualdad y la economía en las ideas de Jhon Rawls», CEDICE Libertad, acceso el 3 de febrero de 2023, <https://issuu.com/cedice/docs/desigualdadrawls>

² Daniel Betancourt, *La triple dimensión de la tutela judicial efectiva como garantía de las pretensiones surgidas de la situación jurídica tributaria* (Relatoría Nacional de Venezuela en las XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, 2022), p. 3.

³ María Elena Jara, *Tutela Arbitral Efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), p. 60.

Este reconocimiento no ha sido ajeno al Derecho arbitral nacional, ya que criterios recientes de juzgados nacionales que conocen de los recursos nulidad contra los laudos arbitrales, han reiterado el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A, al señalar:

De los criterios que preceden se puede concluir que el arbitraje forma parte del sistema de justicia, que es un medio alternativo para la solución de conflictos y que, en particular, las decisiones que se producen a través de este medio, a saber, el arbitraje, otorga cosa juzgada y por lo tanto, son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, mas no del Poder Judicial, quedando reconocido el carácter constitucional de tal figura. Aunado a lo anterior, tenemos que los medios alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, son una expresión de la tutela judicial efectiva, de manera que si en un caso concreto surge el arbitraje como el mecanismo escogido por las partes para dirimir sus diferencias, y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia para su aplicación, el criterio a seguir debe ser realizar un interpretación de la norma legal más favorable conforme al principio *pro actione*, que si se traduce en el ámbito de los medios alternativos de conflictos, se concreta el principio *pro arbitraje*⁴.

De igual forma lo ha entendido el criterio vinculante de la Sala Constitucional, el cual ha sostenido que “si en un caso el arbitraje es el medio seleccionado por las partes para resolver una determinada controversia, nos encontraríamos en presencia de la tutela jurisdiccional eficaz en lugar de la tutela judicial efectiva, por ser ajeno al Poder Judicial”⁵.

No obstante, a esa diferenciación, hemos sostenido en un trabajo reciente que “Las diferencias principales entre ambas tutelas, *stricto sensu* y arbitral, consisten en la forma de llevarse a cabo, más no en su finalidad, que no es otra que la defensa de los derechos subjetivos de los particulares”⁶.

Ahora bien, como la tutela judicial efectiva es un vehículo para obtener justicia en el caso concreto, la doctrina del reconocido jurista García De Enterría ha señalado, con base a criterios jurisprudenciales, que “quien tiene razón no puede resultar perjudicado por el proceso que necesita para que se le reconozca esa razón”⁷; por tanto, si bien

⁴ Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (ASUNTO: AP71-R-2021-000068 (9914); Recurso de Nulidad Caso: Ilse Delgado vs Organización Líder). Disponible: [http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/MARZO/2146-18-AP71-R-2021-000068\(9914\)-.HTML](http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/MARZO/2146-18-AP71-R-2021-000068(9914)-.HTML)

⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado*, dictada el 28 de febrero de 2008.

⁶ Jesús Augusto Rojas Hernández, «Tutela arbitral efectiva y silencio administrativo bajo el derecho comparado», *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (13): 81-101, <https://iea.ec/publicaciones/revista-13/>

⁷ Eduardo García De Enterría «Nuevas medidas cautelares «positivas»: la imposición por vía cautelar a la administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (auto de la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal superior de justicia del país vasco de 14 de octubre de 1991)» *Revista de Administración Pública* 126 (1991): 298, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17107.pdf>

es cierto que las medidas cautelares no materializan una decisión justa, como señala Calamandrei, “más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”⁸.

En sede arbitral, nuestra Ley de Arbitral Comercial ha reconocido la potestad cautelar de los árbitros, lo cual se evidencia de su artículo 26 que señala:

Artículo 26. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

Sin embargo, sobre la procedencia de medidas cautelares de urgencia, la referida ley se encarga de remitir a las regulaciones propias de los centros de arbitraje para determinar su procedencia o no:

Artículo 12. En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido.

En ese sentido hay que destacar que la mayoría de los centros de arbitraje de Venezuela reconocen la posibilidad de que puedan ser decretadas medidas cautelares de urgencia antes de que se constituya el tribunal arbitral que resolverá el fondo de la controversia⁹.

