

Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

Nro. 3

2022



ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE
ARBITRAJE



ANUARIO VENEZOLANO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

© Asociación Venezolana de Arbitraje.

RIF: J-40256726-0

Reservados todos los derechos.

Depósito Legal N°: DC202000853

ISSN: En trámite.

El Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional es una publicación de la Asociación Venezolana de Arbitraje editada en Caracas – Venezuela, de carácter científico, arbitrada, abierta, de frecuencia anual, especializada en medios alternativos de resolución de controversias con énfasis en arbitraje, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua del Anuario.

La Asociación Venezolana de Arbitraje no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en la obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.

Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 3 - Año 2022

Publicación de la convocatoria: 17/06/2022

Recepción de artículos: del 17/06/2022 al 14/11/2021

Todos los trabajos fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego

Publicación del Anuario: Marzo, 2023.

Editores: Asociación Venezolana de Arbitraje. RIF: J-40256726-0

Web site: www.avarbitraje.com

E-mail: contacto@avarbitraje.com

Instagram / Twitter / Facebook: @AvArbitraje

Diseño y diagramación:

www.megaeditorial.com / info@megaeditorial.com

Caracas, Venezuela.



Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

Nro. 3 - 2022

Caracas - Venezuela
2023



Consejo Directivo AVA 2021-2023:

Presidente: *Diana Droulers*

Vicepresidente de Asuntos Internacionales: *José Alberto Ramírez León*

Vicepresidente de Asuntos Nacionales: *Pedro Rengel*

Vicepresidente de Asuntos Académicos: *Adriana Vaamonde*

Director Ejecutivo: *Ana Karina Calderín R.*

Tesorero: *Fernando Sanquírigo*

Vocal por las Asociaciones Extranjeras: *Adolfo Hobaica*

Vocal por los profesores de MARC: *Diego T. Castagnino*

Vocal por las instituciones o centros de arbitraje: *Diana Trías*

Vocal por las instituciones o centros de arbitraje: *María Alejandra González*

Vocal por los Sectores Vinculados: *Mario Bariona G.*

Vocal por los Usuarios: *Ramón Escovar Alvarado*

Coordinador del Capítulo Internacional: *Ricardo Chirinos*

Vocal por los Estudiantes: *Wilfredo Monsalve*

Consejo Editorial del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional 2021-2023:

Director-Editor: *José Antonio Elíaz*

Subdirector: *Diego Castagnino*

Secretario: *Edgar Berroterán*

Consejo Asesor Académico: *Carlos Sarmiento Sosa (Presidente del Consejo Asesor Académico), Alvaro Badell, Irene Loreto, Adolfo Hobaica, Fernando Sanquírigo, Carmine Pascuzzo y Magdalena Maninat.*

Coordinadores: *Rafael Olivar, Jorge Henriquez, Araelizabeth Guerrero y Fernando León Poleo.*

Índice

Presentación y agradecimientos	9
--------------------------------	---

ARTÍCULOS - AUTORES INVITADOS

Implicaciones Jurídicas de la Implementación del Arbitraje Conducido a través de Medios Electrónicos en Venezuela Ana Karina Calderín Rodríguez VENEZUELA	13
La responsabilidad civil de los árbitros Andrea Cruz Suárez VENEZUELA	27
Climate-Friendly Investment Protection: a Viable Option to Fight Climate Change? Andres Sanchez Rios y Valles y Yerick Reyes ESTADOS UNIDOS	45
El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delito Carol Jiménez López VENEZUELA	61
La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva Daniel Pérez Pereda VENEZUELA	83
El arbitraje societario y el Buen Gobierno Corporativo de las empresas Diego Tomás Castagnino VENEZUELA	93
Procedimiento de Intimación de honorarios de abogados en sede arbitral Euribel Canino B. VENEZUELA	113
Prejuzgamiento como causal de recusación del árbitro de urgencia Jesús Augusto Rojas Hernández VENEZUELA	129

Arbitraje comercial: algunas consideraciones sobre la separabilidad del convenio arbitral desde el Derecho español	145
Miguel Ángel Serrano Pérez ESPAÑA	
La transparencia de las instituciones arbitrales vs. la confidencialidad del arbitraje en Venezuela	187
María Alejandra González Yánez VENEZUELA	
El artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial... ¿(Otro) Chorda Aquillis del procedimiento arbitral en Venezuela?	207
Mario Bariona G. VENEZUELA	
Breves anotaciones sobre la confianza como elemento subjetivo de la elección de la institución en el arbitraje institucional	219
Nayibe Chacón Gómez VENEZUELA	
La Noción de Laudo Arbitral	233
Pedro Rengel Núñez VENEZUELA	
Arbitraje Expedito y Debido Proceso: En búsqueda del justo equilibrio	255
Wilfredo Monsalve García VENEZUELA	
ARTÍCULOS - AUTORES PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA	
Contenido y alcance de la reciente reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI	287
Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes VENEZUELA	
Inversiones mineras y arbitraje: La experiencia de Venezuela ante el CIADI	311
Juan Andrés Miralles Quintero* VENEZUELA	
Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela	331
Juan Bautista Carrero Marrero VENEZUELA	

ÍNDICE

III Semana del Arbitraje de Caracas organizada por la Asociación Venezolana de Arbitraje Diego Tomás Castagnino* VENEZUELA	345
---	-----

Normas y Criterios Editoriales	349
--------------------------------	-----

Presentación y agradecimientos

Desde el Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) les presentamos con gran satisfacción la tercera edición del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional.

Nuevamente, ponemos a disposición de la comunidad jurídica una versión digital de nuestro Anuario de acceso abierto y gratuito, disponible en nuestra página web y una versión en físico que es posible adquirir en Amazon.com, cuya comercialización generará fondos que serán destinados a la mejora continua de nuestras publicaciones.

La convocatoria de esta tercera edición fue publicada el 17 de junio de 2022 en nuestra página web y redes sociales, en donde se fijó el 31 de octubre de 2022 como plazo máximo para la recepción de los artículos, el cual fue prorrogado hasta el 14 de noviembre de 2022.

Los artículos admitidos para esta tercera edición luego del proceso de evaluación mediante arbitraje doble, ciego y por pares, fueron los siguientes:

Autores invitados:

- Ana Karina Calderín Rodríguez: "Implicaciones Jurídicas de la Implementación del Arbitraje Conducido a través de Medios Electrónicos en Venezuela".
- Andrés Sánchez Ríos y Valles y Yerick Reyes (Estados Unidos): "Climate-Friendly Investment Protection: a Viable Option to Fight Climate Change?"
- Daniel Pérez Pereda: "La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva".
- Diego Castagnino: "El arbitraje societario y el Buen Gobierno Corporativo".
- Euribel Canino B.: "Procedimiento de Intimación de honorarios de abogados en sede arbitral".
- Jesús Augusto Rojas Hernández: "Prejuzgamiento como causal de recusación del árbitro de urgencia".
- María Alejandra González Yáñez: "La transparencia de las instituciones arbitrales vs. la confidencialidad del arbitraje en Venezuela".
- Mario Bariona G.: "El artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial ...¿(Otro) Chorda Aquillis del procedimiento arbitral en Venezuela?"
- Miguel Ángel Serrano Pérez (España): "Arbitraje comercial: algunas consideraciones sobre la separabilidad del convenio arbitral desde el Derecho español".
- Nayibe Chacón Gómez: "Breves anotaciones sobre la confianza como elemento subjetivo de la elección de la institución en el arbitraje institucional".
- Pedro Rengel Núñez: "La Noción de Laudo Arbitral".
- Wilfredo Monsalve García: "Arbitraje expedito y debido proceso: En búsqueda del justo equilibrio".

Autores participantes de la convocatoria:

- Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes: "Contenido y alcance de la reciente reforma de las reglas de arbitraje del CIADI".
- Juan Andrés Miralles Quintero: "Inversiones mineras y arbitraje: La experiencia de Venezuela ante el CIADI".
- Juan Bautista Carrero Marrero: "Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela".

Además, bajo el capítulo de autores invitados, se incluyeron los siguientes trabajos:

- Andrea Cruz Suárez: "La responsabilidad civil de los árbitros". Tema expuesto por la autora en la IX Jornada de Arbitraje organizada por la AVA con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la cual se realizó el 29 de noviembre de 2022.
- Carol Jiménez López: "El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delito". Trabajo ganador del Concurso de Investigación sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos "Premio Rodger Farrell", 2022 organizado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM) y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).
- Diego Castagnino: "III Semana del arbitraje de Caracas organizada por la Asociación Venezolana de Arbitraje". Reseña realizada por el autor sobre el evento organizado por la AVA entre el 18 y el 22 de julio de 2022.

Agradecemos a todos los que participaron en la convocatoria, especialmente, a los árbitros revisores, quienes son una pieza fundamental para garantizar la excelencia de nuestro Anuario, y al equipo de diseñadores y diagramadores de MEGA Editorial, liderado por el abogado y diseñador gráfico, Juan Marcano. Así mismo, invitamos a los autores cuyos trabajos fueron rechazados, a realizar las correcciones correspondientes para que vuelan a participar en la próxima convocatoria.

Esperamos que esta nueva edición del Anuario sea de su agrado, y que contribuya con la doctrina local e internacional en medios alternos de resolución de conflictos.

Caracas, marzo de 2023.

Por el Consejo Directivo de la AVA,

Diana Droulers
Presidente de la AVA

Por el Consejo Editorial del Anuario Venezolano
de Arbitraje Nacional e Internacional,

José Antonio Elíaz
Director-Editor

Diego Castagnino
Subdirector

ARTÍCULOS
Autores invitados

Implicaciones Jurídicas de la Implementación del Arbitraje Conducido a través de Medios Electrónicos en Venezuela

Ana Karina Calderín Rodríguez

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 13-26

Resumen: Para nadie es un secreto que en Venezuela las controversias en el área comercial se resuelven: (i) en la jurisdicción ordinaria de manera presencial, es decir, los abogados apoderados o asistentes deben ir a consignar sus documentos y constantemente monitorear, a través de consultas presenciales, el estatus de los mismos; o (ii) en el arbitraje de manera presencial o de manera remota a través de medios electrónicos, siendo esta última modalidad una novedad. De acuerdo a lo anterior, puede inferirse que en la comunidad jurídica venezolana la posibilidad de resolver conflictos comerciales a través de una computadora e internet es realmente nueva, por lo que surgen algunas interrogantes específicas que consideramos pertinentes responder en el desarrollo de este trabajo. Sobre todo, aquellas sobre la validez de las comunicaciones, escritos, audiencias y laudos remitidos por vía *on line*.

Palabras clave: Arbitraje, medios electrónicos, tecnología.

Venezuela: Legal Effects of Arbitration Conducted Electronically

Abstract: *It is no secret that in Venezuela disputes in the commercial area are resolved: (i) in the ordinary jurisdiction in person, when the attorneys or assistants must go to record their documents and constantly monitor the status of the same; or (ii) in arbitration in person or remotely through electronic means; this modality is a novelty. According to the above, it can be inferred that in the Venezuelan legal community, the possibility of resolving commercial conflicts through a computer and the Internet is new. That is why some specific questions arise, and in that sense, we consider them pertinent to answer in the development of this article. Above all, those on the validity of the communications, writings, hearings, and awards sent online.*

Keywords: *arbitration, electronic means, technology.*

Autora invitada

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2016). Especialista en Contratación Internacional de la Universidad Externado de Colombia (2018). Diploma en Gerencia Deportiva del Centro Internacional de Estudios del Deporte de la FIFA (2019). Egresada el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (2020). Profesora invitada de pre y postgrado en la materia de medios alternativos de solución de conflictos. Abogada de libre ejercicio. Directora Ejecutiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA 2021-2023.

Implicaciones Jurídicas de la Implementación del Arbitraje Conducido a través de Medios Electrónicos en Venezuela

Ana Karina Calderín Rodríguez

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 13-26

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Los Medios Electrónicos en el Arbitraje a Nivel Mundial. 1.2. Situación Actual del Arbitraje Conducido a Través de Medios Electrónicos en Venezuela. 2. Validez de los Actuaciones Arbitrales Realizadas a través de Medios Electrónicos. 2.1. Marco Legal Venezolano sobre Mensaje de Datos, Firmas Electrónicas, Protección de Datos y Otros Elementos Electrónicos Relevantes. 2.2. Validez de los Escritos Electrónicos de los Intervinientes en un Arbitraje. 2.3. Validez de la Evacuación de Testigos de Manera Electrónica en un Arbitraje. 2.4. Validez de un Laudo Arbitral Emitido de Manera Electrónica. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Los Medios Electrónicos en el Arbitraje a Nivel Mundial

Las computadoras, los teléfonos móviles, los softwares de reuniones, el internet no son elementos nuevos en nuestro lenguaje. Día a día vemos como la tecnología avanza con el crecimiento de la economía, la medicina, incluso con áreas como el derecho.

El desarrollo de la tecnología de información y comunicación (TIC)¹ ha sido clave en la automatización de las relaciones jurídicas. En el mundo del derecho privado, de manera específica en el comercio es donde más visible se ha hecho.

Es parte de la cotidianidad realizar transacciones de compraventa de productos o servicios por vía internet, a través de plataformas. Con el aumento de transacciones comerciales nacionales e internacionales también ha aumentado la necesidad de diseñar y adaptar las tecnologías a los medios de resolución de controversias.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2016). Especialista en Contratación Internacional de la Universidad Externado de Colombia (2018). Diploma en Gerencia Deportiva del Centro Internacional de Estudios del Deporte de la FIFA (2019). Egresada el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (2020). Profesora invitada de pre y postgrado en la materia de medios alternativos de solución de conflictos. Abogada de libre ejercicio. Directora Ejecutiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA 2021-2023.

¹ Puede entenderse como el desarrollo de tecnologías para envío de información de un lugar al otro.

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el *International Council for Online Dispute Resolution* (ICODR) han incorporado regulaciones que les permiten tanto realizar negocios jurídicos a través de medios electrónicos, como resolver por vía remota las controversias que surjan de estos y otros negocios.

Desde hace algunos años, en el mundo del derecho se ha venido potenciando el concepto de *Online Dispute Resolution* (ODR) el cual supone la resolución de conflictos por vía internet, esto en uso de diferentes mecanismos de resolución de controversias, dentro de los cuales se encuentra incluso el arbitraje.

Al inicio, el ODR nació como una alternativa para los negocios jurídicos realizados por vía internet², sin embargo, a lo largo de los años ha evolucionado como vía de resolución de conflictos a nivel mundial, no solo para casos comerciales o de consumo. Ejemplo de ello, es el uso de medio electrónicos y del internet por parte de tribunales del estado de diferentes competencias diferentes a la mercantil³.

Específicamente, en el arbitraje podemos ver como diferentes centros a nivel local y mundial desde hace más de una década han adoptado el uso de la tecnología para llevar adelante los procesos arbitrales.

En Estados Unidos, la American Arbitration Association AAA y el International Centre for Dispute Resolution ICDR han puesto a disposición de sus usuarios guías y cláusulas modelo para la realización de audiencias a través de plataformas de videoconferencias⁴. Acá destacan la importancia del consentimiento de las partes respecto del propio empleo de las audiencias virtuales y la plataforma mediante la cual se llevará a cabo, así como el establecimiento de la sede del arbitraje en donde se entenderá que dichas audiencias se llevaron a cabo a los fines procesales conducentes.

Otro de los grandes centros que han estado a la vanguardia del uso de medios electrónicos en el arbitraje es el Hong Kong International Arbitration Centre, que desde 2012 incluyó en su propio reglamento el envío de escritos y comunicaciones por vía internet tanto para casos nacionales como internacionales.

² Al respecto puede ampliarse sobre este punto en el artículo "El Arbitraje Online: Ventajas y Obstáculos para su Implementación. Magdalena Maninat Lizarraga. Revista MARC. Pag 40. https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion (consultado el 10 de agosto de 2020)

³ En Colombia, por ejemplo, en los juicios estatales se pueden enviar y recibir escritos de demanda y contestación a través de correo electrónico. Ver artículo 109 del Código General del Proceso colombiano, Ley 1564 de 2012.

⁴ Al respecto ver AAA-ICDR Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference <https://www.adr.org/> (consultado el 12 de agosto de 2020)

Adicionalmente, a las iniciativas de los centros de resolución de disputas de integrar la tecnología en el arbitraje a nivel nacional e internacional, también otras organizaciones similares han venido desarrollando trabajos al respecto. Tal es el caso del Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), quien emitió el documento nombrado "Protocolo de Seúl sobre Videoconferencias en el Arbitraje Internacional"⁵ el cual contiene especificaciones técnicas para llevar a cabo desde audiencias sencillas hasta interrogatorios de testigos.

Lo anterior, es solo un breve ejemplo de que el uso de la tecnología para la conducción del arbitraje no es nuevo a nivel mundial, y mucho menos nació por las circunstancias de distanciamiento social que inició en 2020.

Sin embargo, el uso de medios electrónicos en el arbitraje no debe verse como un simple acto operativo de inclusión de la tecnología en este mecanismo, ya que hay que tener presente, desde nuestras perspectivas, las siguientes implicaciones jurídicas:

- El reconocimiento del intercambio de correos electrónicos como medio de comunicación válido respecto a la *lex arbitri* que gobierne los arbitrajes.
- El perfeccionamiento del consentimiento en las decisiones procesales que tomen las partes en intercambio de correos electrónicos.
- La validez de las notificaciones de las solicitudes de arbitraje, contestación, de laudos, realizadas a través de medios electrónicos.
- La validez de las audiencias electrónicas; tanto reuniones de mero trámite como probatorias.
- El cumplimiento de la obligación de firma en los documentos que se requieran; se hace especial mención a la obligación de los árbitros de firmar el laudo, generalmente contenida en la mayoría de las jurisdicciones donde se acepta y práctica el arbitraje.

Las anteriores implicaciones, a nuestro juicio deben revisarse con detenimiento, ya que un uso indebido de la tecnología podría acarrear un laudo con vicios y potenciales hechos que podrían llevar a una anulación.

Además, debe resaltarse que el uso de los medios electrónicos en el arbitraje, sobre todo en esta nueva realidad histórica, ha generado en los principales foros y en los usuarios una preocupación real sobre: (i) la validez de las actuaciones; (ii) la seguridad de la información; y (iii) el uso de tecnologías adecuadas y de fácil acceso.

⁵ Este documento no debe ser entendido como un tratado o convenio entre Estados, por el contrario, es un documento elaborado por organizaciones internacionales interesadas en el desarrollo del arbitraje. El mismo contiene líneas directrices a modo de sugerencia. Solo las partes que así lo acuerden pueden ser sometidas al cumplimiento, en la generalidad con reglas que no tienen un poder coercitivo. Este documento puede ser entendido como *soft law*.

1.2. Situación actual del Arbitraje conducido a través de Medios Electrónicos en Venezuela

En Venezuela el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias⁶ constitucionalmente aceptado. Desde 1799, incluso, en Caracas ya existía la práctica del mismo⁷. Por lo que, afirmar que este mecanismo es desconocido y ajeno al ordenamiento jurídico venezolano sería una falacia. Y es que Venezuela, además de ser una de las jurisdicciones reconocidas como Ley Modelo de Arbitraje CNUDMI⁸, también es reconocida por ratificar la Convención de Nueva York de 1958⁹, la Convención de Panamá de 1975¹⁰, y la Convención de Montevideo de 1979¹¹. Instrumentos que *grosso modo* contienen reglas de ejecución de laudos dictados en el extranjero, así como procedimientos para reconocer los mismos en los países contratantes.