El fundamento de estas medidas se encuentra, según Mabel De Los Santos, en “la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz”¹⁰. Es por ello, que en nuestro país podemos hablar de la existencia de una verdadera tutela arbitral de

⁸ Piero Calamandria, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Santiago Chile: El Foro, 1997) p.44/45.

⁹ Artículo 38.2 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA): Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgencia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directorio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle.

Artículo 12 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC): Cuando uno de los interesados requiera el decreto de medidas cautelares de urgencia antes del inicio del arbitraje, con la solicitud de arbitraje o durante el transcurso del procedimiento arbitral, antes de la constitución del tribunal arbitral, podrá dirigir una petición por escrito a la Dirección Ejecutiva para que esta designe un árbitro de emergencia.

Artículo 39 del Reglamento General de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM): Toda interesado podrá solicitar el decreto de medidas cautelares de emergencia antes del inicio del arbitraje, con la solicitud de arbitraje o durante el transcurso del procedimiento arbitral, antes de la constitución del Tribunal Arbitral. El solicitante deberá dirigir su petición por escrito, mediante correo electrónico a la dirección del CACCM, o en físico ante Director Ejecutivo del CACCM.

¹⁰ Mabel De Los Santos, «Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia» *Revista peruana de Derecho Procesal* 4 (2001): 73-86, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2755214>

urgencia, ya que desde la sentencia de la Sala Constitucional en el caso Astivenca, se resolvió de forma definitiva las diversas interpretaciones que ocurrían sobre su procedencia, al señalar:

Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. En este supuesto, el peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula o el pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar; así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral¹¹.

De dicha transcripción se desprende la consagratoria de las medidas anticipadas, la cual es una potestad de los tribunales arbitrales de urgencia que se desprende no de una ley especial que regule la materia, sino en función de los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹².

2. Independencia e imparcialidad de los árbitros de urgencia

La exigencia de independencia e imparcialidad a cualquier órgano jurisdiccional es un mandato que realiza nuestro bloque de constitucionalidad, entendiendo este como aquel conjunto de normas y principios de rango constitucional que permiten una defensa efectiva de los derechos fundamentales y que se pueden encontrar en tratados internacionales de derechos humanos o en la Norma Fundamental de cada uno de nuestros países. Particularmente nuestra Constitución señala en el artículo 49 numeral 3:

Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad¹³.

Dicha disposición constitucional ha sido desarrollada por el legislador al regular las características idóneas que debe poseer todo sistema de justicia, donde señaló:

El Estado a través del Sistema de Justicia garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y reposiciones inútiles, preservándolas como un fin y un valor del Estado que no se sacrificará en su desarrollo por la omisión de formalismos innecesarios¹⁴.

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional No.1067 del 3 de noviembre de 2010: Caso ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A.

¹² Alfredo Almandoz, Pedro Perera, Humberto Angrisano y Jorge Isaac González Carvajal, «La colaboración de los tribunales ordinarios». En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coords. Luis Alfredo Araque, Milagros Betancourt, Diana Droulers y Carlos Lepervanche (Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013), 437-466.

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial No. 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999)

¹⁴ Ley del Sistema de Justicia (Gaceta Oficial No. 39. 276, de fecha 1 de octubre de 2009)

Ahora bien, la exigibilidad de independencia e imparcialidad en los árbitros ha sido comprendida como aquella obligación que tienen los árbitros de proceder “rectamente, sin prejuicios ni prevenciones al sustanciar el proceso y dictar el laudo”¹⁵. Esta obligación ha sido consagrada por el reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) que señala “Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes”¹⁶, regulación que al no distinguir entre árbitro de urgencia y árbitro del fondo, se considera como disposición común para cualquier tipo de árbitros.

No obstante, el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) en su novedosa normativa promulgada en el año 2022, con la intención de no dejar dudas sobre esta obligación en los árbitros de urgencia, señaló en el artículo 17 referido al árbitro de urgencia que “una vez nombrado el árbitro, debe ser y permanecer imparcial e independiente frente a las partes en la causa que se ventila”¹⁷. Situación que se replica en el reactivado Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo, que en el artículo 44 de su reglamento sostiene que “todo árbitro de emergencia deberá ser y permanecer imparcial e independiente de las partes”¹⁸.

Estas disposiciones de los reglamentos de los centros de arbitraje nacionales responden a lo explicado por la International Bar Association¹⁹, institución que como motivación de sus reglas sobre independencia de los árbitros explicó:

El Grupo de Trabajo está guiado por el principio básico del arbitraje internacional según el cual todo árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y debe permanecer así durante todo el procedimiento arbitral.