En este punto, consideramos importante reafirmar que Venezuela no posee una distinción de reglas entre arbitrajes nacionales e internacionales. Por lo que, a nuestro juicio, el legislador más que una omisión inconsciente, realizó una ineludible declaración de que las reglas de arbitraje tanto para los arbitrajes nacionales como lo internacionales deben ser las mismas, apuntando a la flexibilidad de procedimiento y a los estándares internacionales en esta área independientemente si se trata de un arbitraje enteramente nacional.

Ahora bien, hablando propiamente del uso de la tecnología en el arbitraje, debe hacerse mención que ni en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, ni en las Convenciones suscritas se habla de la conducción de arbitrajes por medios electrónicos. En la actualidad, solo los reglamentos de arbitrajes de los principales centros ubicados en Venezuela hablan del uso de medios electrónicos.

Solo fue hasta 2019¹², en donde uno de los principales centros de resolución de controversias ubicado en Venezuela, presentó un instrumento que traería una nueva manera de hacer derecho en Venezuela. Luego, otros centros venezolanos se sumaron a esta acción, incluyendo el uso de medios electrónicos dentro de sus procedimientos.¹³

⁶ En Venezuela, a través del arbitraje no solo se pueden resolver controversias comerciales, también pueden resolverse aquellas de naturaleza civil y cualquier otra que no se encuentre expresamente exceptuadas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje comercial venezolana.

⁷ Eloy Anzola. "Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela" En El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. (Sabias Palabras. Caracas-2013) Pág. 43.

⁸ La Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela entró en vigencia en 1998. Lógicamente, el texto tomado como premisa por la LAC es el correspondiente a la Ley Modelo CNUDMI de 1985, excluyendo las modificaciones realizadas en 2006.

⁹ Fue en el gobierno de Rafael Caldera en donde se aprobó con reservas esta Convención, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela en diciembre de 1994.

¹⁰ Su nombre oficial es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada en 1985 y publicada en Gaceta Oficial de Venezuela de 1985.

¹¹ Si nombre oficial es la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Aprobada en 1985 y publicada en Gaceta Oficial de Venezuela de 1985.

¹² El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA, presentó su reforma del Reglamento de Conciliación y Arbitraje en noviembre de 2019, el mismo entró en vigencia en febrero del año 2020.

Ambos centros se enfocan en reglamentar principalmente, el envío y recepción de documentos y comunicaciones. Por su parte, el CEDCA no regula de manera específica las audiencias por vía remota, sin embargo, realiza ciertas recomendaciones en su Guía para la Conducción de Casos a Través de Medios Electrónicos en caso de que las partes y/o el Tribunal Arbitral considere necesario llevar a cabo las audiencias por este medio.¹³

En el caso del CACCC, realiza unos desarrollos normativos sobre las audiencias “no presenciales” o llevadas a través de medios electrónicos, resaltando la necesidad de hacerse acompañar de un experto técnico en cada audiencia “no presencial” o mixta.

En definitiva, podemos afirmar que, en Venezuela, ni el arbitraje, ni la tecnología por sí solos son elementos nuevos en la cultura venezolana. Sin embargo, sí resulta nuevo para la comunidad jurídica el uso de medios alternativos para conducir un arbitraje¹⁴, por lo que, al respecto, es natural que se planteen inquietudes como:

1. ¿Es legal realizar intercambio de documentos y comunicaciones a través de medios electrónicos?
2. ¿Cuándo se entiende recibido el mensaje contenido de comunicaciones y documentos enviados a través de medios electrónicos?
3. ¿Quién es el responsable por la seguridad de la información que se transmite por medios electrónicos?
4. ¿Es legal realizar audiencias de trámites y probatorias por a través de medios electrónicos?
5. ¿Cuándo se entiende que un documento es firmado si el mismo es enviado de manera electrónica?

2. Validez de los Actuaciones Arbitrales realizadas a través de Medios Electrónicos

Tal y como evidenciamos en la primera parte de este trabajo, podemos reafirmar que el arbitraje y el uso de la tecnología en este mecanismo no es una novedad a nivel global, pero sí a nivel local.

¹³ El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas CACCC, publicó un reglamento especial para el trámite de arbitrajes de manera remota. El mismo entró en vigencia en julio de 2020. Luego, en mayo de 2022 entró en vigencia el nuevo Reglamento General que prevé integralmente la conducción del arbitraje a través de medios electrónicos.

¹⁴ O cualquier procedimiento de resolución de controversias en sede judicial o no.

Es importante iniciar este capítulo, resaltando que solo nos referiremos a aquellos arbitrajes que: (i) tengan sede en Venezuela¹⁵ y cuya Ley aplicable de fondo sea la venezolana; y aquellos que (ii) tengan sede en Venezuela y cuya Ley aplicable sea diferente a la venezolana; es decir, cuya *lex arbitri* sea la Ley Venezolana.

Entendiendo que, en Venezuela la Ley de Arbitraje nada indica sobre el uso de medios electrónicos, debemos determinar bajo qué criterios jurídicos debe conducirse un arbitraje empleando los prenombrados medios.

Antes, debe aclararse a los fines de entender los siguientes apartes, que como se sabe el derecho dentro de su clasificación pueden entenderse, entre otros, como: (i) derecho sustantivo¹⁶; (ii) derecho adjetivo¹⁷; partiendo de esa clasificación, se han desarrollado diferentes teorías que concluyen que en cada uno de estos derechos existen normas de orden público¹⁸ las cuales no pueden ser relajables por las partes en un arbitraje, ni por el tribunal arbitral.

Sin embargo, debemos advertir que si bien entendemos que hay normas de orden público contenidas en instrumentos de derecho principalmente adjetivos (Código de Procedimiento Civil venezolano, código de procedimiento en general), también somos conscientes que no todas las normas contenidas en este tipo de instrumentos son realmente normas dirigidas a tutelar intereses generales de la sociedad que no son relajables por la autonomía de la voluntad¹⁹.

Con base en lo anterior, destacamos que entendemos que la ley aplicable al procedimiento arbitral es una ley perfectamente disponible por las partes, así, que estas pueden investir al tribunal arbitral del poder para decir sobre las reglas que se aplicaran para: (i) el intercambio de comunicaciones y escritos en el arbitraje a través de medios electrónicos; (ii) la realización de audiencias; y (iii) los criterios para entender que un documento ha sido firmado en el seno de un arbitraje.

¹⁵ En la generalidad de los casos, la determinación de la sede del arbitraje supone la escogencia de: (i) La Ley que rige los Procedimientos Arbitrales; (ii) Las reglas que rigen los procedimientos arbitrales; y (iii) La ley que rige el acuerdo de arbitraje. En todo caso, en el presente trabajo solo hacemos referencia a la Ley venezolana como principal fuente normativa de los supuestos ya puntualizados.

¹⁶ "Aquellas normas que establecen los derechos y obligaciones de los sujetos vinculados por el ordenamiento jurídicos". Definición extraída de José María Olaso. Curso de Instrucción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. (Publicaciones UCAB. Caracas – 2010) Pág. 27

¹⁷ "Normas destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas por el derecho sustantivo". Definición extraída de José María Olaso. Curso de Instrucción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. (Publicaciones UCAB. Caracas – 2010) Pág. 27

¹⁸ Cada país desarrolla su noción de orden público. De manera general se ha entendido este concepto como "...el conjunto de normas y principios que se basan en preservar bienes y valores que requieren de su tutela para proteger los intereses generales de la sociedad mediante la limitación de la autonomía de la voluntad." Jorge Alfredo Domínguez. "Orden Público y Autonomía de la Voluntad." Cien años de derecho Civil en México 1910 – 2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario. México 2010. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf> (Consultado el 14 de agosto de 2020)

¹⁹ Al respecto se sugiere revisar el artículo de Fernando Sanquiro Pittevil, "El Orden Público y el Arbitraje". Revista MARC 2020. Pág.16-30. https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion (consultado el 10 de agosto de 2020)

Es importante mencionar que, dentro de las obligaciones de los árbitros generalmente aceptadas, se encuentra la responsabilidad de dictar un laudo que sea válido y ejecutable, por lo que el árbitro debe procurar la emisión del laudo conforme a las leyes procesales y sustantivas escogida por las partes, y siempre haciendo el esfuerzo de tener en consideración las normas aplicables en la jurisdicción que se pretende ejecutar el laudo. Esta precisión toma total relevancia en los casos evidentemente internacionales. En todo caso, el tribunal arbitral es el llamado a decidir, en definitiva, sobre las leyes procesales a aplicar tomando como base la autonomía de la voluntad de las partes y el verdadero orden público convergente en el caso específico.

2.1. Marco Legal Venezolano sobre Mensaje de Datos, Firmas Electrónicas, Protección de Datos y otros elementos electrónicos relevantes

Ahora bien, como se sabe de manera específica el ordenamiento jurídico venezolano norma todo lo relativo a la firma electrónica, los mensajes de datos y la transmisión de la información por medios electrónicos a través del Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE) publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 el 28 de febrero de 2001 y Reglamento Parcial publicado el 14 de diciembre de 2004²⁰.

Como adelantamos en el punto anterior, somos de la creencia que estas disposiciones de carácter procesal son aplicables de manera residual, si las partes de un arbitraje, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, no han desarrollado su propia estructura de envío y recepción de documentos.

A continuación, revisaremos a la luz de la Ley planteada la validez de las principales situaciones típicas presentes en un arbitraje.

2.2. Validez de los Escritos Electrónicos de los Intervinientes en un Arbitraje

Primero, debemos entender que en un arbitraje los documentos que circulan las partes, el centro de arbitraje, los árbitros y demás intervinientes, son distinta de naturaleza. Es decir, pueden ser documentos que contengan solicitudes, que remitan otros documentos, que contengan defensas o sean meramente informativos, incluso que contengan decisiones de carácter procesal²¹.

Ahora nos preguntamos, ¿pueden este tipo de documentos remitirse por vía correo electrónico o enviarse a través de una plataforma de servicio en la nube, y aun así

²⁰ Según el artículo 1 de esta Ley, esta tiene por objeto "otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas"

²¹ Más adelante nos referiremos al caso específico de las decisiones de fondo realizadas en un laudo arbitral.

considerarse legal y válido cuando no se presentó de manera física y no hubo un sello que “certificara” el recibo?

Nuestra respuesta es sí, sí pueden ser realizadas y tenidas por válidas; y es que la Ley de Arbitraje venezolana no obliga a las partes, al centro de arbitraje y demás intervinientes a realizar el envío de documentos de ninguna forma específica y bajo ningún formato, ni exige solemnidad alguna. Por lo que un simple intercambio de mensaje de datos donde se identifique el remitente y el receptor de la documentación y/o comunicación bastará para ser suficiente.

Ahora bien, la LMDFE en su artículo 2 define los mensajes de datos como “Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”. En esa medida podríamos decir que, cualquier escrito, documento, comunicación que sea transmitida por: (i) correo electrónico; (ii) servicios de almacenamiento y envío en la nube²²; (iii) o cualesquiera otros servicios electrónicos de información; puede ser entendido como un mensaje de datos amparado por dicha ley. Por lo que, a estos mensajes de datos, a la luz de la LMDFE:

- Se le otorgará la eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. Es decir, en el arbitraje pueden tener como documentos escritos toda aquella información transmitida por vía electrónica que no necesite firma.
- Se entenderán enviados cuando sean emitidos por el sistema de información. Por ejemplo, en el caso del correo electrónico debe efectivamente encontrarse en el buzón de enviados para tenerse como efectivamente enviado; y en el caso de los servicios de almacenamiento en la nube, debe estar completamente cargado en la plataforma para que se entiendan completamente enviados.
- Si las partes no acuerdan otra cosa, el mensaje se tendrá como no recibido si en las próximas 24 horas no existe un acuse de recibo.
- Se tendrá por recibido toda comunicación destinatario aun cuando sea automática, por lo que aquellas confirmaciones de envío y de lectura pueden entenderse como prueba de recibo del mensaje de datos.

En definitiva, al no existir solemnidad alguna en la Ley de Arbitraje Comercial sobre las actuaciones de las partes, ni del centro de arbitraje, ni de los árbitros, salvo por el caso del laudo, cada documento, comunicación, solicitud puede realizarse a través de medios electrónicos si así se denota de la autonomía de la voluntad de las partes de manera directa en el acuerdo de arbitraje, o de manera indirecta por delegación en las reglas escogidas por ellas. En ese sentido, se tendrá como documento escrito en el arbitraje cualquier documento transmitido como mensaje de datos.

²² Los más famosos y usados en la actualidad son Google Drive, Dropbox y OneDrive.

2.3. Validez de la evacuación de testigos de manera electrónica en un Arbitraje

Al inicio de este aparte, advertiríamos que somos de la posición que no todas las normas procesales contenidas en los códigos deben ser entendidas como normas de orden público y, en consecuencia, como normas de aplicación necesaria, incluso en el arbitraje. Parte de estas normas pueden ser las relativas a la evacuación de testigos.

Particularmente, consideramos que las partes tienen la plena libertad de acordar la manera en que consideren pertinente la evacuación de testigos, y siempre que el tribunal arbitral así lo acepte.

Respecto de las reuniones o audiencias realizadas a través de medios electrónicos nada dice al respecto la LMDFE ya que su ámbito de aplicación se limita a la transmisión de mensajes. Por lo que queda enteramente de las partes y en todo caso del tribunal arbitral, si las partes no están de acuerdo, la decisión de determinar: (i) la plataforma; (ii) el momento; (iii) la logística; para llevar a cabo el acto de evacuación. Lo anterior, siempre en aras de proteger la integridad de la prueba y con la finalidad de llegar a la verdad material.

Algunos podrían resistirse a realizar audiencias a través de medios virtuales, sin embargo, creemos que más que una cuestión legal, es una resistencia tecnológica y logística, ya que no existe prohibición alguna de realizar este tipo de actuaciones a través de medios electrónicos. Estamos convencidos que solo es suficientes la autonomía de la voluntad explícita en el acuerdo de arbitraje, o derivada a las reglas que tengan los instrumentos de arbitraje, para determinar la manera en qué se evacuen testigos.

En nuestra consideración, el tribunal debe velar en estos casos particulares por:

- La integridad de la prueba.
- El buen desarrollo del acto.
- El derecho a preguntas y repreguntas por ambas partes.

Así, el tribunal arbitral puede valerse de normas de *soft law* para llevar a cabo este tipo de actuaciones; por ejemplo: podría hacer uso de Protocolo de Seúl a modo de guía, ante la falta de disposición de las partes, la falta de regulación en la *lex arbitri* escogida, y la falta de reglas en los centros se arbitraje.

En definitiva, consideramos que la evacuación de testigos son meras normativas procesales que pueden ser acordadas por las partes, por lo que, pueden las mismas o el tribunal arbitral, convenir la manera en qué se realice, sin necesidad particular de atarse a la única alternativa de realizarla de manera física.

2.4. Validez de un Laudo Arbitral emitido de manera electrónica

Como se sabe, un laudo arbitral debe cumplir con el requisito de forma de ser firmado por los árbitros²³, so pena de que no sea reconocido, ni ejecutable.

En esa medida, al existir la obligación de firma del laudo surge de la duda de si ¿la firma digitalizada de los árbitros en el laudo es suficiente para entender el cumplimiento de la obligación en cuestión?

El artículo 2 de LMDFE, establece que la firma electrónica es toda *“información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.”*

Así, el artículo 16 de la LMDFE señala que: *“salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos...”*.

Dicha Ley, atribuye el poder de crear firmas electrónicas única y exclusivamente al Proveedor de Servicio de Certificación Electrónica (PSC) autorizado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE). Específicamente, la Ley solo reconoce como firma electrónica con igual valor probatorio que la firma autógrafa, a la firma que es registrada a través de un PSC.

Sin perjuicio de lo anterior, la LMDF estipula que *“La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente 10 Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.”* En ese sentido, en nuestro criterio la firma realizada por medios electrónicos que no sea registrada a través del PSC per sé no resulta inválida, solo que no posee el mismo valor probatorio que la firma electrónica.

Por lo que, entendiendo, el concepto de firma digitalizada como aquella que se realiza a través medios tecnológicos diferentes a las registradas por un PSC, y tomando en cuenta que la LAC solo indica que el laudo debe ser firmado, consideramos que es perfectamente válido que el árbitro realice una firma digitalizada en el laudo, y que así, se tenga como emitido el mismo.

²³ Artículo 29 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. *“El procedimiento arbitral culminará con un laudo, el cual será dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del tribunal arbitral. En las actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas y de los votos salvados consignados”.*

CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo académico hemos podido observar que:

- El arbitraje es el mecanismo ideal para resolver controversias comerciales y de naturaleza similar por su rapidez e idoneidad respecto de los terceros que deciden definitivamente la controversia. Así como por la participación de las partes en el diseño del proceso.
- A nivel mundial el arbitraje es conocido como un mecanismo alternativo a la jurisdicción de los tribunales estatales, y cada jurisdicción se ha avocada a desarrollar sus propias leyes que regulen esta herramienta.
- Venezuela, en comparación con otras jurisdicciones, incluyendo aquellas más escogidas como sedes de arbitraje, puede ser reconocida como una sede que privilegia y promueve en desarrollo del arbitraje y donde además existe una verdadera flexibilidad: (i) no hace distinción entre los arbitrajes nacionales e internacionales, otorgándoles las mismas normas procesales; (ii) no existe exequatur sobre los laudos; (iii) se restringe a una sola vía la posibilidad de recurrir al laudo.
- Existe la necesidad de crear y potenciar la cultura del uso de medios alternativos en el arbitraje en Venezuela, ya que es una alternativa para llevar de manera más expedita y efectiva, reduciendo inclusive costos.
- No hay una regulación expresa que prohíba el uso de medios electrónicos en el arbitraje, solo depende de la autonomía de la voluntad de las partes el uso de estas.
- En casos en donde la sede del arbitraje sea Venezuela, la aplicación de los medios electrónicos se llevará de conformidad con la LMDFE, la cual es bastante flexible y de avanzada respecto del intercambio de comunicaciones e información.
- El único acto que supone un requisito formal de validez es el laudo el cual debe ser firmado, y de acuerdo a nuestro criterio este requisito se cumple si la firma es digitalizada. No es necesario el registro de la firma de los árbitros en un PSC.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Anzola, Eloy. 2013. "Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela" En El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Sabias Palabras. Caracas.
- Born, Gary. 2014. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International; Kluwer Law International.
- Díaz-Candia, Hernando. 2013. El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje. Venezuela: Legis.
- Domínguez, Jorge Alfredo. 2010. "Orden Público y Autonomía de la Voluntad." Cien años de derecho Civil en México 1910 – 2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario. México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/9.pdf> (Consultado el 14 de agosto de 2020)

- Maninat Lizarraga, Magdalena. 2020. El Arbitraje Online: Ventajas y Obstáculos para su Implementación. Revista MARC. Pag 40-49. https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion (consultado el 10 de agosto de 2020)
- Moses, Margaret. 2012. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. Cambridge University Press.
- Olaso, José María. 2010. Curso de Instrucción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. Publicaciones UCAB. Caracas.
- Rey Vallejo, Pablo. 2013. El arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: Un Estudio Sobre Formalización y Judicialización, 126 Universitas – Bogotá (Colombia). 199-237
- Sanquírio Pittevil, Fernando. 2020. "El Orden Público y el Arbitraje". Revista MARC 2020. Pag 16-30. https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion (consultado el 10 de agosto de 2020)
- Vásquez Palma, María Fernanda. 2012. "Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile" Revista chilena de derecho privado N°18-2012. Págs. 9-94

Normativa

- FAA. Ver Federal Arbitration Act. 9 U.S. Code Title 9 – Arbitration.
- Código General del Proceso colombiano, Ley 1564 de 2012.
- Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998.
- Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001.

Decisiones

- Sentencia 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 03/11/2010. Caso Astivenca
- Caso N° 17-1272 de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Henry Schein, Inc Vs Archer & White Sales Inc. decidido en fecha 8 de enero de 2019. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1272_7l48.pdf (Consultado el 4 de agosto de 2020)

Páginas Web

- Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (Consultada el 4 de agosto de 2020)
- Estadísticas de Arbitrajes. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje-Nacional/Como-radicar-una-demanda-de-arbitraje/Ventajas-del-Arbitraje/Cifras-y-resultados> (Consultado el 10 de agosto de 2020).
- AAA-ICDR Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference <https://www.adr.org/> (consultado el 12 de agosto de 2020)

La responsabilidad civil de los árbitros

Andrea Cruz Suárez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 27-44

Resumen: Desde que el arbitraje se convirtió en una actividad profesional, se ha abierto la discusión con respecto a la potencial inmunidad de los árbitros por las actuaciones llevadas a cabo en ejercicio de sus funciones durante el curso del proceso arbitral. La discusión se debate entre mantener dicha inmunidad y, en consecuencia, evitar que los árbitros puedan ser demandados por las partes por daños y perjuicios o, por el contrario, delimitar las situaciones en las que sería posible reclamar una indemnización por los daños sufridos en tales circunstancias. Las ventajas y desventajas de una y otra posición con respecto al arbitraje aún son objeto de debate.

Palabras clave: Arbitraje, árbitro, responsabilidad, inmunidad.

Civil liability of arbitrators

Abstract: *Since arbitration became a professional activity, the discussion regarding the immunity of arbitrators for actions carried out in the exercise of their duties during the course of the arbitration has been ongoing. The discussion goes from maintaining said immunity and, consequently, preventing arbitrators from being sued by the parties for damages to defining the situations in which it would be possible to claim compensation for the damages suffered in such cases. The jury is still out on the advantages and disadvantages of one or another position with respect to arbitration.*

Key words: *Arbitration, arbitrator, liability, immunity.*

Autora invitada

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela en el año 2013 con mención *Magna Cum Laude*. Egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje impartido por la Universidad Monteávila y actualmente cursante del Advanced LL.M. in Air & Space Law (blended learning) impartido por la Universidad de Leiden. Es Socia Departamental en Torres, Plaz & Araujo (Caracas, Venezuela), profesora de pregrado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Monteávila y profesora en el Diplomado en Derecho Aeronáutico impartido por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Universidad Monteávila. Es miembro del Comité de Aviación y del Comité de Arbitraje de la International Bar Association (IBA), de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) y de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Caracas, Venezuela. acruz@tpa.com.ve.

La responsabilidad civil de los árbitros

Andrea Cruz Suárez*
VENEZUELA
AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 27-44

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Profesionalización del arbitraje. 2. El árbitro y las partes. 3. Algunos deberes y potenciales supuestos de responsabilidad del árbitro. 3.1. Ante su designación como árbitro. 3.2. Errores de fondo. 3.3. Errores de procedimiento. 4. Responsabilidad civil del árbitro. 4.1. Grados de culpa. 4.2. Responsabilidad contractual y extracontractual. 4.3. Responsabilidad de la institución arbitral. 5. Reflexión final. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Al suscribir una cláusula arbitral, las partes acuerdan someter la resolución de la controversia de que se trate al conocimiento de particulares que, si bien no son jueces ni forman parte del Poder Judicial, están investidos de poderes jurisdiccionales que les permiten tomar decisiones definitivas, vinculantes y con fuerza ejecutoria con respecto a dichos asuntos.

Tales individuos son, por supuesto, los árbitros que, además de ser elegidos por las partes siguiendo los procedimientos escogidos por ellas mismas, suelen representar una de las características más atractivas del arbitraje, a saber, el alto nivel de especialidad y efectividad de sus órganos decisores¹.

En Venezuela, la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido que los árbitros son verdaderos órganos de la jurisdicción², dotados, como tales, de poder decisorio sobre conflictos presentados para su conocimiento por las partes. Queda claro entonces que la aceptación de un nombramiento como árbitro trae

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela en el año 2013 con mención *Magna Cum Laude*. Egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje impartido por la Universidad Monteávila y actualmente cursante del Advanced LL.M. in Air & Space Law (*blended learning*) impartido por la Universidad de Leiden. Es Socia Departamental en Torres, Plaz & Araujo (Caracas, Venezuela), profesora de pregrado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Monteávila y profesora en el Diplomado en Derecho Aeronáutico impartido por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Universidad Monteávila. Es miembro del Comité de Aviación y del Comité de Arbitraje de la International Bar Association (IBA), de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) y de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Caracas, Venezuela. acruz@tpa.com.ve.

¹ Michael Greenop y Stephen Jagusch, "Drafting Effective Arbitration Clauses for the Belt and Road Initiative", <https://iclg.com/cdr-essential-intelligence/1100-cdr-the-belt-and-road-initiative-2021/3-drafting-effective-arbitration-clauses-for-the-belt-and-road-initiative>.

² SC/TSJ N° 1139 del 05-10-2000 (caso: Héctor Quintero), en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1139_051000-00-2084%20.HTM Reiterado entre otros en SC/TSJ N° 1204 del 06-07-2001 (caso: Pura Riera) y N° 2731 del 18-12-2001 (caso: Michele Reino), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1204-060701-00-2014.HTM> y <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/2731-181201-00-1461.HTM>, respectivamente.

consigo una serie de consecuencias jurídicas, incluyendo deberes a ser cumplidos por el árbitro o los árbitros elegidos por las partes.

Además de los remedios disponibles para las partes en caso de incumplimiento de tales obligaciones por parte de los árbitros, tales como la recusación del árbitro de que se trate o la anulación del laudo arbitral bajo las circunstancias estrictamente previstas por la ley a tal efecto, han surgido dudas relacionadas con la procedencia o no de las demandas por responsabilidad civil de los árbitros por hechos ocurridos durante el curso del arbitraje. Al respecto, M. Danis y M. Valentini indican que, en circunstancias como las mencionadas, “las partes también pueden solicitar que el árbitro y/o la institución de arbitraje sean declarados responsables en relación con el proceso de arbitraje”³.

El tema, por supuesto, resulta controversial y su estudio trae a colación importantes preguntas relacionadas con el origen contractual y jurisdiccional del arbitraje, el carácter de decisor privado del árbitro y, finalmente, la relación habida entre el árbitro y las partes durante la tramitación del arbitraje⁴.

En el presente trabajo se harán breves comentarios sobre el papel del árbitro en el proceso arbitral, para posteriormente analizar la relación del árbitro con las partes. Seguidamente, serán objeto de estudio algunos de los deberes del árbitro durante el curso del arbitraje para luego examinar la potencial procedencia de casos de responsabilidad civil del árbitro por hechos ocurridos durante el curso del arbitraje.

Asimismo, se harán algunas consideraciones sobre la potencial responsabilidad de la institución arbitral, para finalizar con un análisis sobre la conveniencia o no de otorgar inmunidad a los árbitros ante demandas civiles por daños iniciadas en los casos indicados.

1. La profesionalización del arbitraje

El arbitraje en sus orígenes consistía exclusivamente en una actividad en la que, con base en el honor y la reputación de la persona involucrada, las partes de una controversia solicitaban a ese tercero imparcial, que gozaba que un alto grado de credibilidad y prestigio, que decidiera el conflicto de que se tratara de manera imparcial e independiente.

Sin embargo, con el pasar de los años el arbitraje se ha convertido en toda una industria profesional de resolución de conflictos incluso a nivel internacional. Así, el árbitro presta servicios profesionales a las partes a cambio del pago de una cantidad de

³ Marie Danis y Marie Valentini, “The civil liability regime of arbitrators and arbitration institutions”, <https://www.august-debouzy.com/en/blog/1698-clarification-of-the-civil-liability-regime-of-arbitrators-and-arbitration-institutions>

⁴ Schaeffer, *Ibidem*.

dinero⁵ pero, a su vez, se incorpora en el sistema de administración de justicia como un verdadero órgano de la jurisdicción.

Al respecto, J. González Soria indica que:

En el ámbito de las actividades profesionales concretadas en la prestación de servicios, los sujetos que las desarrollan incurren en responsabilidad, por tanto, cuando lesionan antijurídicamente a los sujetos destinatarios del servicio o a terceros al mismo, que sufren daños que estos terceros no tienen por qué soportar⁶.

Haciendo una referencia a la evolución histórica de la institución arbitral, explica S. Schæffer que, al pasar de ser una institución meramente honorífica a un negocio que ha crecido exponencialmente, el arbitraje se ha profesionalizado en los últimos años, convirtiéndose así en una institución "más compleja y que consume más tiempo, usualmente llevando a importantes costos, incluyendo los honorarios de los árbitros y los gastos del arbitraje"⁷.

Como consecuencia de lo anterior, se han incrementado "las expectativas de las partes sobre el árbitro y el cumplimiento de sus deberes"⁸ dentro del arbitraje, entendiéndose que su actuación negligente o fraudulenta puede causar grandes pérdidas económicas para las partes⁹.

Esta profesionalización del arbitraje ha permitido abrir la puerta a discusiones, como las aquí planteadas, sobre la conveniencia o no de mantener la inmunidad absoluta de los árbitros por las actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de sus funciones o, por el contrario, permitir que los árbitros puedan ser demandados cuando se cumplan ciertos requisitos al respecto.

Para responder tal interrogante, en principio, se toman en cuenta dos enfoques, a saber (i) el relacionado con el estatus legal de los árbitros, según el cual tales individuos gozan de la misma protección e inmunidad otorgada a los jueces en virtud de los principios recogidos al respecto por la Organización de las Naciones Unidas y, por tanto, no pueden ser demandados por las consecuencias de lo que han decidido a través de sus

⁵ Tadas Varapnickas, "The Law Applicable to Arbitrators' Civil Liability from a European Point of View", *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/25/the-law-applicable-to-arbitrators-civil-liability-from-a-european-point-of-view/>

⁶ Julio González Soria, "La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el Derecho Español", *Advocatus Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4382>

⁷ Sarah Schæffer, "Approaches to Arbitrators' Liability: Immunity or Liability?", *Stockholm Arbitration Yearbook 2020*, 2020, <https://www.kluwerarbitration-com.ezproxy.leidenuniv.nl/document/KLI-KA-Calissendorff-2020-Ch14>

⁸ Schæffer, "Approaches".

⁹ Schæffer, *Ibidem*.

laudos¹⁰; y (ii) el que se basa en la base contractual de la relación establecida entre el árbitro y las partes, a raíz de la cual el árbitro respondería como cualquier otro prestador de servicios¹¹.

2. El árbitro y las partes

Al celebrar un acuerdo arbitral las partes acceden a derogar, de común acuerdo, el poder jurisdiccional naturalmente habido en la jurisdicción ordinaria¹² para que un decisor privado -igualmente considerado, al menos en Venezuela, como un órgano de la jurisdicción- conozca el caso y lo resuelva definitivamente y con carácter de cosa juzgada -usualmente- en una sola instancia.

A pesar de que la jurisdicción arbitral permite que la controversia sea conocida y decidida por árbitros altamente capacitados para la resolución del conflicto, no es menos cierto que potencialmente pueden ocurrir errores debido a la naturaleza humana de los árbitros. Lo mismo ocurre, por supuesto, en la jurisdicción ordinaria, donde, por ejemplo, el Libro IV, Título IX del Código de Procedimiento Civil venezolano prevé la procedencia de la demanda de queja contra los jueces que

(...) va destinada a lograr que el funcionario acusado indemnice al querellante los daños y perjuicios que se deriven de la falta proveniente de ignorancia o negligencia que sea inexcusable, sin dolo. Que no sea criminosa, en el sentido que no sea un hecho típico penal (artículo 831 del Código de Procedimiento Civil), y que haya causado un daño moral o patrimonial al quejoso, pues si la falta constituye un delito tipificado en el Código Penal u otra ley especial, la acción se deberá intentar ante un tribunal con competencia en lo penal¹³.

Sobre la conducta del árbitro como fuente de su responsabilidad civil, M. Atienza indica que "para que se origine la responsabilidad civil en general, el daño ha de ser causado por un comportamiento humano, que puede consistir en un hacer (acción) o en un no hacer (omisión)"¹⁴.

¹⁰ Stephanie Papazoglou, "Arbitrator Responsibility", *Jus Mundi*, 2022, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitrator-responsibility#>

¹¹ Papazoglou, "Arbitrator".

¹² Al respecto, por ejemplo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia dictada el 13 de agosto de 2004 (expediente N° 2004-574) explicó que "(...) el arbitraje comercial constituye un medio expedito y alternativo previsto en la ley, para la solución de conflictos, mediante el cual las partes declaran someter ante un Centro de Arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, dicho acuerdo de sometimiento de su controversia a los Centros de Arbitraje, equivale a la derogatoria convencional de la jurisdicción, a los fines de dilucidarla a través de los medios alternativos previstos en la precitada Ley de Arbitraje Comercial".

¹³ Sentencia dictada el 26 de julio de 2001 por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (expediente N° 2001-243).

¹⁴ María Luisa Atienza Navarro, "Líneas generales acerca de la responsabilidad civil del árbitro y de las instituciones arbitrales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 10, 2019, <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/656-673.pdf>

Además de las responsabilidades de tipo penal o administrativa que puedan surgir -y que no son objeto de este trabajo-, resulta relevante analizar los daños y perjuicios que potencialmente pudiese originar el árbitro a las partes y cuyo origen radica en la suscripción del acuerdo arbitral.

En primer lugar, resulta menester entender que la vinculación entre árbitros y partes tiene un origen contractual¹⁵, derivado originalmente del acuerdo arbitral pero que, en ocasiones, excede el contenido del mismo, como ocurre con base en el artículo 1662 del Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina¹⁶, que establece expresamente que “el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes”¹⁷.

A pesar de que el acuerdo arbitral resulta la base de la vinculación contractual entre el árbitro y las partes, parte de la doctrina acepta que tal relación se configura finalmente como un contrato adicional celebrado entre las partes y el árbitro designado¹⁸, al momento de la aceptación de este último sobre el cargo. Es importante reconocer, sin embargo, que los sistemas jurídicos distinguen el momento y la forma de perfeccionamiento de este contrato tomando como base (i) la aceptación o no de la teoría de la abstracción -como ocurre, por ejemplo, en Alemania; y (ii) si se trata de un arbitraje institucional o *ad hoc*¹⁹.

El mencionado contrato entre árbitros y parte podría traducirse en una especie de mandato²⁰, por lo cual “con la aceptación del encargo el árbitro [asume] la obligación del cumplimiento fiel del mandato de arbitrar la contienda e [incurre] en responsabilidad por los daños y perjuicios que se [ocasionen] por dolo o culpa”²¹, aunque también pudiese encuadrarse dentro de la categoría del contrato de servicios o, incluso, como un contrato *sui generis*²².

En general, explica M. Foeth que el arbitraje incluye “(...) el acuerdo de arbitraje por el cual nace la obligación de las partes de someter su disputa al arbitraje; la reacción jurídica, es decir, el contrato, entre las partes y el árbitro, y el propio procedimiento arbitral”²³.

¹⁵ Verónica Sandler Obregón, “La Responsabilidad Civil de los árbitros”, *RIU Austral*, <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1311/La%20Responsabilidad%20Civil%20de%20los%20%C3%A1rbitros.pdf?sequence=1>

¹⁶ Cuyas disposiciones sólo son aplicables a arbitrajes que no sean internacionales o que no sean comerciales.

¹⁷ Sandler Obregón, “La Responsabilidad”.

¹⁸ Sandler Obregón, “La Responsabilidad”.

¹⁹ Mauricio Jorn Foeth Persson, “Responsabilidad Civil del Árbitro en el Arbitraje Comercial”, (Universidad Nacional Autónoma de México), 44.

²⁰ Julio González Soria hace tales comentarios con respecto a los orígenes del mencionado artículo 21 de la Ley de Arbitraje española.

²¹ González Soria, “La responsabilidad”.

²² Ramón Mullerat, “The liability of Arbitrators: a survey of current practice”, Commission of Arbitration of the International Bar Association, 2006, https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/mullerat_ilability_arbs.pdf, 6.

²³ Foeth, “Responsabilidad”, 44 y 45.

Asimismo, resulta relevante destacar que el árbitro crea relaciones con las partes, la institución arbitral (si es arbitraje institucional) y con los expertos y auxiliares de justicia²⁴.

3. Algunos deberes y potenciales supuestos de responsabilidad del árbitro

A manera ilustrativa, repasaremos a continuación algunos escenarios planteados por la doctrina como potenciales supuestos de responsabilidad civil del árbitro. Resulta claro que, en todo caso, el supuesto considerado debe cumplir con los elementos esenciales de la responsabilidad civil subjetiva (daño, culpa y relación de causalidad) y que, si se considera que se trata de una relación contractual, el daño reclamado debe ser previsto o previsible en el contrato de que se trate.

3.1. Ante su designación como árbitro

Antes de aceptar formalmente su cargo como árbitro, el candidato debe "examinar si puede o no aceptar; la segunda, en su caso, la obligación de no aceptar"²⁵.

Dentro de los aspectos a considerar para aceptar el cargo, el árbitro debe estudiar si está habilitado para ejercer la profesión por la cual ha sido elegido árbitro, si domina perfectamente el idioma del arbitraje y si es apto para aplicar el Derecho correspondiente, en caso de tratarse de un arbitraje de Derecho, entre otros. Lo contrario, indican J. González-Soria y M. de la Santa, podría configurar un supuesto de dolo o culpa grave²⁶.

Asimismo, el análisis de los potenciales conflictos de intereses y deber de revelación forman parte de las obligaciones del árbitro al momento de la aceptación del cargo que le ha sido encomendado. El artículo 36 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana establece dicha obligación indicando, además, que "cuando exista o sobrevenga alguna causal de inhibición, el árbitro deberá notificarlo a los otros árbitros y a las partes; y se abstendrá, entre tanto, de aceptar el nombramiento o de continuar conociendo de la causa"²⁷. El incumplimiento del deber de revelación podría considerarse un supuesto de negligencia grave o incluso de dolo a los efectos de potenciales casos de responsabilidad civil del árbitro²⁸.

²⁴ Mullerat, "The liability", 1.

²⁵ Javier González-Soria y Moreno de la Santa, "Las responsabilidades de los árbitros", *Revista de Derecho UNED*, N° 17, 2015, http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5140/Responsabilidades_arbitros.pdf

²⁶ González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

²⁷ Artículo 36 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

²⁸ González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

3.2. Errores de fondo

Es posible que el error del árbitro se evidencie al momento de decidir la controversia, al incurrir en errores causados por dolo y culpa grave y reflejados, por ejemplo, en situaciones:

en que el laudo tiene un defecto de fondo (como sucede cuando el laudo arbitral es contrario a una norma imperativa, o cuando aplica una norma derogada), o también cuando hay un incumplimiento de los deberes de confidencialidad o de conservación de la documentación²⁹.

Añade M. Judkiewicz que "una mala aplicación del derecho o una interpretación equivocada supone un incumplimiento del árbitro"³⁰ que originaría un reclamo en materia de responsabilidad civil. Sin embargo, tal afirmación resulta evidentemente controversial.

Una errónea interpretación o aplicación del Derecho no pudiese dar lugar a reclamaciones de daños y perjuicios contra los árbitros, salvo que se trate de supuestos manifiestamente dolosos o contrarios al orden público, por cuanto tal afirmación abriría la puerta a demandas relacionadas con el pago de compensaciones reclamadas por las partes del arbitraje por el mero desacuerdo con la decisión de fondo dictada en ese caso.