Por tanto, debemos considerar que para que se cumpla el postulado fundamental del arbitraje de que las partes puedan obtener un laudo ejecutable, es necesario “que quien vaya a emitir el laudo sea alguien capacitado para decidir sobre el fondo de la controversia”²⁰, y esta capacitación no puede ser entendida únicamente desde el punto de vista técnico, sino también desde la perspectiva de los vínculos, la cual requiere que un árbitro al ser nombrado se mantenga independiente e imparcial a las partes, ya que de lo contrario se afectaría la garantía del debido proceso, que es un requisito esencial para proceder al reconocimiento y ejecución de los laudos, tal como lo señala la convención de New York, que sostiene:

¹⁵ Salvador Yanuzzi, Carlos Lepervanche y Mario Bariona, «La recusación e inhibición de los árbitros». En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coords. Luis Alfredo Araque, Milagros Betancourt, Diana Droulers y Carlos Lepervanche (Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013), 437-466.

¹⁶ Reglamento General del CEDCA (promulgado el 14 de enero de 2020). Disponible <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCEDCA-2020.-Versi%C3%B3n-14-01-2020-Con-C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-Nuevo.pdf>

¹⁷ Reglamento General del CACC (promulgado el 21 de abril de 2022). Disponible <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-general/>

¹⁸ Reglamento General del CACCM (Sin datos de promulgación). Disponible <https://ccm.org.ve/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-general-del-centro-arbitraje-y-mediacion-de-la-CCM.pdf>

¹⁹ Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional de la International Bar Association (promulgadas el 23 de octubre de 2014). Disponible <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>

²⁰ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), p. 70-80.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;

(Omissis)

d) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje²¹.

Tratado internacional que regula las sentencias arbitrales extranjeras, pero que también tuvo un impacto en la legislación nacional para los arbitrajes nacionales, ya que la Ley de Arbitraje en su artículo 49 replicó lo señalado por la Convención de Nueva York, al sostener:

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

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;

(Omissis)

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.

De esta forma queremos afirmar que la independencia e imparcialidad del árbitro de urgencia, constituye una garantía del derecho a una tutela arbitral de urgencia, que se ajusta a las buenas prácticas en el arbitraje nacional e internacional, lo cual se muestra con las regulaciones establecidas en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, donde se sostiene "todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial"²².

3. Prejuzgamiento como causal de recusación.

Según el Diccionario Panhispánico de Español Jurídico, la recusación constituye una "solicitud de que se aparte de la tramitación de un asunto una autoridad o funcionario público, jurado, árbitro o perito, por existir una causa legal para ello"²³. Por su parte, Rengel Romberg señala que es:

²¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

²² Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (promulgado en 2019). Disponible https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/codigo_de_buenas_practicas_arbitrales_del_club_espanol_de_arbitraje_0.pdf

²³ Diccionario Panhispánico de Español Jurídico de la Real Academia Española «Recusación». Acceso el 10 de febrero de 2023, <https://dpej.rae.es/dpej-lemas/recusaci%C3%B3n>

el acto de la parte por el cual exige la exclusión del juez de conocimiento de la causa, por encontrarse este en una especial posición o vinculación con las partes o con el objeto de la controversia y no haber dado cumplimiento a su deber de inhibición²⁴.

De estas definiciones se puede desprender que la recusación del árbitro constituye una incidencia dentro del procedimiento arbitral que se inicia a instancia de parte, cuando esta considera que el árbitro está incurriendo en conductas que objetivamente afectan su independencia e imparcialidad y el árbitro no se inhibe.

Dicho trámite no es solamente aplicable al árbitro destinado a resolver el fondo de la controversia, sino que también puede ser usado contra los árbitros de urgencia, debido a que como se señaló en el punto anterior, la obligación de ser independiente e imparcial en lo que respecta a las partes no es exclusiva del árbitro del fondo, sino que también es aplicable al árbitro de urgencia.

Ahora bien, en cuanto a las causales de recusación debemos destacar que no tenemos dudas que en los casos de arbitrajes ad-hoc, que no se rijan por el Reglamento de Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA)²⁵, se deben aplicar todas las causales señaladas en el Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁶ por remisión de la misma Ley de Arbitraje Comercial que señala:

Artículo 35. Los árbitros son recusables y podrán inhibirse de conformidad con lo establecido al efecto en las causales de recusación e inhibición en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevivientes a la designación. Los nombrados por el Juez competente o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se notifique la instalación del tribunal arbitral, de conformidad con el procedimiento señalado en esta Ley.

Sin embargo, recientemente ha afirmado el profesor Fernando Sanquírigo:

el artículo 35 –que comentamos– es aplicable únicamente cuando el arbitraje es ad hoc, y las partes no han convenido otra cosa, por disposición del artículo 15 de la LAC; mientras que, cuando el arbitraje es institucional, aplicarán las reglas de arbitraje del centro que cozoza de la controversia²⁷.

Criterio acorde con el principio No. XIII.2.3 de la organización internacional Trans-lex, que dentro de sus comentarios sostiene:

²⁴ Arístides Rengel Romberg citado por Pedro Rengel «Sobre la recusación» *Revista de Medios Alternos de Resolución de Conflictos* 2 (2022): 12-18, https://issuu.com/cedca/docs/marc_segundae_2022

²⁵ Reglas AVA Sobre el Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (publicado el 9 de julio de 2021). Disponible en <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

²⁶ Código de Procedimiento Civil. (Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990)

²⁷ Fernando Sanquírigo «Artículo 35». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*. T. II, coords. Caterina Jordan Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022), p. 1277.
https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0_38d0421a9d304d8fab1a74b4e6bb5ab9.pdf?index=true

Un árbitro puede ser recusado solo si existen circunstancias que, desde la perspectiva de un tercero razonable que tenga conocimiento de los hechos relevantes, den lugar a dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones acordadas por las partes²⁸.

No obstante, esta interpretación viene a debatirse con la interpretación teleológica que hiciera el legislador al momento de redactarse dicho artículo, ya que la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela en uno de sus informes explicaba:

La modificación obedece al hecho de que las causales de recusación e inhibición son de carácter taxativo y están expresamente señaladas en el Código de Procedimiento Civil, de permanecer el encabezamiento del artículo en los términos establecidos en el artículo 36, ahora 35, del Proyecto aprobado por la Cámara de Senado, queda una laguna en una materia que es de orden público y que el legislador no ha requerido ser relajada por las partes²⁹.

Criterio que de ser cierto haría que las causales de recusación establecidas en el CPC no puedan ser disponibles por las partes y que de forma obligatoria sean aplicadas en sede arbitral, ya sea esta independiente o institucional.

Sobre el particular ha sido el propio Fernando Sanquírigo quien ha venido a señalar que "las causales establecidas en el CPC son taxativas, y no son relajables por las partes, en lo que refiere al juez o a la jurisdicción estatal. Sin embargo, las normas procesales no tienen aplicación en el arbitraje, a menos que las partes o la ley así lo establezcan"³⁰. Esto encuentra fundamento en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial, anteriormente citado.

Dicho lo anterior debemos destacar que la mayoría de los centros de arbitraje nacionales contemplan que los árbitros son recusables por razones fundadas en su falta de independencia o en cualquier otro motivo, lo cual bajo ningún concepto puede ser considerado como una situación menos garante que la señalada por el CPC, ya que al existir un constante dinamismo en las relaciones sociales, pueden existir nuevas formas que puedan afectar la independencia o imparcialidad de los árbitros, y que pueden no estar previstas necesariamente en un listado taxativo de causales, lo cual permite concluir que es necesario tener la posibilidad de considerar diversas situaciones de forma casuística que permita determinar si objetivamente un árbitro ha perdido su independencia o imparcialidad. Sin embargo, por experiencia personal podemos señalar que en el arbitraje institucional no han dejado de usarse las causales de recusación establecidas en el artículo 81 del CPC.

²⁸ Trans-lex «Principio No. XIII.2.3-Motivos para la recusación de un árbitro». Acceso el 15 de febrero de 2023, https://www.trans-lex.org/968935/_/grounds-for-challenge-of-an-arbitrator/

²⁹ Congreso de la República de Venezuela «Expediente Legislativo de la Ley de Arbitraje Comercial». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial venezolana*, coords. Caterina Jordan Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022), p. 46, https://www.cicr.com/_files/ugd/d2f4e0_b3ad860ad2e74d21ae2d3f93a0fb5efa.pdf?index=true

³⁰ Fernando Sanquírigo, Ob.Cit., p. 1289.