3.3. Errores de procedimiento

Por su parte, errores en cuanto al trámite del proceso arbitral podrían ocasionar daños derivados de la violación de principios que rigen a la institución del arbitraje. Entre tales conductas se evidencian, por ejemplo:

a) dejar de dictar el laudo; b) dictarlo fuera de plazo (lo califica, obiter dictum, de posible motivo de responsabilidad civil de los árbitros la STSJ de Cataluña (Civil y Penal) 20 noviembre 2017 (AJ 2017, 6079); c) defectos en el "iter" del procedimiento arbitral, como lo son, la infracción de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; d) infracción de la congruencia del laudo porque se dicte fuera de los términos establecidos en la controversia; e) laudo dictado con infracción del principio de colegialidad (esto es, sin la concurrencia de todos los árbitros en su deliberación y adopción); f) laudo contrario al orden público³¹.

Aunque usualmente tales errores derivan en la interposición de recursos ante la propia sede arbitral -o, en ocasiones, ante el Poder Judicial-, lo cierto es que, al menos en principio, la parte afectada pudiese intentar una demanda por daños y perjuicios cuando se trate de casos en los que, como consecuencia de tales violaciones al procedimiento arbitral, la parte haya sufrido un daño que pueda demostrar ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

²⁹ Atienza, "Líneas generales".

³⁰ Małgorzata Judkiewicz, "La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje", *Themis Revista de Derecho*, <https://doi.org/10.18800/themis.202001.007>

³¹ Atienza, "Líneas generales".

Al respecto, J. González-Soria y M. de la Santa indican que:

En cuanto a la negligencia grave, podemos encontrarla en conductas del árbitro que impliquen una dejación de su especial diligencia, superior a la exigida a un buen padre de familia, que no sea enturbiada por la supuesta complejidad de una decisión jurídica. A simple modo de ejemplo, el árbitro que admita a una de las partes la posibilidad de hacerle llegar un escrito adicional de conclusiones tras haber presentado ambas partes sus respectivos escritos de conclusiones conculca los principios precitados y es una negligencia grave porque cualquiera que asuma la condición y responsabilidad de árbitro está obligado a saber que no deben contar las partes con posibilidades desequilibradas a la hora de expresar sus razonamientos jurídicos y su interpretación de los hechos³².

Un caso interesante al respecto se presentó en *Puma v. Estudio 2000*, cuando dos de tres árbitros fueron condenados al pago de daños y perjuicios por violación del principio de colegialidad, al excluir dolosamente al tercer árbitro del proceso de deliberación y emisión del laudo definitivo³³.

Señala J. González Soria que la conducta dolosa o temeraria del árbitro puede afectar al "íter pre procedimental, al procedimental o se produce en el laudo"³⁴.

4. Responsabilidad civil del árbitro

La configuración de un incumplimiento de los señalados anteriormente -o de cualquier otro que se encuadre dentro de un caso de responsabilidad civil- permite preguntarse si tal circunstancia trae como consecuencia la posibilidad de demandar al árbitro por la responsabilidad civil -y el consecuente pago de los daños y perjuicios- que generaría su incumplimiento.

La discusión se divide entre la posibilidad de someter al árbitro a un potencial escrutinio jurisdiccional en virtud del incumplimiento (al menos con culpa grave o dolo) de alguno de sus deberes como árbitro o, por el contrario, otorgar una especie de inmunidad a los árbitros a fin de evitar que tal situación pueda dar lugar a una demanda contra el mismo.

Se trata entonces de la disertación entre posiciones que buscan, por una parte, proteger la autonomía del árbitro en el ejercicio de sus funciones y, por otra, aquellas que observan que tal autonomía no puede ser absoluta y, en consecuencia, el árbitro puede ser objeto de sanciones pecuniarias si incurre en incumplimientos que den origen a supuestos de responsabilidad civil.

³² González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

³³ José María de la Jara y Julio Olórtegui, "Puma v. Estudio 2000: Three Learned Lessons", Kluwer Arbitration Blog, 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/29/puma-v-estudio-2000-three-learned-lessons/>

³⁴ González Soria, "La responsabilidad".

Algunas leyes de arbitraje³⁵, hacen mención expresa a esta posibilidad -sometiéndola, por supuesto, al cumplimiento de ciertos requisitos adicionales³⁶ a los evidentemente necesarios a toda responsabilidad civil (culpa, daño y relación de causalidad).

El análisis de las normas sobre la materia en diversas jurisdicciones revelan que los países del Common Law, tales como Estados Unidos y Reino Unido se inclina hacia la tendencia del estatus legal de los árbitros y, en consecuencia, protegen la inmunidad de los mismos, mientras que los países de Derecho continental, tales como España, Argentina y Francia, acogen la tendencia de la base contractual en la relación habida entre el árbitro y las partes y, en consecuencia, aceptan la posibilidad de que los árbitros sean demandados bajo ciertos supuestos por responsabilidad civil³⁷.

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, no hace mención alguna a la potencial responsabilidad civil del árbitro ni, consecuentemente, a su potencial inmunidad. Es posible que tal circunstancia se explique porque dicha ley se basa en la Ley Modelo y, como tal, la misma no incluye disposiciones específicas sobre el tema que nos ocupa.

Sin embargo, el artículo 58.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (RCEDCA) establece lo siguiente:

58.2. Las partes al someterse al arbitraje conforme a este Reglamento, aceptan que los árbitros sólo responden de los daños que sean causados por su propia culpa grave o dolo. Bajo ninguna circunstancia responderán por aplicar sus opiniones sobre temas de forma o de fondo en relación con la manera como los procedimientos arbitrales han de ser tramitados o decididos. Las partes exoneran de cualquier responsabilidad que le pueda corresponder a los árbitros. Salvo por culpa grave o dolo, las partes renuncian a cualquier reclamo contra los árbitros y cualquier persona nombrada por el Tribunal Arbitral con base en cualquier acto u omisión en relación con el arbitraje³⁸.

Tal disposición establece los límites de la potencial responsabilidad civil de los árbitros que actúen conforme a dicho Reglamento, incluyendo el grado de culpa necesario para configurar la responsabilidad (culpa grave o dolo) y algunas exclusiones de la misma. La norma es novedosa en el sistema venezolano y fue incluida en la versión 2020 del RCEDCA, por cuanto la redacción del entonces artículo 57 del Reglamento 2013 sólo hacía referencia a una exoneración de responsabilidad genérica del CEDCA.

³⁵ Por ejemplo, la Ley 60/2003 de Arbitraje del Reino de España y su correspondiente reforma en la Ley 11/2011 de Reforma de la Ley de Arbitraje.

³⁶ En el caso de la Ley 60/2003 de Arbitraje del Reino de España (y su correspondiente reforma en la Ley 11/2011 de Reforma de la Ley de Arbitraje), por ejemplo, el artículo 21 establece, al menos, la existencia de un grado de culpa grave para poder considerar que el árbitro ha incurrido en un supuesto de responsabilidad civil.

³⁷ Mullerat, "The liability", 14-22.

³⁸ Artículo 58 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

4.1. Grados de culpa

Hallándose entonces el árbitro en un supuesto de incumplimiento de alguno de los deberes explicados en el capítulo anterior, será necesario preguntarse, además, ante cuál grado de culpa respondería tal individuo.

Al respecto señala, por ejemplo, F. Cordón que para “que exista la responsabilidad de los árbitros es preciso que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, sea imputable a una grave negligencia”³⁹.

Tal aseveración es hecha en virtud de que, hasta la fecha, “la doctrina viene admitiendo que la responsabilidad del árbitro en el derecho continental (...) se extiende a la culpa, pero a la culpa grave, nunca a la culpa leve o a la culpa simple”⁴⁰. Otro asunto a analizar resultaría de la interpretación de tales conceptos a nivel internacional, por cuanto la misma “no es uniforme en diferentes jurisdicciones”⁴¹.

Es menester destacar que, aunque la pregunta sobre el sistema de apreciación de la culpa -en concreto o en abstracto- también resultaría pertinente a los fines de la evaluación de la responsabilidad del árbitro, su análisis exhaustivo excede los límites de la presente investigación.

Sobre el punto bastará considerar, en virtud de las críticas hechas dentro de la teoría general de las obligaciones, al sistema de apreciación de la culpa en concreto, que, a todo evento, resultaría más efectivo utilizar el modelo de apreciación en abstracto o el buen padre de familia para determinar si un árbitro incurrió en el grado de culpa requerido para la configuración de responsabilidad en el caso de que se trate.

Especial atención requeriría también el análisis de los grados de culpa en la actuación de un árbitro de equidad. Al respecto, F. Cordón indica acertadamente que en estos casos “resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso”⁴². M. Atienza añade que sería posible reclamar responsabilidad civil del árbitro de equidad, entre otros, por “no haber dictado el laudo en tiempo o que el laudo haya sido declarado nulo por alguna causa imputable al árbitro”⁴³.

³⁹ Faustino Cordón Moreno, “Tres precisiones sobre la responsabilidad de los árbitros”, *Gómez-Acedo & Pombo*, <https://www.ga-p.com/publicaciones/tres-precisiones-sobre-la-responsabilidad-de-los-arbitros/>

⁴⁰ González Soria, “La responsabilidad”.

⁴¹ Judkiewicz, “La responsabilidad”.

⁴² Cordón Moreno, “Tres precisiones”.

⁴³ Atienza, “Líneas generales”.

4.2. Responsabilidad contractual o extracontractual

La ley española de arbitraje también permite analizar la legitimación pasiva en caso de ocurrencia de un supuesto responsabilidad civil y, consecuentemente, si se trataría de un supuesto de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Así, J. González-Soria y M. de la Santa indican que:

El artículo 21.1 NLAB no reduce su ámbito a las partes del proceso arbitral, a las que no menciona, sino que utiliza en el segundo inciso el concepto genérico de perjudicado, que tiene una connotación amplísima respecto de las personas o entidades que pueden quedar afectadas por la conducta o la actividad del árbitro. En efecto, no son las partes, sino que bajo determinadas condiciones terceros ajenos al procedimiento arbitral pueden resultar perjudicados por los actos arbitrales⁴⁴.

Queda claro entonces que pueden existir, por una parte, potenciales casos de responsabilidad civil contractual del árbitro, derivada, como fue indicado, de la suscripción de un contrato entre las partes y el árbitro que, si bien se origina en el acuerdo arbitral, puede exceder el contenido del mismo; y, por otra parte, potenciales casos de responsabilidad civil extracontractual del decisor, originada por actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de sus funciones pero que afectan finalmente a terceros ajenos al proceso arbitral.

Por supuesto, la procedencia de tal responsabilidad extracontractual también estará sujeta al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Derecho civil para dicho supuesto y resulta, en principio, remoto un escenario como el señalado cuando la labor de los árbitros es declarativa y no ejecutiva⁴⁵, siendo esta última reservada, al menos en Venezuela, para el Poder Judicial.

4.3. Responsabilidad de la institución arbitral

Determinados los puntos anteriores, cabría entonces preguntarse si, en el caso de los arbitrajes institucionales, donde el supuesto caso de responsabilidad civil del árbitro ocurre bajo la mirada vigilante de un centro de arbitraje, podría atribuírsele algún tipo de responsabilidad a dicha institución. Al respecto, M. Atienza señala que

la institución arbitral tiene la obligación de velar por la imparcialidad y por la independencia de los árbitros, así como de asegurarse su capacidad en relación con el asunto sobre el que verse el litigio (y ello, aunque la institución no hubiera realizado una designación en sentido estricto, sino meramente una propuesta de los árbitros posibles a las partes)⁴⁶.

⁴⁴ González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

⁴⁵ González Soria, "La responsabilidad".

⁴⁶ Atienza, "Líneas generales".

En Venezuela, los artículos 11 al 14 de la Ley de Arbitraje Comercial regulan el contenido del arbitraje institucional. A los efectos de la presente investigación resulta relevante destacar la remisión que se hace en el artículo 12 de dicha ley a los Reglamentos de los centros de arbitraje a los efectos del establecimiento de normas, por ejemplo, en materia de “la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso”⁴⁷.

A su vez, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana hace referencia a una serie de requisitos que deben llenar los Reglamentos de los Centros de Arbitraje pero en modo alguno señala normas sobre potenciales casos de responsabilidad civil del árbitro.

Sobre este particular, J. González-Soria y M. de la Santa señalan que, con respecto a las instituciones arbitrales permanentes, “opera una responsabilidad básicamente contractual, por lo que la institución no puede liberarse a sí misma de aquellas obligaciones consustanciales al servicio que prestan a sus usuarios”⁴⁸. Coincide J. González Soria el explicar que la institución arbitral “debía ser vigilante y garante de la función arbitral, teniendo el perjudicado acción directa contra la institución” (de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.1 de la española Ley de Arbitraje/1988, ya derogada)⁴⁹.

En Venezuela, el artículo 7 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RCACC) establece que “ni el CACC ni su personal, son responsables frente a persona alguna de las decisiones, opiniones, hechos, actos u omisiones de los árbitros, mediadores o coordinador de negociación en los procedimientos administrados por el CACC”⁵⁰, previendo así una exención de responsabilidad de ese centro de arbitraje sobre las potenciales responsabilidades tanto de los árbitros como de los mediadores y negociadores actuando bajo la administración del mismo.

En el mismo sentido, el artículo 58 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) establece los límites de la responsabilidad del centro de arbitraje, en los siguientes términos:

Artículo 58. De la responsabilidad. 58.1. Las partes al someterse al arbitraje conforme a este Reglamento, aceptan que el CEDCA sólo responde de los daños que sean causados por su propia culpa grave o dolo. Bajo ninguna circunstancia responderá por aplicar sus opiniones sobre temas de forma o de fondo en relación con la manera como los procedimientos arbitrales han de ser tramitados o decididos. Las partes exoneran de cualquier responsabilidad que le pueda corresponder al CEDCA, sus órganos, directivos, socios, funcionarios, empleados y dependientes. Salvo por culpa grave o dolo, las partes renuncian a cualquier reclamo contra el CEDCA y cualquier persona nombrada por el CEDCA con base en cualquier acción u omisión en relación con el arbitraje.

⁴⁷ Artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial.

⁴⁸ González-Soria y de la Santa, “Las responsabilidades”.

⁴⁹ González Soria, “La responsabilidad”.

⁵⁰ Artículo 7 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RCACC).

La disposición fue ampliada y sus límites fueron establecidos claramente en la versión 2020 del RCEDCA en contraposición al artículo 57 del RCEDCA 2013, que solamente indicaba que "las partes al someterse al arbitraje conforme a este Reglamento, exoneran de cualquier responsabilidad que le pueda corresponder al CEDCA, sus órganos, directivos, socios, funcionarios, empleados y dependientes"^{52, 5152}

5. Reflexión final

Es importante delimitar, en primer lugar, cuál sería el Derecho aplicable a la potencial responsabilidad civil del árbitro en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, parece razonable pensar que dicho Derecho sería (i) el de la sede del arbitraje; o (ii) el aplicable al acuerdo arbitral. En todo caso, los árbitros deben conocer de antemano el derecho aplicable a los potenciales supuestos de responsabilidad a los que puedan estar expuestos al aceptar el cargo⁵³.

Es opinión de quien suscribe que la no inclusión de normas relativas a la potencial responsabilidad civil de los árbitros en razón de actos llevados a cabo en ejercicio de sus funciones no implica una aceptación de la inmunidad de los mismos. Por el contrario, la ausencia de normas al respecto pudiese abrir la puerta a demandas por daños y perjuicios llevadas ante la jurisdicción ordinaria y resueltas bajo las normas de Derecho civil vigentes en el Derecho aplicable.

Es por eso que resulta necesario el debate y la consecuente creación de normas sobre potencial responsabilidad civil del árbitro, que permitan delimitar de manera estricta y taxativa i) los potenciales supuestos extraordinarios de procedencia de demandas por responsabilidad civil contra los árbitros; (ii) el grado de culpa ante el cual responderían; y (iii) consecuentemente, el grado de inmunidad del que puedan gozar los árbitros.

Otra opción parece ser sugerida por J. González-Soria y M. de la Santa al indicar que tal "pacto de responsabilidad" sea acordado por las partes, bien en la propia suscripción de la cláusula arbitral, bien en un momento posterior del arbitraje. Los autores señalan expresamente que:

Al ser el arbitraje un todo unitario que nace de un convenio por el que se opta, en vez de acudir a la vía jurisdiccional, por un dirimente investido con un poder concreto para resolver controversia mediante laudo, al que el ordenamiento objetivamente le atribuye fuerza de cosa juzgada como si fuera una sentencia judicial firme, les cabe a las partes introducir los elementos correctores que crean convenientes respecto del comportamiento del árbitro. Entre estos elementos correctores se encuentra la facultad de establecer y ordenar el

⁵¹ Artículo 58 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

⁵² Artículo 57 del derogado Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) del año 2013.

⁵³ Mullerat, "The liability", 22.

régimen de la responsabilidad del árbitro, que no excluye ni limita la responsabilidad legal configurada en el artículo 21.1 NLAB sino que la amplía a otros supuestos, como pueda ser la responsabilidad derivada de la culpa, negligencia o la simple impericia. En cuanto al tipo de culpa exigible, el pacto de responsabilidad podría determinar si se trata de la culpa lata, es decir, omisión de las precauciones más elementales, o leve, ya sea en abstracto, es decir, la que debiera emplear un buen padre de familia, o en concreto, que sería la diligencia que las personas han de tener sobre sus propios negocios. Así, la responsabilidad arbitral por culpa puede ser modulada por las partes en el convenio arbitral o en otro momento del arbitraje antes de la aceptación del árbitro, mediante las cláusulas procedentes, que pueden lógicamente variar en su contenido⁵⁴.

Lo anterior tiene sentido si se considera que el arbitraje nace, precisamente, de un pacto entre particulares y, aunque tiene un matiz jurisdiccional, siguen siendo las partes quienes, de manera privada, determinan el nacimiento, curso y fin del arbitraje. Nada obstaría entonces para permitir que las partes acuerden un pacto de responsabilidad sobre los límites de responsabilidad del árbitro, siempre que tales normas particulares no violen, por supuesto, el orden público.

El mencionado pacto de responsabilidad funcionaría como una cláusula de regulación de la responsabilidad civil dentro de un contrato. Es decir, sería posible imponer o no responsabilidad al árbitro según el caso de que se trate, establecer los grados de culpa e incluso una cláusula penal con estimación de los potenciales daños y perjuicios a ser pagados por el árbitro⁵⁵.

Claro que esto último resulta particularmente complejo en un escenario como el planteado, salvo que se establezcan supuestos cerrados, extraordinarios y predeterminados de responsabilidad del árbitro.

Asimismo, el llamado pacto de responsabilidad puede ser incluido "en los reglamentos de las instituciones arbitrales permanentes o incluso incorporada en un documento ad hoc al tiempo del nombramiento y aceptación del encargo arbitral"⁵⁶.

Autores como J. González Soria, por su parte, consideran que debido a que

la intervención jurisdiccional en el arbitraje debe ser lo más limitada posible, defendemos que si no se interpone la acción de impugnación del laudo, por quien esté capacitado para ello, sería difícilmente justificable para ese presunto agraviado exigir daños y perjuicios a los árbitros⁵⁷.

Sin embargo, parecen diferir las causas que dan origen a una acción de nulidad del laudo y a una potencial acción por daños y perjuicios contra el árbitro, por lo cual, en opinión de quien suscribe, no se trataría de acciones subsidiarias ni conectadas entre sí.

⁵⁴ González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

⁵⁵ González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

⁵⁶ González-Soria y de la Santa, "Las responsabilidades".