Por tanto, al ser usado el CPC como guía de las partes para realizar sus recusaciones y al tener como objetivo concreto de esta investigación analizar la causal relativa al prejuzgamiento, debemos proceder a analizar y delimitar este supuesto.

El prejuzgamiento es una causal definida en el CPC como aquella circunstancia en la cual el recusado ha “manifestado su opinión sobre lo principal del pleito o sobre la incidencia pendiente antes de la sentencia correspondiente, siempre que el recusado sea el juez de la causa”. En un esfuerzo por conceptualizar al prejuzgamiento la Sala Plena en decisión de fecha 22 de junio de 2004, (Caso: Jorge Alejandro Hernández Arana y otros), estableció lo siguiente:

Ahora bien, el artículo 82 numeral 15 del Código de Procedimiento Civil, establece el prejuzgamiento como causal de recusación, entendido éste como la opinión manifestada por el recusado sobre lo principal del pleito, antes de la sentencia correspondiente. Por lo tanto, para la procedencia de dicha causal de recusación, resulta menester que los argumentos emitidos por el juzgador sean tan directos con lo principal del asunto, que quede preestablecido un concepto sobre el fondo de la controversia concreta sometida a su conocimiento.

Hechas las precisiones terminológicas correspondientes vale la pena preguntarse ¿Puede el árbitro de urgencia prejuzgar sobre el fondo?

4. Caso concreto del árbitro de urgencia

Es de conocimiento que para el otorgamiento de medidas provisionales de urgencia se deben de seguir los requisitos que establece el CPC para las medidas cautelares, estos son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, para las medidas cautelares nominadas, y en el caso de las innominadas los anteriores criterios sumados al *periculum in damni*.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, debemos señalar que la doctrina aceptada de Ricardo Henríquez La Roche ha sostenido que:

Este juicio preliminar objetivo no ahonda ni juzga sobre el fondo del problema. En el ámbito de las medidas cautelares el conocimiento se encuentra limitado a un juicio de probabilidades y de verosimilitud y su resultado vale no como declaración de certeza sino de hipótesis. Precisamente por no poseer la declaración que recaiga ese atributo de certeza, ínsito la sentencia del fondo, puede el juez sin invadir esa zona pronunciarse en uno u otro sentido, decretando o negando la medida³¹.

Ahora bien, en el caso concreto del árbitro de urgencia, somos del criterio de que este no puede afectar su imparcialidad a través del prejuzgamiento, ya que este no es el árbitro del fondo, tal como lo señala por ejemplo el artículo 26 del RGCACC, que señala:

³¹ Ricardo Henríquez La Roche, *Medidas Cautelares* (Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, 1988), p. 191

(Omissis)

En ningún caso, el árbitro de emergencia podrá formar parte del tribunal arbitral que conozca de los méritos del asunto.

Por ello, podemos concluir que el exceso en la pronunciación motivacional de una decisión cautelar constituye prejuzgamiento si con ello se llegare a anticipar el desenlace sobre el fondo del conflicto sometido a conocimiento del juzgador. Supuesto que no ocurre con el árbitro de urgencia, debido a que al ser un procedimiento cautelar anticipado no se ha trabado el conflicto, lo cual ocurrirá una vez que sea firmada el acta de misión. Así lo ha señalado recientemente la sala constitucional al sentenciar:

en el acta de misión o términos de referencia es el escrito en el que luego de constituido el tribunal arbitral, sea este unipersonal o no, se fijan las pretensiones de las partes. Para este momento todos los reglamentos revisados permiten la modificación del acta de misión o términos de referencia si el tribunal arbitral lo autoriza y si esa petición está relacionada con el procedimiento, lógicamente, si en un arbitraje con multiplicidad de partes, todas las partes pueden formular demandas contra cualquiera de las demás partes, habrá que dar lugar a las contestaciones, pudiendo estas (demandas) reformarse, siempre y cuando no se haya firmado o aprobado del Acta de Misión, pues una vez firmada esta, ninguna nueva demanda puede ser formulada³².