⁵⁷ González Soria, "La responsabilidad".

Finalmente, la delimitación de normas sobre responsabilidad civil del árbitro debe considerar que, en efecto, el árbitro presta un servicio a las partes y, como tal, debe ser responsable de los daños y perjuicios causados en ejercicio de sus funciones, siempre que los mismos se encuadren bajo supuestos extraordinarios, específicos y ocasionados únicamente por culpa grave o dolo evidenciadas en conductas manifiestas por parte del árbitro.

No puede ignorarse el hecho de que los árbitros también son órganos jurisdiccionales y, como tales, no pueden tratarse como meros prestadores de servicios ni tampoco estar sometidos a presiones externas que los lleven a tomar decisiones que no sean acordes con la verdad del proceso sino con las potenciales consecuencias que puedan tener personalmente a raíz de la decisión tomada. Lo anterior resalta, por supuesto, la importancia de delimitar claramente los supuestos taxativos y extraordinarios, así como los grados de culpa ante los cuales, potencialmente, respondería el árbitro de que se trate.

En modo alguno las normas al respecto pueden significar un desincentivo para los árbitros ni pueden abrir la puerta a demandas en razón del mero desacuerdo de las partes con la decisión de fondo.

CONCLUSIONES

De la investigación planteada queda claro que, aunque existan o no normas especiales con respecto a potenciales casos de responsabilidad civil del árbitro en el ejercicio de sus funciones, lo cierto es que, dependiendo de las normas de Derecho aplicable de que se traten, es posible -lo que no implique que tal demanda sea procedente- que un árbitro termine siendo demandado por una parte e incluso por un tercero ajeno al proceso arbitral, por concepto de daños y perjuicios originados por tales actuaciones.

También es posible, como fue analizado, que la inmunidad del árbitro sea expresamente reconocida a través de las normas de arbitraje del Estado de que se trate o de que, por el contrario, sean las propias normas de las partes las que establezcan los límites de responsabilidad del árbitro en el ejercicio de sus funciones.

A todo evento, quien suscribe es de la opinión que es esencial la creación de normas claras que permitan delimitar expresamente los extremos requeridos tanto para la configuración de potenciales -y excepcionales- casos de responsabilidad civil del árbitro, como para establecer supuestos especiales para tal configuración, relacionados con la legitimación activa y pasiva en la causa, grados de culpa, exenciones de responsabilidad, sistema de apreciación de la culpa, entre otros.

Todo lo anterior permitirá fortalecer la institución del arbitraje, respetando cada vez más su carácter de única instancia con poder decisorio con fuerza de cosa juzgada sobre las controversias que se le plantean y reconocer formalmente el carácter

profesional del que hoy en día gozan los árbitros alrededor del mundo, sin afectar la autonomía necesaria de la que deben gozar para llevar a cabo sus actuaciones dentro del proceso arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza Navarro, María Luisa. "Líneas generales acerca de la responsabilidad civil del árbitro y de las instituciones arbitrales". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 10. 2019. <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/656-673.pdf>
- Cordón Moreno, Faustino- "Tres precisiones sobre la responsabilidad de los árbitros".
Gómez-Acedo & Pombo. <https://www.ga-p.com/publicaciones/tres-precisiones-sobre-la-responsabilidad-de-los-arbitros/>
- Danis, Marie y Valentini, Marie. "The civil liability regime of arbitrators and arbitration institutions". <https://www.august-debouzy.com/en/blog/1698-clarification-of-the-civil-liability-regime-of-arbitrators-and-arbitration-institutions>
- de la Jara, José María y Olórtégui, Julio. "Puma v. Estudio 2000: Three Learned Lessons". *Kluwer Arbitration Blog*. 2017. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/29/puma-v-estudio-2000-three-learned-lessons/>
- Foeth Persson, Mauricio Jorn. "Responsabilidad Civil del Árbitro en el Arbitraje Comercial". (Universidad Nacional Autónoma de México).
- González-Soria, Javier y de la Santa, Moreno. "Las responsabilidades de los árbitros". *Revista de Derecho UNED*. N° 17. 2015. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5140/Responsabilidades_arbitros.pdf
- González Soria, Julio. "La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el Derecho Español". *Advocatus Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4382>
- Greenop, Michael y Jagusch, Stephen, "Drafting Effective Arbitration Clauses for the Belt and Road Initiative". <https://iclg.com/cdr-essential-intelligence/1100-cdr-the-belt-and-road-initiative-2021/3-drafting-effective-arbitration-clauses-for-the-belt-and-road-initiative>.
- Małgorzata Judkiewicz, "La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje". *Themis Revista de Derecho*. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.007>
- Ramón Mullerat, "The liability of Arbitrators: a survey of current practice", *Commission of Arbitration of the International Bar Association*, 2006, https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/arbitrators__impartiality_and_independence/mullerat_liability_arbs.pdf, 6.
- Papazoglou, Stephanie. "Arbitrator Responsibility". *Jus Mundi*. 2022. <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitrator-responsibility#>
- Schäffer, Sarah. "Approaches to Arbitrators' Liability: Immunity or Liability?". *Stockholm Arbitration Yearbook 2020*. 2020. <https://www.kluwerarbitration-com.ezproxy.leidenuniv.nl/document/KLI-KA-Calissendorff-2020-Ch14>
- Sandler Obregón, Verónica. "La Responsabilidad Civil de los árbitros". *RIU Austral*. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1311/La%20Responsabilidad%20Civil%20de%20los%20%C3%A1rbitros.pdf?sequence=1>
- Varapnickas, Tadas. "The Law Applicable to Arbitrators' Civil Liability from a European Point of View". *Kluwer Arbitration Blog*. 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/25/the-law-applicable-to-arbitrators-civil-liability-from-a-european-point-of-view/>

Climate-Friendly Investment Protection: a Viable Option to Fight Climate Change?

Andres Sanchez Rios y Valles*
Yerick Reyes**

ESTADOS UNIDOS
AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 45-60

Abstract: In 2015, 196 States negotiated the Paris Agreement on climate change at the United Nations Climate Change Conference. This development has spurred an assessment of international investment agreements' ability to comport with a renewed push for environmental sustainability. Scholars are divided between those who wish to withdraw from the existing international investment agreements and those who wish to reform the existing framework to combat climate change. On the other hand, other authors argue that the existing IIA framework is not completely incompatible with such efforts. Neither reform approach is perfect and each may face obstacles in its implementation given the time-sensitive nature of climate change.

Keywords: Paris Agreement; Energy Charter Treaty; Climate Change

Protección de Inversiones Favorable al Medio Ambiente: ¿Una Opción Viable para Combatir el Cambio Climático?

Resumen: En el 2015, 196 Estados negociaron el Acuerdo de París para combatir el calentamiento global durante la Conferencia de las Naciones Unidas para el Cambio Climático. Este acontecimiento ha generado debate sobre la habilidad de los acuerdos internacionales de inversión para impulsar un desarrollo ambiental sostenible. El debate académico está dividido entre aquellos que buscan retirarse de los acuerdos internacionales de inversión y aquellos que buscan una reforma al marco vigente para combatir el cambio climático. A la misma vez, hay quienes dicen que el sistema no requiere cambios. Ninguna de las dos posturas de reforma es perfecta y es posible que ambas tengan que lidiar con ciertos obstáculos en su implementación dado el carácter apremiante que conlleva el cambio climático.

Palabras Clave: Acuerdo de París; Tratado sobre la Carta de Energía; Cambio Climático

Autores invitados

* Andrés Sánchez Ríos y Valles: has a *Licenciatura en Derecho* with Special Mention (equivalent to *magna cum laude*) from the Instituto Tecnológico Autónomo de México and an LL.M. (Master of Laws) from Harvard Law School. He is currently a Global Visiting Lawyer in the Washington D.C. office of Covington & Burling LLP. ASanchez@cov.com

** Yerick Reyes has a J.D. from Columbia Law School and a B.A. in Global Affairs from Yale University. He is currently an Associate in the Washington D.C. office of Covington & Burling LLP. YReyes@cov.com

*** The authors write in their personal capacity and the views and opinions expressed in this article are the authors' own and do not reflect those of Covington & Burling LLP or its clients.

Climate-Friendly Investment Protection: a Viable Option to Fight Climate Change?

Andres Sanchez Rios y Valles*
Yerick Reyes**

ESTADOS UNIDOS
AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 45-60

SUMMARY:

INTRODUCTION. 1. International investment agreements: a clash with climate mitigation? 2. The Energy Charter Treaty and the Colombian Model BIT as examples of the withdrawal and reform approach. 3. Practical Considerations of Exiting or Reforming the IIA Framework. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

INTRODUCTION

The entry into force of the Paris Agreement on November 4, 2016 augmented the existing debate regarding the role that international investment law should have in the efforts to address climate change.

On the one hand, there is hope that new generation international investment agreements (IIAs) will assist in climate change mitigation efforts. Critics argue, however, that IIAs and investor state dispute solution mechanisms (ISDS) may hinder a State's ability to implement environmentally friendly policies.¹

Echoing those concerns, a recent report prepared by the United Nations Conference on Trade and Development on September 2022 (the UNCTAD Report) highlighted that States could face claims under IIAs as a result of an effort to transit to a low-carbon economy.² Similarly, the report urges that a reform to the IIA framework occur in which the risk of States "facing ISDS claims related to climate change policies [...]" is minimized.³

* Andrés Sánchez Ríos y Valles: has a *Licenciatura en Derecho* with Special Mention (equivalent to *magna cum laude*) from the Instituto Tecnológico Autónomo de México and an LL.M. (Master of Laws) from Harvard Law School. He is currently a Global Visiting Lawyer in the Washington D.C. office of Covington & Burling LLP. ASanchez@cov.com

** Yerick Reyes has a J.D. from Columbia Law School and a B.A. in Global Affairs from Yale University. He is currently an Associate in the Washington D.C. office of Covington & Burling LLP. YReyes@cov.com

*** The authors write in their personal capacity and the views and opinions expressed in this article are the authors' own and do not reflect those of Covington & Burling LLP or its clients.

¹ Kyla Tienhaara, "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement," *Transnational Environmental Law* 7, no. 2 (2018): 229–50, <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

² United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments | Publications | UNCTAD Investment Policy Hub* (2022), 13, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

³ *Ibid.*

The Paris Agreement aims to “hold the increase of the global average temperature to well below 2 °C above pre-industrial levels and pursu[e] efforts to limit the temperature increase to 1.5 °C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change.”⁴

In this context, the United Nations Framework Convention on Climate Change indicates that in order to meet such limits, greenhouse gas emissions cannot keep increasing past 2025, at the latest, and a 43% decline must occur by 2030.⁵ As of this date, the targeted reduction levels have not been met. A recent report by the United Nations Environment Programme has thus indicated that more aggressive measures are needed and that in order to meet the desired levels, a 55% reduction of greenhouse emissions is required by 2030.⁶

It can be inferred that more ambitious targets will be required with each passing year in which the desired emission reduction levels are not met. Eventually, States will be forced to adopt more aggressive policies in order to meet their commitments under the Paris Agreement. It is possible, however, that more aggressive environmental policies may lead to a higher number of ISDS claims by affected investors.

Critics thus argue that the existing investment protection regime may be at odds with the efforts to address climate change concerns as most IIAs are silent on climate change and could hold States liable as a result of measures that may be adopted in violation of investors’ rights.⁷ Critics state that the existing regime thus reduces the window for the targets laid out by the Paris Agreement as it does not adequately accelerate investment in climate mitigation sectors in comparison to other investments.⁸

With the fear that time may be running out to prevent climate change, analysts have proposed an overhaul of the investment protection regime or even a complete withdrawal from the existing IIAs and ISDS mechanisms.⁹

On the other hand, the Paris Agreement also highlights the fact that developing countries will require greater assistance to meet greenhouse gas emission targets and

⁴ See Paris Agreement, art. 2(a), https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

⁵ UNFCCC, “The Paris Agreement” (2022) <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>> accessed 20 February 2023.

⁶ United Nations Environment Programme, *Emissions Gap Report 2021: The Heat Is On – A World of Climate Promises Not Yet Delivered – Executive Summary* (Nairobi, 2021).

⁷ Anja Ipp, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration* (Kluwer Arbitration Blog, January 12, 2022), 1, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.

⁸ Martin Dietrich Brauch, *Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration* (Columbia Center on Sustainable Investment [CCSI] Blog), 2-4, <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/ccsi-oecd-climate-action-investment-governance-not-protection-isds.pdf>.

⁹ Kyla Tienhaara et al., “Investor-state disputes threaten the global green energy transition,” *Science* 376, no. 6594 (2022): 703, <https://doi.org/10.1126/science.abo4637>.

that securing finance flows to cleaner investments will be essential.¹⁰ In such a context, the OECD notes the role of IIAs and the allocation of finance flows, arguing that IIAs should be aligned in a way consistent with the goals of the Paris Agreement.¹¹

In this context, other authors argue that investment protection treaties have the potential to further climate change mitigation strategies.¹² Rather than calling for a withdrawal of the existing investment protection framework or available ISDS mechanisms, some believe that a reform that adopts the provisions of the so called “new generation” IIAs with more nuanced environmental provisions could be a more viable solution.

This article seeks to highlight the different views of how the IIA framework can better serve an environmental policy that addresses climate change. Accordingly, this article will first provide a general overview of the IIA framework along with what some authors consider to be a clash between the existing framework and the measures that countries may adopt to mitigate climate change. Then, Part 2 of this article will discuss both the Energy Charter Treaty and the Colombian Model BIT as examples of the withdrawal and reform approaches suggested by some authors. Part 3 will then analyze the implications of both approaches while underlining some of the issues that certain commentators have identified for these approaches. Finally, Part 4 will offer some concluding remarks.

1. International investment agreements: a clash with climate mitigation?

According to the UNCTAD Report, there are approximately 2,300 IIAs that were concluded between 1959 and 2009, which represent more than 85% of the IIAs ever signed.¹³ This report states that the majority of such IIAs do not include provisions acknowledging the State’s right to enact regulation for environmental protection. Instead, the UNCTAD Report claims that such IIAs include broadly worded formulations of investor protection standards.¹⁴

Some commentators argue that old generation treaties centered on providing a stable legal environment for foreign investors.¹⁵ Accordingly, such treaties provide legal

¹⁰ See Paris Agreement, arts. 2(c), 4(4), and 4(5).

¹¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Investment Treaties and Climate Change | The Alignment of finance flows under the Paris Agreement | Background Note |* (May 2022), 4, 13, 17, <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecd-background-investment-treaties-finance-flow-alignment.pdf>.

¹² Kate Miles, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes,” *Climate Law* 1 (2010): 68, <https://doi.org/10.3233/CL-2010-004>.

¹³ United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments | Publications | UNCTAD Investment Policy Hub* (2022), 15, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Jorge Guira and Maria Beatriz Burghetto, *Are Investment Treaties “Zombies,” Unfit for Decarbonization Purpose?* (Kluwer Arbitration Blog, August 1, 2022), 2, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/08/01/are-investment-treaties-zombies-unfit-for-decarbonization-purpose/>.

certainty by, among others, affording foreign investors fair and equitable treatment, protection against direct or indirect expropriation, and granting foreign investors treatment similar to the country's nationals.¹⁶

An objective behind investment agreements is to encourage finance flows and investments in developing countries by creating a stable legal environment. “[A]n important purpose of the ICSID Convention and investment treaties more generally is to encourage and protect international investments. The Report of the Executive Directors proclaims one of the purposes of ICSID is to ‘facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors’ with a view to ‘stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it.’”¹⁷

Newer IIAs enacted since 2010 include general environmental provisions which seek to recognize the regulatory power of the State in addition to acknowledging the need to foster sustainable development in connection with the environment.¹⁸ Such new IIAs that acknowledge the State's regulatory power while also including specific environmental provisions are commonly referred to as the “new generation” IIAs that supplement the protections to foreign investors with vague references to environmental protection.

Both old and new generation IIAs usually provide foreign investors with substantive and procedural protections. In this context, investors may challenge a measure that a country adopts by submitting a dispute to an arbitral tribunal alleging that the measure constitutes a violation of the treaty.

Among other protections, some authors claim that the fair and equitable treatment standard may be an obstacle to effective climate change mitigation policies.¹⁹ Broadly speaking, these authors contend that investors could challenge an environmental measure alleging that such measure changed the stable legal framework under which the investor made its investment or that such measure affects the investor's legitimate expectations.²⁰

¹⁶ Kate Miles, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes,” *Climate Law* 1 (2010): 71, <https://doi.org/10.3233/CL-2010-004>.

¹⁷ Simon Foote, *The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law* (Kluwer Law International, 2021), 114, <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-foote-2021-ch08?q=benefits+of+investment+treaties>.

¹⁸ United Nations Conference on Trade and Development, *Treaty-based Investor-state Dispute Settlement Cases and Climate Action | IIA Issues Note, Issue 3 | UNCTAD Investment Policy Hub* (September 2022), 4, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

¹⁹ Markus Gehring and Marios Tokas, “Synergies and Approaches to Climate Change in International Investment Agreements,” *The Journal of World Investment & Trade* 23, 5-6 (2022): 781, <https://doi.org/10.1163/22119000-12340270>.

²⁰ *Ibid.*, 782-783; Kate Miles, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes,” *Climate Law* 1 (2010): 67, <https://doi.org/10.3233/CL-2010-004>.

In this context, the UNCTAD Report highlights that a considerable amount of ISDS cases involved “measures or sectors of direct relevance to climate action.” The report states that using IIAs as a basis for their claims, there have been 175 ISDS cases brought by claimants in connection with measures purportedly taken for the protection of the environment.²¹

At the same time, other authors have suggested that IIAs do not deter States from regulating or legislating issues at the heart of their mandate.²² Such authors state “[t]here is no shortage of State action clearly uninformed by the dictates of international law.”²³ “While the apprehension of international liability may prompt reflection and careful tailoring of means to ends, it seems less likely to cause the abandonment of legislation at the heart of a government’s mandate.”²⁴

Importantly, another author found that IIAs do not affect governmental decisions as much as is feared. “There does not appear to be a specific impact of IIA ISDS on health, safety and environmental regulatory decision making and therefore that the impact of private actors in the policy making process is perhaps less pronounced than many fear.”²⁵ Using the Canadian experience with NAFTA, this work stated “the empirical evidence found a low level of awareness among HSE regulators [in Canada] regarding NAFTA Chapter 11 and the potential threat of an ISDS challenge to regulation. The research revealed regulators rarely take Canada’s trade and investment commitments into consideration when developing regulations”²⁶

According to the report, the level of knowledge and understanding of the implications of NAFTA vis-à-vis the regulator’s measures was still quite vague even in cases in which there had been a NAFTA case that affected a measure implemented by the regulator. The report states that the regulator’s “experience would have made them more aware and more likely to flag future regulatory changes for legal advice but this did not impact their decision making.”²⁷

Notwithstanding the foregoing, there is an ongoing debate about what changes, if any, should be implemented to the IIA regime in light of the objectives of the Paris Agreement. While IIAs entail a series of benefits for investments in general, others

²¹ United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments | Publications | UNCTAD Investment Policy Hub* (2022), 13, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

²² T. Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron, May 2005), 599.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ C. Côté, ‘A Chilling Effect? The Impact of International Investment Agreements on National Regulatory Autonomy in the Areas of Health, Safety and the Environment’ (PhD thesis, London School of Economics, Feb. 2014), 206, http://etheses.lse.ac.uk/897/8/Cote_A_Chilling_%20Effect.pdf.

²⁶ *Ibid.*, 17.

²⁷ *Ibid.*, 154.

contend that the existing framework should be modernized. In this context, there have been attempts to withdraw from the existing IIA framework or amend it so that the framework is more aligned to the objectives laid out by the Paris Agreement.

2. The Energy Charter Treaty and the Colombian Model BIT as examples of the withdrawal and reform approach

The Energy Charter Treaty (ECT) has been regarded as one of the most invoked treaties for energy related disputes that, directly or indirectly, involve environmental matters. Albeit vaguely phrased, the ECT contains certain provisions which seem to foster policies in favor of the environment.

The preamble of the ECT recognizes the “increasingly urgent need for measures to protect the environment including the decommissioning of energy installations and waste disposal, and for internationally-agreed objectives and criteria for these purposes.”²⁸ Similarly, the ECT provides that Contracting Parties “shall strive to minimize in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts”²⁹ while also enshrining the States’ regulatory right to adopt or enforce measures necessary to protect human, animal or plant life or health.³⁰

On June 24, 2022, the Contracting Parties to the ECT announced an agreement in principle to modernize the ECT. Among others, the proposed text includes a “flexibility mechanism” that allows Contracting Parties to exclude investment protections from certain investments that such parties consider are contrary to their respective energy security and climate goals.³¹

Despite the existing provisions, certain authors have criticized the ECT for not providing meaningful results from an environmental perspective.³² A recent study analyzed 64 out of 75 known arbitral awards under the ECT and found that they fail to substantively address climate change policies. Specifically, the Climate Change Counsel report stated that none of the awards discussed policy issues dealing with energy transition or climate change.³³

²⁸ Energy Charter Treaty, preamble, para. 15, <https://www.energychartertreaty.org/treaty/energy-charter-treaty/>.

²⁹ *Ibid.*, art. 19.

³⁰ *Ibid.*, art. 24(2).

³¹ Energy Charter Secretariat, *Public Communication Explaining the Main Changes Contained in the Agreement in Principle* (24 June 2022), 3 <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>.

³² See generally Center for International Environmental Law, *The New Energy Charter Treaty in Light of the Climate Emergency* (6 July 2022), <https://www.ciel.org/the-new-energy-charter-treaty-in-light-of-the-climate-emergency/#The%20ECT%E2%80%99s%20Climate%20Problem>.

³³ Anja Ipp, Annette Magnusson & Andrina Kjellgren, *The Energy Charter Treaty, Climate Change and Clean Energy Transition: A Study of the Jurisprudence* (Climate Change Counsel, 2022), 6, https://www.climatechangecounsel.com/_files/ugd/f1e6f3_d184e02bff3d49ee8144328e6c45215f.pdf.

As a result of the ECT's perceived environmental shortcomings, the EU Parliament passed a resolution on November 2022 calling for the withdrawal of the EU Member States from the ECT.³⁴ Such withdrawal echoes the intentions of the Polish, Spanish, Dutch, French, Slovenian, German and Luxemburg governments to withdraw from the ECT as they believe that the ECT is not aligned with the objectives of the Paris Agreement and will fail to meet the objective to become climate neutral by 2050.³⁵

Among other points, the resolution of the EU Parliament restated the Parliament's view that the modernized text of the ECT, currently under discussion, still fails to address the general criticisms of the traditional IIA framework. Namely, the resolution mentions that the proposed revisions to the ECT still maintain protections for investments and other elements that the EU considers may not be aligned with the general objectives of the Paris Agreement, the EU Climate Law, or the objectives of the European Green Deal.³⁶

The EU Parliament also expressed its concern that the transition timeframes provided under the modernized text of the ECT run against the energy transition periods required to meet the global warming limits envisioned under the Paris Agreement.³⁷

On February 15, 2023, the Secretariat of the Energy Charter Treaty issued a letter in response to the EU Parliament's call to withdraw from the ECT. Among others, the Secretariat argued that the modernized version of the ECT will be aligned with the Paris Agreement and an exit from the ECT would clash with the alleged objective of the EU Parliament.³⁸

Specifically, the Secretariat indicated that EU Member States have around 1,500 IIAs that protect high-emission investments and include ISDS provisions. Moreover, the Secretariat also pointed out that the new Comprehensive Economic and Trade Agreement entered between the EU and Canada does not exclude high-emission investments from the protected investments and contains no provision dealing with the Paris Agreement and climate change.³⁹

In any event, the concerns of the EU Parliament seem to mirror critics' position that current efforts to reform IIAs are insufficient as State environmental measures could still be challenged under the existing IIA framework. Given the Parliament's perceived limitation of the modernized text of the ECT, it can be inferred that the EU Parliament shares the idea that just like other IIAs, the ECT should be terminated instead of reformed in order to meet the objectives of the Paris Agreement.

³⁴ European Parliament resolution of 24 November 2022, *Resolution on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP))* (2022), [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/2934\(RSP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/2934(RSP)).

³⁵ *Ibid.*, 2.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Letter from the Secretary General of the International Energy Charter, SG/23/E0047* (Feb. 13, 2023).

³⁹ *Ibid.*, 2.

In contrast to the EU's intended exit from the ECT, other countries have pushed for the so-called "new generation" treaties which provide more specific provisions dealing with climate protection. For example, the Colombian Model BIT includes a provision requiring a focus on the protection of foreign investments that "favour the prosperity and the sustainable development" of the contracting parties.⁴⁰

The model treaty also enshrines the regulatory right of the State by "[r]eaffirming the right of each Contracting Party to regulate the investments made in its Territory to protect legitimate public welfare objectives such as human rights, health, public order and safety, labour rights *and environment*."⁴¹ Besides reaffirming this right, the Colombian Model BIT includes a social responsibility clause which affirms this right by providing that "Claimant Investors shall respect the prohibitions established in international instruments, to which any Contracting Party is or becomes a party, pertaining to human rights and the environment."⁴²

Similarly, the Colombian Model BIT establishes a "non-detraction from environmental standards" clause. The Colombian Model BIT not only reaffirms the right to implement policies in favor of the environment but also prohibits changes to the country's laws in order to promote foreign investment in a way that detracts from the country's environmental, human rights or labor standards.⁴³

The Colombian Model BIT also includes a denial of benefits clause which allows Contracting Parties to deny the benefits under the treaty to an investor that has been found by an international court or a judicial or administrative authority of any State with which Contracting Parties have diplomatic relations to have "caused serious environmental damage in the Territory of the Host Party."⁴⁴

Lastly, the Colombian Model BIT includes a general exceptions clause which states that provided that measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or discriminatory treatment, the treaty shall not preclude the adoption of measures that the State deems necessary for protecting the environment.⁴⁵

Authors have argued that new generation IIAs such as the Colombian Model BIT aim to guarantee the States' right to implement policies that safeguard the environment and prevent climate change.⁴⁶ However, critics contend that such IIAs still fall short on

⁴⁰ Republic of Colombia, Model Text for the Colombian Bilateral Investment Treaty (2017), Preamble, Recital 3 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6082/download>> accessed 22 February 2022 (Colombian Model BIT).

⁴¹ Colombian Model BIT, Preamble, Recital 4.

⁴² Colombian Model BIT, Article on Investors' Social Responsibility.

⁴³ Colombian Model BIT, Article on Non-detraction from environmental, human rights and labour standards.

⁴⁴ Colombian Model BIT, Article on Denial of Benefits.

⁴⁵ Colombian Model BIT, Article on General Exceptions.

⁴⁶ Madhav Mallya, *India's Race to the Bottom: Bilateral Investment Treaties and the New Draft Environmental Impact Assessment*

the actions required to prevent climate change. Mainly, critics argue that a reformist approach implementing “greener” IIAs would be time-consuming and climate principles are not usually a main focus when reform negotiations tend to occur.⁴⁷

Since both an abolitionist approach and a reformist approach seem to face a series of obstacles in practice as further described in Part 3 *infra*, the global investment community should assess the implications of both strategies if it considers that one of those approaches are required to align the international investment regime with the efforts to curb climate change.

3. Practical Considerations of Exiting or Reforming the IIA Framework

The response from the Secretariat of the Energy Charter Treaty highlights one of the issues of withdrawing from the existing IIAs as an attempt to address climate change. While parties could denounce a specific treaty, there is still an interconnected framework with other IIAs which contain provisions that could arguably be deemed incompatible with the goals of the Paris Agreement.

An overarching withdrawal would first require analyzing the estimated 3000 IIAs currently in force⁴⁸ to then determine which treaties contain provisions considered incompatible with the Paris Agreement. Such a process in itself seems complicated as there is not enough consensus about which treaties, or specific provisions, are incompatible. Moreover, it is likely that such an exit would require a coordinated effort by the whole international community, which would also require an unprecedented level negotiation from governments and investors alike.

Irrespective of whether an overarching withdrawal from IIA treaties is desirable or not, the feasibility of such an option should be assessed against the target dates by which the global community seeks to become carbon neutral. Given the short timeframe and the extended deliberation process that such an exit would entail, one could reasonably question whether such an option is feasible from a practical standpoint. It could well be the case that the deadlines to limit global warming by 1.5 degrees could occur before the time such coordinated withdrawal comes into effect.

Notification (Oct. 9, 2020), <https://opiniojuris.org/2020/10/09/indias-race-to-the-bottom-bilateral-investment-treaties-and-the-new-draft-environmental-impact-assessment-notification/>.

⁴⁷ Kyla Tienhaara et al., “Investor-state disputes threaten the global green energy transition,” *Science* 376, no. 6594 (2022): 701, 703, <https://doi.org/10.1126/science.abo4637>; Anja Ipp, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration* (Kluwer Arbitration Blog, January 12, 2022), 1, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.

⁴⁸ United Nations Conference for Trade and Development, *Investment Policy Hub* <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> accessed 1 March 2023.

On the other hand, it should be pondered whether the elements of IIAs that some authors consider obstacles to the goals of the Paris Agreement are reason enough to overhaul this framework. As other authors contend, the current investment protection framework is not inherently incompatible with the environment.⁴⁹

A complete withdrawal from the current IIA framework could also affect investments that are not related to the environment but that are essential to a country's economy and overall development. Such a withdrawal would not only deprive such investments from treaty protections but could also hinder the capital flows required to finance investments to address climate change.⁵⁰

As acknowledged by the UNCTAD Report, there is a need for targeted policies that attract foreign direct investment to climate change mitigation sectors.⁵¹ The projects required to address climate change are highly capital intensive and require stable legal environments that could be fostered through investment protections.⁵²

The Paris Agreement acknowledges that “developing country Parties, especially those that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change” may have specific needs with regard to funding and transfer of technology.⁵³ It could well be the case that the investments to climate change mitigation sectors identified by the UNCTAD Report and also referred to in the Paris Agreement could be structured in a way that they are benefitted by the existing IIAs that developing countries have in order to provide such countries with the funding and technology required. A complete withdrawal from the existing IIA framework could reduce the access to such funding and technology.

Considering the foregoing, some authors argue that IIAs could be renegotiated to foster measures required to comply with the goals of the Paris Agreement in a way that such measures are not seen as clashing with traditional investor protections.⁵⁴ This approach could be seen as a hybrid of the new generation treaties that include policy

⁴⁹ Anja Ipp, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration* (Kluwer Arbitration Blog, January 12, 2022), 3, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.

⁵⁰ Stefan Newton, *New Directions in International Investment Law: Towards Energy Transition* (Kluwer Arbitration Blog, May 24, 2022), 2, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/05/24/new-directions-in-international-investment-law-towards-energy-transition/>.

⁵¹ United Nations Conference on Trade and Development, *International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments | Publications | UNCTAD Investment Policy Hub* (2022), 1, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

⁵² Stefan Newton, *New Directions in International Investment Law: Towards Energy Transition* (Kluwer Arbitration Blog, May 24, 2022), 2, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/05/24/new-directions-in-international-investment-law-towards-energy-transition/>.

⁵³ See Paris Agreement, Preamble, paras. 5-6, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

⁵⁴ Anja Ipp, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration* (Kluwer Arbitration Blog, January 12, 2022), 3, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.

exceptions, like the Colombian Model BIT that expressly protects measures adopted to promote environmental policy.

Similar to a complete withdrawal from existing IIAs, implementing such a comprehensive reform exercise would be a lengthy process that may not occur within the desired timeframe as there is also no consensus as to the specific environmental provisions that should be included in the existing IIA framework in order to mitigate climate change. While enacting reform via both bilateral and multilateral treaties could be easier to negotiate than a complete withdrawal, there is not much certainty as to whether such a process could occur on time.

It should be briefly mentioned that, under a reform approach, it is likely that new disputes could occur. It is possible that the more nuanced environmental provisions included under the new generation IIAs will result in more technical disputes involving environmental matters.

Using the Colombian Model BIT as an example, there could be a dispute whether an investor was actually “found by an international court or a judicial or administrative authority of any State to have caused serious environmental damage.” Similarly, it is possible that new IIAs that adopt a similar form of the flexibility mechanism envisioned under the modernized ECT could result in disputes on whether certain investments that contracting parties consider are contrary to their respective energy security and climate goals should be excluded or not.

As a preliminary matter, such disputes would center on the interpretation of the nature of such investments and whether they are contrary to the host country’s “energy security and climate goals.” These disputes would not be very different from those under current IIAs and/or the ICSID Convention regarding what qualifies as an investment in order to gain access to arbitration.

CONCLUSIONS

When considering either the withdrawal from or reform of the existing IIA framework to curb climate change, policymakers should be aware that both options entail a series of issues. The main issue both options share is the narrowing timeframe in which they could be implemented in order to meet the goals of the Paris Agreement.

Both options would be subject to a lengthy negotiation process, which would narrow the window in which they could be effectively implemented. It could be argued that a reform of the existing IIAs could seem a more moderate approach that would face less resistance considering the other non-environmental benefits that IIAs entail.

However, the lack of consensus as to how to reform existing IIAs to align them with the efforts to mitigate climate change could entail a longer execution process when

compared to an overall withdrawal. In other words, it could be argued that a withdrawal process involves delays in its negotiation whereas a reform process involves delays in its execution.

Similarly, such a reform approach would need to carefully tailor the specific climate mitigation provisions to be included under an IIA. Such clauses could vary depending on a country's specific circumstances. It is possible that generic environmental clauses could fail to achieve the desired environmental policies or be used in an arbitrary manner by respondent States.

On the other hand, a complete withdrawal from the IIA framework could also jeopardize the other benefits that such treaties provide. Removing investment protections would affect non-environment related investments along with investments that the Paris Agreement considers necessary to address climate change. The latter could hinder the developing countries' ability to access funding and technologies required to carry out climate change mitigation actions.

Accordingly, it is unclear whether either of these options could limit the increase of greenhouse emissions by 2025 or result in the required rate of decline by 2030 as per the Paris Agreement.

BIBLIOGRAPHY

- Anja Ipp, Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration (Kluwer Arbitration Blog, January 12, 2022), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.
- Anja Ipp, Annette Magnusson & Andrina Kjellgren, The Energy Charter Treaty, Climate Change and Clean Energy Transition: A Study of the Jurisprudence (Climate Change Counsel, 2022), https://www.climatechangecounsel.com/_files/ugd/f1e6f3_d184e02bff3d49ee8144328e6c45215f.pdf.
- C. Côté, 'A Chilling Effect? The Impact of International Investment Agreements on National Regulatory Autonomy in the Areas of Health, Safety and the Environment' (PhD thesis, London School of Economics, Feb. 2014), http://etheses.lse.ac.uk/897/8/Cote_A_Chilling_%20Effect.pdf.
- Center for International Environmental Law, The New Energy Charter Treaty in Light of the Climate Emergency (6 July 2022), <https://www.ciel.org/the-new-energy-charter-treaty-in-light-of-the-climate-emergency/#The%20ECT%E2%80%99s%20Climate%20Problem>.
- Energy Charter Secretariat, Public Communication Explaining the Main Changes Contained in the Agreement in Principle (24 June 2022), <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>.
- Energy Charter Treaty, <https://www.energychartertreaty.org/treaty/energy-charter-treaty/>.
- European Parliament resolution of 24 November 2022, Resolution on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP)) (2022), [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/2934\(RSP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/2934(RSP)).

-
- Jorge Guira and Maria Beatriz Burghetto, Are Investment Treaties “Zombies,” Unfit for Decarbonization Purpose? (Kluwer Arbitration Blog, August 1, 2022), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/08/01/are-investment-treaties-zombies-unfit-for-decarbonization-purpose/>.
- Kate Miles, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes,” *Climate Law* 1 (2010), <https://doi.org/10.3233/CL-2010-004>.
- Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement,” *Transnational Environmental Law* 7, no. 2 (2018), <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.
- Kyla Tienhaara, Rachel Thrasher, B. Alexander Simmons & Kevin P. Gallagher, “Investor-state disputes threaten the global green energy transition,” *Science* 376, no. 6594 (2022), <https://doi.org/10.1126/science.abo4637>.
- Letter from the Secretary General of the International Energy Charter, SG/23/E0047 (Feb. 13, 2023).
- Madhav Mallya, India’s Race to the Bottom: Bilateral Investment Treaties and the New Draft Environmental Impact Assessment Notification (Oct. 9, 2020), <https://opiniojuris.org/2020/10/09/indias-race-to-the-bottom-bilateral-investment-treaties-and-the-new-draft-environmental-impact-assessment-notification/>.
- Markus Gehring and Marios Tokas, “Synergies and Approaches to Climate Change in International Investment Agreements,” *The Journal of World Investment & Trade* 23, 5-6 (2022), <https://doi.org/10.1163/22119000-12340270>.
- Martin Dietrich Brauch, Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration (Columbia Center on Sustainable Investment [CCSI] Blog), <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/ccsi-oecd-climate-action-investment-governance-not-protection-isds.pdf>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, Investment Treaties and Climate Change | The Alignment of finance flows under the Paris Agreement| Background Note | (May 2022), <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecd-background-investment-treaties-finance-flow-alignment.pdf>.
- Paris Agreement, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.
- Republic of Colombia, Model Text for the Colombian Bilateral Investment Treaty (2017), Preamble, Recital 3 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6082/download>> accessed 22 February 2022 (Colombian Model BIT).
- Simon Foote, The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law (Kluwer Law International, 2021), <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-foote-2021-ch08?q=benefits+of+investment+treaties>.
- Stefan Newton, New Directions in International Investment Law: Towards Energy Transition (Kluwer Arbitration Blog, May 24, 2022), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/05/24/new-directions-in-international-investment-law-towards-energy-transition/>.
- T. Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron, May 2005).
- UNFCCC, “The Paris Agreement” (2022) <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>> accessed 20 February 2023.
- United Nations Conference for Trade and Development, Investment Policy Hub <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> accessed 1 March 2023.
- United Nations Conference on Trade and Development, International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation: Trends and Policy Developments | Publications | UNCTAD Investment

Policy Hub (2022), <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

United Nations Conference on Trade and Development, Treaty-based Investor-state Dispute Settlement Cases and Climate Action | IIA Issues Note, Issue 3 | UNCTAD Investment Policy Hub (September 2022), <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>.

United Nations Environment Programme, Emissions Gap Report 2021: The Heat Is On – A World of Climate Promises Not Yet Delivered – Executive Summary (Nairobi, 2021).

El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delito*

Carol Jiménez López**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 61-81

Resumen: Los árbitros, al igual que los jueces, deben trabajar para promover el estado de derecho. Sin embargo, esta labor se ve limitada cuando malas prácticas rozan el procedimiento arbitral. Cuando alegaciones de alteración de documentos, sobornos, fraude, legitimación de capitales y/o corrupción tocan la puerta del arbitraje, los intervinientes en este procedimiento, en particular los árbitros y las instituciones arbitrales deberán decidir si tomar un rol activo o un rol pasivo. El presente artículo analiza las opciones con las que cuentan los intervinientes del arbitraje en esa situación como esta, así como las limitaciones y las implicaciones de cada opción.