En ese sentido, al ser las medidas cautelares de urgencia tramitadas en un primer momento inaudita parte, lo cual encuentra su fundamento en que si fuere necesario notificar de este procedimiento a la contraparte esta estaría avisada, "dejando totalmente burlada la naturaleza esencial de este tipo de medidas, que requieren celeridad y sorpresa para cumplir su cabal cometido"³³, la oposición al decreto cautelar del árbitro permite a la parte afectada o a un tercero aportar alegatos y pruebas que tengan por finalidad cambiar los elementos considerados por el árbitro de la medida. De esta forma, el árbitro puede reconsiderar su decisión, y por ende, aún cuando haya valorado la existencia de la presunción de buen derecho con base a los alegatos y pruebas promovidas por la solicitante, siempre podrá y deberá en el trámite de la oposición, valorar la documentación que sea presentada por la parte afectada o por un tercero, para así fijar si su valoración inicial es susceptible de modificación o confirmación, lo cual es perfectamente posible ya que sus afirmaciones preliminares no le impiden cambiar su decisión o mantenerla, porque estas recaen sobre la apariencia y no sobre la certeza en la existencia de un derecho.

De manera pues, que si bien es cierto el árbitro de urgencia no puede prejuzgar sobre el fondo, este debe abstenerse de hacer pronunciamientos sobre la existencia efectiva de un derecho y limitarse a realizar afirmaciones sobre la presunción de buen derecho al momento de dictar un decreto cautelar inaudita parte, debido a que de lo

³² Sentencia Sala Constitucional, No. 0699 del 15 de diciembre de 2022. Disponible <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322083-1191-151222-2022-22-0699.HTML>

³³ Ricardo Henríquez La Roche, Ob. Cit., 162.

contrario el árbitro de la medida estaría excediéndose en sus facultades. Circunstancia que objetivamente valorada puede ser considerada como una vulneración a la confianza y al derecho de la parte afectada o del tercero a tener un árbitro independiente e imparcial que tramite la incidencia sobre la oposición al decreto de la medida cautelar, lo cual haría al árbitro de la medida de urgencia inhábil para resolver la oposición y que de no inhibirse pudiera hacer que la parte afectada o el tercero inicien los trámites necesarios para separarlo del procedimiento a través de la recusación.

CONCLUSIONES GENERALES

A través del presente trabajo hemos podido determinar la existencia de un derecho fundamental a la tutela arbitral de urgencia, ya que el árbitro de urgencia, como cualquier otro árbitro, debe ajustarse a las buenas prácticas arbitrales, dentro de la que se encuentra la independencia e imparcialidad del árbitro. De no ser respetado este principio, se pudiera violentar el derecho a obtener una decisión ejecutable, debido a que como lo han establecido diversos instrumentos nacionales e internacionales, el incumplimiento de los elementos esenciales de todo debido proceso puede hacer que no sea reconocido ni ejecutado el laudo arbitral.

La recusación como mecanismo de defensa de las partes y de sanción al árbitro que ha perdido su independencia e imparcialidad y no se inhibe del procedimiento arbitral, es perfectamente aplicable al árbitro de urgencia. A este le serían aplicables todas las causales de recusación de los árbitros destinados a resolver el fondo del litigio, lo cual, apegándonos a interpretaciones recientes de nuestra Ley de Arbitraje Comercial, da por resultado, que, si el arbitraje es institucional, debe ser aplicable cualquier motivo que objetivamente afecte la independencia e imparcialidad del árbitro de urgencia.

El prejuzgamiento como causal de recusación no puede ser aplicable al árbitro de urgencia, ya que esta causa no puede proceder sobre una persona distinta al árbitro del fondo. No obstante, si el árbitro de urgencia en el trámite de una medida cautelar inaudita parte excede en la valoración de los requisitos de procedencia, puede afectar su imparcialidad como juzgador para resolver cualquier oposición al decreto de la medida cautelar que pueda presentar la parte afectada o un tercero. Por tanto, los árbitros deben ver un límite a su potestad cautelar en el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, en el caso de las cautelares nominadas, y el *periculum in damni*, sumado a los anteriores requisitos en las cautelares innominadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almandoz, Alfredo, Pedro Perera, Humberto Angrisano y Jorge Isaac González Carvajal. «La colaboración de los tribunales ordinarios». En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coords. Luis Alfredo Araque, Milagros Betancourt, Diana Droulers y Carlos Lepervanche. Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013.