Palabras clave: Arbitraje, delito, facultad, deber, investigar, denunciar.

The role of arbitrators and arbitral institutions in case of evidence of the commission of crimes

Abstract: Arbitrators, like judges, must work to promote the rule of law. However, this work is limited when bad practices touch the arbitral procedure. When allegations of document alterations, bribery, fraud, money laundering and/or corruption knock on the arbitration door, the parties involved in this procedure, in particular the arbitrators and arbitral institutions, must decide whether to take an active or a passive role. This article analyzes the options available to arbitration participants in a situation like this, as well as the limitations and implications of each option.

Keywords: Arbitration, crime, power, duty, investigate, report.

Autora invitada

* Trabajo ganador del Concurso de Investigación sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos "Premio Rodger Farrell", 2022 organizado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM) y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Email: cjmz.14@gmail.com.

El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delito*

Carol Jiménez López**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 61-81

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN I. Potestades y funciones de los árbitros y las instituciones arbitrales. II. Rol de los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos. 1. Rol proactivo: Investigar. 2. Rol proactivo: Denunciar. 3. Rol pasivo. III. Consecuencias del rol asumido por los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos. IV. Recomendaciones. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Cada uno de los intervinientes del arbitraje puede jugar un papel importante cuando el proceso arbitral se tropieza con malas prácticas, entre ellas, la alteración de documentos, sobornos, fraudes, legitimación de capitales y/o corrupción.

En el arbitraje comercial, cuando existen contratos que encubren pagos corruptos, buscando dar una cobertura de legitimidad de los pagos o cuando existen contratos precedidos por actos delictivos, las alegaciones de corrupción acarrearán serios debates éticos y consecuencias¹, tales como, la nulidad del contrato que se trata –efectos materiales– o hasta la declaratoria de falta de jurisdicción del tribunal arbitral –efectos arbitrales–².

En el arbitraje de inversión, cuando el inversor ha incurrido en actos de corrupción o cuando el inversor se ha negado a hacer un pago corrupto a funcionarios del Estado y ello se denuncia, pueden verse afectados los aspectos de fondo de un arbitraje de ese tipo. En particular, algunos tribunales arbitrales han indicado que ciertos actos de corrupción pueden infringir los estándares de protección plasmados en los tratados de

* Trabajo ganador del Concurso de Investigación sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos "Premio Rodger Farrell", 2022 organizado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM) y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Email: cjmnz.14@gmail.com.

¹ Carol Jiménez López, "Límites al deber de confidencialidad de los árbitros", Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022, N° 6, 93.

² Para una comprensión global sobre los efectos de la corrupción en el arbitraje v. Fernando Sanquírigo Pittevil, "Corrupción: un problema más allá de la arbitralidad", Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2021, N° 4. 106-116.

inversión³. Los arbitrajes de inversión no operan en una especie de éter jurídico, aislados de la realidad. Por consiguiente, los tribunales arbitrales no pueden simplemente ignorar los temas más complicados o debatidos que se plantean frente a ellos⁴.

En los casos mencionados, los tribunales arbitrales tienen que lidiar con el desafío procesal de asegurar un arbitraje y resultados que sean justos mediante un proceso eficiente. Este desafío está rodeado de una serie de cuestionamientos éticos, en razón de que los intervinientes en el arbitraje deberán determinar cómo actuar y en razón de qué actúan.

El propósito de esta investigación es analizar las opciones que tienen los árbitros y las instituciones arbitrales cuando se presume de la comisión de actos delictivos en el procedimiento arbitral o en la relación jurídica que se reclame en dicho procedimiento y las implicaciones de estas opciones. Este trabajo analiza la función que tienen especialmente las instituciones arbitrales y los árbitros a la hora de enfrentarse a ilegalidades dentro del procedimiento arbitral, ya sea por haber sido alegada por las partes o por haberlas hallado propiamente.

I. Potestades y funciones de los árbitros y las instituciones arbitrales

El arbitraje es un servicio prestado para las partes que lo requieren y no para beneficio de los abogados ni de los árbitros⁵. En ese sentido, el árbitro es un servidor ocasional o transitorio que, una vez designado por las partes y en contraprestación por la remuneración pactada, acuerda oír y decidir una disputa, generalmente contractual⁶, dentro de un procedimiento contradictorio. A pesar de sus diferencias, tanto el juez como el árbitro tienen la función jurisdiccional de impartir o administrar justicia⁷.

El tribunal arbitral deriva sus poderes del acuerdo de las partes, la ley de arbitraje y/o las reglas de arbitraje. Incluso, de un rango de mayor jerarquía, podemos afirmar que los poderes de los árbitros devienen de una delegación constitucional⁸. Sin embargo, en la práctica, es poco probable que las partes⁹ establezcan un listado de atribuciones que posee cada tribunal arbitral una vez constituido. Por lo tanto, las leyes y las normas

³ Joe Tirado y Alejandro I. García, "Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 21/2014, 74.

⁴ Jiménez López, "Límites al deber de confidencialidad de los árbitros", 9-10.

⁵ Osvaldo J. Marzorati, "El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* N° 3, 2014, 28.

⁶ Marzorati, "El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño", 27.

⁷ Marzorati, "El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño", 37.

⁸ V. Eugenio Hernández-Bretón, *Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental*, en *Arbitraje comercial interno e internacional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005. V. Victor H. Guerra, "¿La constitucionalización del arbitraje?", *Revista MARC*, 3era edición, 2022.

⁹ Domitille Baizeau & Tessa Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte*. *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, 19, (2017), 238. [Traducción libre].

aplicables son las que brindan la verdadera base para tal capacidad. Indistintamente, lo cierto es que los árbitros están dotados de amplios poderes jurisdiccionales, y pueden -y deben- usar tales atribuciones para ajustarse a la infinidad de situaciones que pueden surgir¹⁰ en el desarrollo del proceso.

Debemos recordar que una de las facultades relevantes del tribunal arbitral es que está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje¹¹. Además, salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral normalmente está facultado para dirigir el procedimiento arbitral en el modo que considere apropiado y determinar la admisibilidad, pertinencia, materialidad y valor de las pruebas¹², siempre garantizando y respetando el derecho al debido proceso de las partes¹³.

Las facultades de los tribunales arbitrales se pueden extender, por ejemplo, a que éste podrá "invitar a las partes a que presenten documentos u otras pruebas", así como "visitar el lugar de la controversia y realizar allí las investigaciones que considere apropiadas"¹⁴. De tal manera, es claro que no solo los árbitros están encargados de tomar decisiones ejecutorias sino que poseen una gama de facultades y funciones en el marco de la promoción y respecto de la justicia y las buenas costumbres.

Ahora bien, respecto de las instituciones arbitrales, algunos reglamentos y jurisdicciones limitan sus funciones a administrar los casos y velar por el cumplimiento de

¹⁰ Tirado y García, "Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados", 91.

¹¹ V. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, artículo 16.

¹² V. José P. Barnola Jr. y Carol Jiménez López, "Aspectos Prácticos de la Primera Audiencia de Organización del Procedimiento Arbitral", Principia No. 6, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, abril 22, 2022, 31; CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, Nueva York, 2008), art. 19; CCI, Reglamento de Arbitraje, art. 19; CNUDMI, Reglas de Arbitraje (Nueva York, 2014), <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>, art. 15(1) ("Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case."); Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos (Diario Oficial de la Federación del 28.3.18), art. 1435 ("Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de justar el tribunal en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado...") No existe una norma similar en la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, pero podría considerarse que esa facultad está implícita en el acuerdo arbitral. V. también CNUDMI, Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016), cit., p. 2; Martín Virgilio Bravo Peralta, Manual de Derecho Arbitral (Editorial Porrúa, México, 2015), 151 y Robert Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (Arbitration International, Vol. 22, No. 3, London Court of International Arbitration, 2006), 408.

¹³ Gary B. Born, International Arbitration. Law and Practice (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016), 158-60; v. José Pedro Barnola Quintero, "El respeto a la Igualdad de las Partes y al Derecho a la Defensa", El Arbitraje en Venezuela. Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, Centro Arbitral de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, Coordinadores Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M., Caracas, 2013), 316-7 ("No olvidemos que el árbitro, como ente que ejerce la función jurisdiccional, al igual que el juez, es garante del acceso al arbitraje, de todas las manifestaciones del derecho de defensa y del principio de igualdad procesal, en todo el transcurso del procedimiento arbitral, hasta su conclusión con la publicación del Laudo o la de sus aclaratorias o ampliaciones").

¹⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados "Convenio CIADI", 1965, artículo 43.

las normas procedimentales¹⁵. Otros confieren a los centros de arbitraje la facultad de aceptar o rechazar la solicitud de arbitraje. Tal facultad se limita a revisar *prima facie* la existencia de un convenio arbitral que designe expresamente a la institución arbitral en cuestión¹⁶. Sin embargo, la evolución de las controversias ha sido tal que consideramos que los centros de arbitraje también tienen una serie de atribuciones que van más allá de administrar los procesos. Es tarea de las instituciones arbitrales ayudar a los tribunales arbitrales a proteger la integridad del arbitraje mismo.

Los centros de arbitraje son tan buenos como los arbitrajes que vigilan y administran. Serán buenos también en la medida que sus reglas éticas sean rigurosas y sobre todo se cumplan y los árbitros las observen, ya que la existencia de buenos árbitros habla de las bondades de los procedimientos de selección del centro de arbitraje¹⁷. Así vemos la correlación entre los centros de arbitraje y los árbitros, la cual será importante para enfrentar cualquier situación que se presente durante el proceso arbitral. La forma en la que los intervinientes del arbitraje enfrenten algunas situaciones será determinante para alcanzar la integridad del proceso.

II. Rol de los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos

Entendiendo las potestades que tienen los árbitros y las instituciones arbitrales es necesario revisar qué pueden hacer ellos a la hora que una de las partes alegue la existencia de delitos relacionados con la relación jurídica objeto de la controversia o los mismos intervinientes presuman que existen tales delitos. Los árbitros especialmente –pero no exclusivamente– decidirán si asumen un papel activo o pasivo¹⁸ en esas situaciones.

Los hechos al margen de la ley que se presentan en el arbitraje, como la alteración de documentos, sobornos, fraudes, legitimación de capitales y/o corrupción, están incluidos como delitos de orden público internacional y así son reconocidos por la comunidad arbitral¹⁹. En ese sentido, la pregunta que cabe es ¿tienen los árbitros una obligación hacia las partes o un deber de aplicar la ley y el estado de derecho internacional?²⁰

¹⁵ E.g. La Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002 de la Corte Constitucional colombiana declaró que los centros de arbitraje única y exclusivamente prestan funciones logísticas y administrativas; esto permite que los tribunales de arbitramento puedan desarrollarse de una manera más ágil. No tienen en ningún momento una función jurisdiccional, es únicamente logística y administrativa.

¹⁶ José María Chillón y José Fernando Merino, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

¹⁷ Marzorati, 30-31.

¹⁸ V. Iman Mirzazadeh, "Addressing Corruption in International Arbitration: The approach of Arbitrators When They Confronted with Cases Involving Allegation or Suspicion of Corruption: Eyes shut or Pro-Active" (Magister, Tesis, Universidad de Uppsala, 2020), 16.

¹⁹ Mirzazadeh, 16.

²⁰ Mirzazadeh, 16.

1. Rol proactivo – Investigar

El artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York²¹ responde en cierta manera a la pregunta anterior. El tribunal de ejecución puede rechazar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, cuando el tribunal determine que el reconocimiento y la ejecución serían contrarios al orden público de ese Estado, por lo que los árbitros tienen el deber de reconocer y ejercer el estado de derecho internacional²².

En virtud del deber de los árbitros de dictar un laudo ejecutable, derivado del mismo artículo V de la Convención de Nueva York, se acepta que el tribunal arbitral tiene autorización para plantear cuestiones relativas a la política pública transnacional por iniciativa propia, y se ha afirmado que los árbitros tienen responsabilidad por las perspectivas morales y éticas²³ dentro del proceso. Desde una perspectiva moral y política, se ha sostenido que los árbitros tienen una “responsabilidad pública en la administración de justicia”, que va de la mano con la autonomía²⁴ como medio de resolución de conflictos que les otorgan los Estados.

Los tribunales arbitrales deben utilizar sus poderes para resolver de la forma más adecuada en las circunstancias del caso concreto las alegaciones de comisión de delitos. En particular, dichos poderes dan la flexibilidad necesaria a un tribunal arbitral para valorar de la forma más adecuada, a la luz de las circunstancias del caso, las pruebas²⁵ o los indicios que tengan sobre los hechos que se trate.

Ejemplos de estos poderes flexibles se encuentran en el artículo 25 de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que establece que el “tribunal procederá dentro del menor tiempo posible para establecer los hechos del caso por todos los medios apropiados.”²⁶ Por su parte, el artículo 43 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 34 de dicho Centro determinan la autoridad del tribunal para ordenar a las partes que proporcionen evidencia incluyendo documentos, testigos o expertos, el tribunal puede visitar la escena relacionada con el caso y disputar o ejercer cualquier investigación que el tribunal considere conveniente²⁷.

²¹ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958.

²² Mirzazadeh, 16.

²³ Domitille Baizeau & Tessa Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte*. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, 19, Kluwer Law International, 2017, 235-39, https://www.lalive.law/data/publications/Duty_and_Power_to_Address_Corruption.pdf,

²⁴ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 234.

²⁵ Tirado y García, 91. V. Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán, caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 04 de octubre de 2013, ?, en el cual el tribunal encontró que la contraprestación que había pagado la inversionista por los servicios de consultoría era desproporcionada. Por lo tanto, con base en la situación sospechosa, el tribunal realizó investigaciones de oficio en las que las partes debían proporcionar pruebas apropiadas según el artículo 43(1) del Convenio del CIADI.

²⁶ Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, 2021.

²⁷ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, 2006.

Por otra parte, las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), que siguen la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, establecen que el tribunal puede realizar investigaciones sobre cuestiones de derecho después de dar a las partes una oportunidad razonable para responderlas²⁸.

Así, por ejemplo, en un supuesto caso donde se alegue soborno o corrupción, el árbitro puede ver, en que tanto contamina al contrato el pago indebido analizando todo lo que se encuentre a su alcance e incluso requerir de las partes información o documentación adicional. En ese sentido, Tirado y García señalan que:

... en cumplimiento de su rol, los árbitros deberían considerar y evaluar, en las circunstancias del caso concreto, si tienen el deber de investigar alegaciones de corrupción o de denunciar indicios de corrupción a las autoridades competentes. Asimismo, deberían tener en cuenta las investigaciones gubernamentales de presunta corrupción y evaluar las pruebas obtenidas al seno de las mismas. Del mismo modo, los tribunales arbitrales deberían decidir qué medidas serían necesarias para proteger la información confidencial relacionada con investigaciones de corrupción²⁹.

Tomar las medidas para proteger la información confidencial es realmente importante en aras de cumplir con las instituciones del arbitraje en la medida de las posibilidades³⁰, empero a esto, existe el peligro de considerar la confidencialidad como un instrumento que sirva para ocultar decisiones incorrectas, o carentes de ética, por parte de los árbitros, o ignorantes de los principios de base del desarrollo del proceso arbitral³¹.

Por ello es que somos partidarios que el deber de actuar frente a la presunción de la comisión de un delito no puede ser solapado por la confidencialidad como principio dentro del arbitraje. Asimismo, el alegato hecho por la parte o las partes no puede ser ignorado con base en la autonomía de las partes y/o el acuerdo de arbitraje suscrito³². Sin embargo, el hecho de que no pueda ignorarse un alegato de tal magnitud no quiere decir que cualquier invocación a la ligera de la comisión de un delito deba ser atendida inmediatamente por el tribunal arbitral. Por el contrario, el tribunal debe desestimar las alegaciones que se afirmen sin pruebas claras, bases legales y fácticas³³. El tribunal debe incluso discernir muy bien si el alegato no se trata de una táctica dilatoria de la parte para postergar el cumplimiento de las obligaciones contractuales³⁴.

²⁸ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 238.

²⁹ Tirado y García, 90.

³⁰ V. Bernardo Cremades & David Cairns, "Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators", *Dispute Resolution Journal*, 2003, 83.

³¹ José Carlos Fernández Rozas, "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad", *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2009, Vol. II, Nº 2, 347.

³² V. Ibironke T. Odumosu, "Reclamaciones de corrupción y arbitraje de inversiones internacionales: un análisis de *World Duty Free c. Kenia*", *The Law and Development Review*, 2011, 93.

³³ V. Thomas Kendra & Anna Bonini, *Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?*, *Journal of International Arbitration*, 2014, 31(4), 439-453.

³⁴ Bernardo Cremades & David Cairns, "Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators", *Dispute Resolution Journal*, 2003, 83.

Ahora bien, siendo que no es controvertido que un tribunal arbitral tenga derecho a plantear cuestiones de derecho por iniciativa propia en relación con la política pública y la legalidad del contrato³⁵, si el tribunal opina que debe investigar, ya sea porque ha visto la comisión del hecho delictivo como un problema legal o porque considera que requiere pruebas fácticas adicionales³⁶, existen varias limitaciones a las que se enfrenta. La más obvia es asegurar que no exceda su mandato, de manera que “la acusación [de un delito] debe ser determinante de los reclamos legales en cuestión”³⁷. Los tribunales deben considerar cuidadosamente el alcance de su mandato en relación con estos presuntos hechos y el impacto que tales puedan tener en la ejecutoriedad de un laudo³⁸.

A su vez, el tribunal arbitral, en aras del debido proceso, debe informar a la parte sospechosa de la comisión de un delito sobre las pruebas que se han obtenido en su contra y otorgarle suficientes oportunidades para evaluar las pruebas y dar su respuesta sobre ellas³⁹. Cuando una de las partes es la que acusa a la otra, el tribunal también debe procurar mantener la imparcialidad en el proceso⁴⁰. Así pues, la acción del tribunal arbitral tampoco debe verse como una infracción de las preocupaciones del debido proceso, lo que garantiza la igualdad de trato, la imparcialidad y el derecho a ser escuchado.

Aunque la tarea del tribunal arbitral será simplemente determinar la validez de la demanda que se le presenta en virtud de un contrato o tratado en particular a la luz de las leyes y normas aplicables, incluido el orden público, existen limitaciones prácticas en una investigación de la comisión de delitos iniciada por cuenta propia, tal como que el tribunal carece de poderes policiales que lo ayudarían a recopilar pruebas⁴¹. Las investigaciones consumen recursos, tiempo y dinero⁴² y aun así pueden no conducir a la certeza⁴³. Por ello, es posible evaluar otra opción de proactividad.

2. Rol proactivo – Denunciar

Queda claro que los tribunales arbitrales pueden investigar cuando reciban alegatos de existencia de delitos en el proceso arbitral o de oficio cuando presuman de la comisión de algún hecho de ese tipo en virtud de lo que muestran las pruebas. Si estas

³⁵ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 238.

³⁶ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 238.

³⁷ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 244.

³⁸ Mauricio Gomm Santos y Katherine Alena Sanoja, *Corruption in International Arbitration: Evidentiary Challenges*, CAMESP - Camara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina, agosto 2020, 19-20, <http://www.camesc.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Corruption-in-Intl-Arbitration-Evidentiary-Challenges-1.pdf>.

³⁹ Cremades & Cairns, “Corruption, international Public Policy...”, 83.

⁴⁰ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 245.

⁴¹ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 248.

⁴² Santos y Sanoja, *Corruption in International Arbitration...*, 20.