- Araque Benzo, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Betancourt, Daniel. *La triple dimensión de la tutela judicial efectiva como garantía de las pretensiones surgidas de la situación jurídica tributaria*. Relatoría Nacional de Venezuela en las XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, 2022.
- Calamandria, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Santiago Chile: El Foro, 1997.
- Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje. Promulgado en 2019. Disponible https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/codigo_de_buenas_practicas_arbitrales_del_club_espanol_del_arbitraje_0.pdf
- Congreso de la República de Venezuela. «Expediente Legislativo de la Ley de Arbitraje Comercial». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial venezolana*, coords. Caterina Jordan Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022. https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0b3ad860ad2e74d21ae2d3f93a0fb5efa.pdf?index=true
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial No. 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>
- De Los Santos, Mabel. «Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia». *Revista peruana de Derecho Procesal* 4 (2001): 73-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2755214>
- Diccionario Panhispánico de Español Jurídico de la Real Academia Española «Recusación». Acceso el 10 de febrero de 2023. <https://dpej.rae.es/dpej-lemas/recusaci%C3%B3n>
- Diretrizes IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional de la International Bar Association. Promulgadas el 23 de octubre de 2014. Disponible <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>
- Esteves Arria, José Tomás. «La desigualdad y la economía en las ideas de Jhon Rawls». CEDICE Libertad. Acceso el 3 de febrero de 2023. <https://issuu.com/cedice/docs/desigualdadrawls>
- García De Enterría, García. «Nuevas medidas cautelares «positivas»: la imposición por vía cautelar a la administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (auto de la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal superior de justicia del país vasco de 14 de octubre de 1991)». *Revista de Administración Pública* 126 (1991): 298, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17107.pdf>
- Henríquez La Roche, Ricardo. *Medidas Cautelares*. Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, 1988.
- Jara, María Elena. *Tutela Arbitral Efectiva en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (ASUNTO: AP71-R-2021-000068 (9914): Recurso de Nulidad Caso: Ilse Delgado vs Organización Líder). Disponible: [http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/MARZO/2146-18-AP71-R-2021-000068\(9914\)-.HTML](http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/MARZO/2146-18-AP71-R-2021-000068(9914)-.HTML)
- Ley del Sistema de Justicia. Gaceta Oficial No. 39. 276, de fecha 1 de octubre de 2009.
- Reglamento General del CEDCA. Promulgado el 14 de enero de 2020. Disponible <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCEDCA-2020.-Versi%C3%B3n-14-01-2020-Con-C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-Nuevo.pdf>

-
- Reglas AVA Sobre el Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Publicado el 9 de julio de 2021. Disponible en <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>
- Reglamento General del CACC. Promulgado el 21 de abril de 2022. Disponible <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-general/>
- Reglamento General del CACCM. Sin datos de promulgación. Disponible <https://ccm.org.ve/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-general-del-centro-arbitraje-y-mediacion-de-la-CCM.pdf>
- Rengel Romberg, Arístides citado por Pedro Rengel. «Sobre la recusación». *Revista de Medios Alternos de Resolución de Conflictos* 2 (2022): 12-18. https://issuu.com/cedca/docs/marc_segundae_2022
- Rojas Hernández, Jesús Augusto. «Tutela arbitral efectiva y silencio administrativo bajo el derecho comparado». *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (13): 81-101. <https://iea.ec/publicaciones/revista-13/>
- Sanquírigo, Fernando. «Artículo 35». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*. T. II, coords. Caterina Jordan Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022. https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0_38d0421a9d304d8fab1a74b4e6bb5ab9.pdf?index=true
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado*, dictada el 28 de febrero de 2008.
- Sentencia Sala Constitucional, No. 0699 del 15 de diciembre de 2022. Disponible <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322083-1191-151222-2022-22-0699.HTML>
- Sentencia de la Sala Constitucional No.1067 del 3 de noviembre de 2010: Caso ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A. <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/05/1067-31110-2010-09-0573.html.pdf>
- Trans-lex «Principio No. XIII.2.3-Motivos para la recusación de un árbitro». Acceso el 15 de febrero de 202. https://www.trans-lex.org/968935/_/grounds-for-challenge-of-an-arbitrator
- Yanuzzi, Salvador, Carlos Lepervanche y Mario Bariona. «La recusación e inhibición de los árbitros». En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coords. Luis Alfredo Araque, Milagros Betancourt, Diana Droulers y Carlos Lepervanche. Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013.