⁴³ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 247.

investigaciones no fueran suficientes o fueran de difícil realización, el cuestionamiento radica en si los árbitros y las instituciones arbitrales deben y pueden acudir a las autoridades estatales competentes para apoyarse o bien encargar por completo la labor a dichas autoridades.

Lo anterior es un tema controvertido. Algunos consideran que tal obligación sería totalmente incompatible con el carácter privado de la misión arbitral y la confianza que las partes depositan en los árbitros⁴⁴, siendo que además eso tropezaría con el principio de confidencial que reina en el arbitraje. Otra parte de la comunidad arbitral sostiene lo contrario, refiriendo que los árbitros tienen deberes con la comunidad internacional más allá de sus responsabilidades frente a las partes⁴⁵ y que tales alegatos de la comisión de delitos están estrechamente relacionados con el orden público.

La ley que puede regir para este deber de divulgación no se encuentra definida por la doctrina. Por un lado, se apunta a que la respuesta se encuentra en la ley a la que están sujetos personalmente cada uno de los miembros del tribunal arbitral⁴⁶ y/o de la institución arbitral que administre el caso. Otra ley que posiblemente rija el deber de un árbitro de denunciar la comisión de delitos es la ley de la sede del arbitraje⁴⁷, en virtud de que el árbitro está obligado a producir un laudo válido y ejecutable. Otra opción puede ser la ley del lugar de la comisión del delito. El tribunal también puede considerar las leyes imperativas del lugar de cumplimiento, como la ley más estrechamente relacionada con el contrato que se discute en la controversia⁴⁸. Por no ser objeto del presente análisis, no ahondaremos en cuál de estas leyes es la más acertada, pero veremos a continuación a lo que apuntan algunas legislaciones.

En jurisdicciones como Estados Unidos, Reino Unido y Suiza no se encuentra el deber de denunciar ante las autoridades estatales competentes sospechas o incluso pruebas evidentes de la comisión de sobornos, corrupción o delitos similares⁴⁹. En otras latitudes, como Vietnam y Sudáfrica, tal obligación se impone únicamente a quienes son personas con autoridad⁵⁰.

Singapur representa una legislación particular, al indicar que toda persona deberá divulgar el conocimiento o sospecha de "que cualquier propiedad representa el producto de, o fue utilizada en relación con, o tiene la intención de ser utilizada en relación con

⁴⁴ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 236.

⁴⁵ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 236; y V. Thomas K. SPRANGE QC, "Corruption in Arbitration: Sua Sponte Investigations – Duty to Report" in Domitille BAIZEAU and Richard H. KREINDLER, eds., *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, 2015.

⁴⁶ V. Swee Yen Koh, *Duty or Right of Arbitrators to Report Suspicion of Corruption to Authorities?*, in Andrea Meier and Christian Oetiker (eds), *Arbitration and Corruption, ASA Special Series, Volume 47, Kluwer Law International*, 2021, 89.

⁴⁷ Swee Yen Koh, 91.

⁴⁸ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 236.

⁴⁹ Swee Yen Koh, 89.

⁵⁰ Swee Yen Koh, 90.

cualquier acto que constituya una conducta delictiva⁵¹-en este caso, corrupción o lavado de dinero-. Sin embargo, si el árbitro que ha obtenido tal conocimiento en el ejercicio de sus funciones no lo revela, ello no representa un delito⁵². Incluso si divulga la información que posee de buena fe, no será responsable ante la ley de ninguna "pérdida" que surja de esta divulgación⁵³. En ese sentido, entendemos que no podrá atribuírsele responsabilidad alguna por violación al principio de confidencialidad en el procedimiento arbitral⁵⁴.

En el caso de Venezuela, existe la potestad de manera genérica que cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible lo denuncie ante los organismos competentes⁵⁵. Y sólo existe la obligación de denunciar para los particulares cuando su omisión sea sancionable, para los funcionarios públicos cuando en el ejercicio de sus funciones tuvieron conocimiento de algún hecho punible de acción pública y para los médicos y demás profesionales de la salud en casos específicos del ejercicio de su profesión⁵⁶.

Bajo esta norma no puede inferirse que los intervinientes en el arbitraje tengan el deber de denunciar la presunción de un hecho punible del cual hayan tenido conocimiento en el marco de un procedimiento arbitral. Sin embargo, al revisar la Ley contra la Corrupción venezolana encontramos que su objeto es, entre otras cosas, "tipificar (...) los delitos cometidos contra el patrimonio público y la administración de justicia"⁵⁷. A su vez, entre los principios que propone la ley para prevenir la corrupción y salvaguardar el patrimonio público, se encuentra un deber de denunciar la comisión de hechos sancionados por la misma ley para "los ciudadanos y las organizaciones de base del poder popular"⁵⁸.

En ese sentido, debemos traer a colación que el arbitraje se encuentra reconocido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dentro del Capítulo III: "Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia", específicamente en el artículo 253 cuyo primer aparte reza "La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos

⁵¹ The Statutes of the Republic of Singapore, Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act ("CDSA"), Act 1992, amended December 1, 2021, section 45, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CDTOSCCBA1992>. [Traducción libre].

⁵² V. Swee Yen Koh, 90 y Corruption, Drug Trafficking and Others Serious Crimes, section 45(5)(c).

⁵³ Swee Yen Koh, 90.

⁵⁴ V. la International Bar Association (IBA), quien reconoce el principio de confidencialidad que debe tener el abogado "salvo que lo contrario sea permitido o requerido por la ley y/o por reglas de conducta profesional aplicables", International Bar Association, Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA, adoptados el 28 de mayo de 2011, principio general 4, 21.

⁵⁵ Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (Gaceta Oficial N°6.444 Ext. del 17 de septiembre de 2021), artículo 267.

⁵⁶ Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, artículo 269.

⁵⁷ Ley de Reforma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción (Gaceta Oficial N°6.699 Extraordinario del 02 de mayo de 2022)

⁵⁸ Ley de Reforma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción, artículo 11.

y ciudadanas⁵⁹ y que continúa diciendo que los medios alternativos de justicia conforman el sistema de justicia. Esto es, que el arbitraje, al igual que los demás medios de resolución de controversias representa una forma de impartir justicia en Venezuela. Al respecto, expresa Victor Hugo Guerra:

en Colombia y Venezuela, más que un “derecho al arbitraje”, o a los “medios alternativos”, como derecho fundamental, lo que existe es una conexión de éstos al “derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”, consagrado respectivamente en los artículos 229 y 26 de las Constituciones colombiana y venezolana. Por lo tanto, el arbitraje y los mecanismos alternativos constituyen un medio para materializar tal derecho.⁶⁰

Por lo anterior y entendiendo que los árbitros son administradores de justicia y forman parte del sistema de justicia en el país comentado podemos inferir que la ley especial contra la corrupción les es aplicable y en consecuencia, tienen un deber de denunciar ante las autoridades competentes si tuvieran conocimiento de la comisión de algún delito de los dispuestos en dicha ley. Empero a esto, no existe ninguna sanación expresa por el hecho de no hacerlo.

Más allá de lo que se debe o se puede hacer individualmente, es necesario recordar que en el caso de arbitrajes institucionales, el tribunal también puede acudir a la institución arbitral para obtener asesoramiento práctico sobre el tratamiento de sospechas de corrupción. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, por ejemplo, ha informado que “en varias ocasiones, los árbitros le han pedido que comparta su experiencia de casos en los que se ha[n] cuestionado [delitos] y discuta las prácticas seguidas cuando se ha enfrentado con tales problemas”. La profunda experiencia institucional de tales organizaciones puede proporcionar una guía útil⁶¹.

Al respecto se ha pronunciado Stephan Wilske categóricamente indicando que “las instituciones arbitrales deben realizar más acciones concretas. Si no haces nada, si simplemente te escabulles, en algún momento vendrá una regulación real, una regulación estatal realmente dura.” Insta a no esconderse “detrás del dogmatismo y las palabras de moda como confidencialidad, autonomía de las partes y regulación excesiva; estos son todas excusas”⁶².

Tal como están las cosas, no nos atrevemos a dar una respuesta cerrada a si existe o no un deber evidente de denunciar la comisión de delitos en el arbitraje. La respuesta dependerá de la ley que se escoja el tribunal arbitral para analizar su propio deber de denunciar o informar a las autoridades competentes.

⁵⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009)

⁶⁰ Victor H. Guerra, ¿La constitucionalización del arbitraje?, Revista MARC, 3era edición, 2022, 25.

⁶¹ Baizeau & Hayes, The Arbitral Tribunal's Duty and Power..., 259.

⁶² Stephan Wilske, Is There a Need for Further Action and Initiatives by the Arbitration Community?, in Andrea Meier and Christian Oetiker (eds), Arbitration and Corruption, ASA Special Series, Volume 47, Kluwer Law International, 2021, 101. [Traducción libre].

3. Rol pasivo

Como hemos visto, asumir un rol dinámico frente a la comisión de actos delictivos puede representar una tarea muy laboriosa para las instituciones y tribunales arbitrales, con el riesgo de exceder el mandato del tribunal e incurrir en *ultra petita*⁶³. Por ello o porque sencillamente aun muchos árbitros consideran inapropiado buscar evidencia o sacar conclusiones más allá de lo que las partes han presentado⁶⁴, es posible que algunos opten por asumir un rol pasivo.

Sin embargo, una de las principales preocupaciones éticas y legales al no abordar las sospechas fuertes de la comisión de delitos es que el tribunal corre el riesgo de convertirse en cómplice de las malas acciones de las partes⁶⁵.

En algunos casos, cuando las partes solicitan la aprobación del tribunal de un acuerdo sospechoso con miras a legitimar alguna práctica delictiva, el tribunal tiene discrecionalidad para rechazar tal solicitud de homologar un acuerdo entre las partes⁶⁶. Los árbitros también pueden renunciar para evitar convertirse en cómplices de los procedimientos falsos de las partes⁶⁷. Hay autores que señalan que si el árbitro no se puede pronunciar, debería renunciar pero en ningún momento darle efecto a lo que está ocurriendo⁶⁸.

Por otro lado, ignorar o dejar trascender hechos de corrupción por parte del tribunal arbitral puede conllevar a nulidad del laudo por contravención del orden público⁶⁹, tal como lo veremos más adelante. La jurisprudencia y la doctrina comparadas se han inclinado por interpretar la causal referida⁷⁰ de manera restrictiva, analizando únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorada o delitos intolerables por parte del tribunal arbitral⁷¹.

En la mayoría de los casos, sin embargo, retirarse no es una respuesta deseable; el tribunal haría mejor en investigar el hecho delictivo lo mejor que pueda y dictar un laudo sobre esa base⁷².

⁶³ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 244.

⁶⁴ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 262.

⁶⁵ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 235.

⁶⁶ Mirzazadeh, 26.

⁶⁷ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 235.

⁶⁸ *Miradas Cruzadas | Panel III, Canal Arbitragem*, intervención de Pedro Jedlicka, Youtube, transmitido el 21 de julio de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=7cThsxD2jLE>.

⁶⁹ Jiménez López, 95.

⁷⁰ V. Convención de Nueva York, artículo V(2)(b).

⁷¹ Jiménez López, 95.

⁷² Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 235.

III. Consecuencias del rol asumido por los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos

En 1963 se presenció la renuencia de un árbitro a resolver una disputa relacionada con hechos delictivos en un caso CCI⁷³. El árbitro único Gunnar Lagergren asumió un rol pasivo frente a esta situación y concluyó que el soborno involucrado en el caso resultó en la no arbitrabilidad de la disputa⁷⁴.

En ese sentido, en el arbitraje comercial anteriormente lo que se trataba era atacar la jurisdicción sobre las controversias. Esto ya está superado en virtud de los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad. Esto lo explicó el primer Laudo Interino dictado en el Caso ICC No 4145. En ese caso, aunque el demandado impugnó la jurisdicción del tribunal arbitral porque el “acuerdo era inmoral *per se* y su objeto era ilícito”, el tribunal resolvió que “la validez o nulidad del contrato principal, por razones de orden público, ilegalidad o de otro tipo, es de fondo y no de jurisdicción, debiendo considerarse separadamente la validez de la cláusula compromisoria de la validez del contrato principal”⁷⁵.

Ahora se trata de una discusión de mérito⁷⁶, considerándose la resolución de la presunta comisión de delitos como asuntos arbitrables⁷⁷. En ese aspecto, Sanquérico Pittevil explica que “la línea que establece la arbitrabilidad de la disputa no está determinada por el hecho calificado como [delito], sino [que] lo que establecerá la arbitrabilidad de la disputa será el negocio o relación jurídica debatida”⁷⁸. De esta manera, actualmente el tribunal arbitral deberá resolver el problema de la existencia de un hecho delictivo y los efectos que pueda tener este hecho dentro de la relación o negocio jurídico determinado objeto de la controversia tratada⁷⁹.

En el arbitraje de inversión la discusión es distinta y se centra más en la legalidad de la inversión, en virtud de que la comisión de delitos puede afectar el consentimiento de arbitrar⁸⁰. Este requisito de legalidad puede ser analizado en la fase jurisdiccional, o

⁷³ Caso CCI N° 1110, Laudo, 1963, Anuario Com. Arb'n XXI (1996).

⁷⁴ V. Santos y Sanoja, *Corruption in International Arbitration...*, 17-18.

⁷⁵ Richard Kraindler & Francesca Gesualdi, *The Civil Law Consequences of Corruption under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Anlysis in Light of International Arbitration Practice*, in Michael Bonell & Olaf Meyer (Eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, vol. 11, 2015, 398-399.

⁷⁶ Miradas Cruzadas | Panel III, Canal Arbitragem, intervención de Pedro Jedlicka, Youtube, transmitido el 21 de julio de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=7cThsxD2jLE>.

⁷⁷ Mónica Jiménez y Andrea Saldarriaga, “Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2010, 139, https://iea.ec/pdfs/2010/Art_Monica_Jimenez.pdf; V. Emmanuel Gaillard y John Savage (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 355 en referencia al derecho suizo que ha concluido que: “[a] pesar de los requisitos del orden público suizo sobre este asunto, parece que los tribunales arbitrales generalmente admiten actualmente la arbitrabilidad de disputas que envuelven alegaciones de corrupción...” [Traducción de Mónica Jiménez y Andrea Saldarriaga].

⁷⁸ Sanquérico Pittevil, “Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad”, 110.

⁷⁹ Sanquérico Pittevil, “Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad”, 110.

⁸⁰ Miradas Cruzadas | Panel III, Canal Arbitragem, intervención de Pedro Jedlicka, Youtube, transmitido el 21 de julio de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=7cThsxD2jLE>.

en la fase de méritos y afecta tanto a las inversiones que fueron obtenidas de manera fraudulenta o corrupta, como a las inversiones que, en su establecimiento o adquisición, omitieron cumplir con importantes requerimientos impuestos por la ley nacional⁸¹, en el segundo caso no necesariamente se trata de una inversión delictuosa, sencillamente no cumple los parámetros de la ley del Estado anfitrión para tener una inversión legal. Se dice que la parte que usa la defensa de la ilegalidad siempre queda en una posición mejor y se beneficia finalmente del esquema de corrupción en el cual participó⁸².

El tribunal arbitral debe evaluar primero el tipo y el grado de violación de la ley cometida por el inversionista; y segundo, el tribunal debe evaluar la relación entre la conducta indebida del inversionista y la conducta del Estado en relación con la presunta comisión del delito y el tratamiento posterior de dicha infracción⁸³.

Así, se ha señalado que cuando se pruebe que los contratos se han obtenido, por ejemplo, mediante la corrupción, son nulos e inaplicables⁸⁴. En el caso *Niko Resources Ltd. v. Bangladesh y otros*⁸⁵, el tribunal distinguió entre el contrato celebrado por corrupción y el contrato adquirido por corrupción. El primero es nulo de pleno derecho y el segundo sería anulable⁸⁶.

El caso *World Duty Free Company Limited v. la República de Kenia*⁸⁷ fue el primer arbitraje de inversión CIADI donde el tribunal arbitral declaró su incompetencia para conocer la controversia por violación del orden público internacional,⁸⁸ en virtud de que el inversionista admitió haber pagado un soborno al presidente del Estado receptor de la inversión.

⁸¹ José Álvarez Zárate, Federico Suárez Ricaurte & Maciej Zenkiewicz, Definición de inversión en José Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz (eds.), *Derecho Internacional de las Inversiones desarrollo actual de normas y principios*, Universidad Externado de Colombia, 225, <https://publicaciones.uexternado.edu.co/media/hipertexto/pdf/el-derecho-internacional-de-las-inversiones.pdf> y v. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo, 29 de abril de 2004, en el cual el estado anfitrión objetó la jurisdicción del tribunal arbitral debido a la incompatibilidad de la inversión con las leyes y reglamentos del estado receptor.

⁸² Isabella Cannatà, "Reporte Evento CEA Nápoles", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31/2018, 106.

⁸³ Mariano de Alba, *Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration*, *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 12, N° 1, 2015, 326.

⁸⁴ Mirzazadeh, 16.

⁸⁵ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh y otros*, Casos CIADI No. ARB/10/11 y No. ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013.

⁸⁶ Kraindler & Gesualdi, 403.

⁸⁷ Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006.

⁸⁸ Christian Carbajas y Yolanda Mendoza, "El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción", *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 86, 2021 junio-noviembre, 120, <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n86/0251-3420-derecho-86-107.pdf>.

Finalmente, es necesario mencionar que aun si las acusaciones de la comisión de delito que hiciera una parte a otra no son aceptadas por el tribunal arbitral⁸⁹, una parte puede impugnar el laudo cuando surjan nuevas pruebas de corrupción o cuando nuevas evidencias sugieran que el laudo fue viciado por fraude⁹⁰, en razón de que laudo puede anularse o denegarse su ejecución por razones de orden público.

IV. Recomendaciones

Conforme a lo expuesto y entendiendo que es una tarea compleja para el tribunal arbitral tener que pronunciarse sobre la supuesta comisión de un delito, no para sancionarla como una conducta ilícita, sino para determinar la validez de las reclamaciones⁹¹ de la controversia, es recomendable que la comunidad arbitral tenga presente las siguientes acciones que se pueden tomar:

- A. Considerar la Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados de la IBA, especialmente la directriz hacia los colegios de abogados quienes “deberían estudiar en qué forma pueden guiar y prestar asistencia técnica a los abogados de su jurisdicción que deseen emprender acciones para combatir la corrupción”⁹².
- B. Diseñar programas de concientización sobre corrupción, lavado de dinero y delitos similares, con algunas pautas de supervivencia que describan qué hacer cuando se presente tales situaciones en el arbitraje. Los programas serían impartidos por instituciones arbitrales y dirigidos tanto a aspirantes a árbitro, quienes deberán tomar antes de ser designados⁹³, como al resto de los intervinientes en el procedimiento arbitral en general.
- C. Tomar en consideración las Directrices de la ICC sobre agentes, intermediarios y terceros, como guía útil para identificar relaciones sospechosas que pueden derivar en soborno⁹⁴. A pesar de estar destinadas a empresas que recurren a terceros, también inducen a todos los funcionarios públicos a abstenerse de cualquier forma de extorsión o solicitud dirigida a terceros. En tal sentido, se pueden extraer pautas propicias para los fines estudiados.

⁸⁹ E.g. Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. vs. La República Islámica de Pakistán, Caso del CIADI No. ARB/13/1, 22 de agosto de 2017, ¶506-517. En este caso Pakistán objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que el contrato había sido adjudicado a Karkey por medio de corrupción. En particular, argumentó que Karkey contrató su representante local para inducir a los funcionarios públicos a que le otorgaran el contrato a Karkey. La inversionista probó que los servicios de su representante eran admisibles y necesarios para comenzar su negocio en Pakistán. El tribunal concluyó que Pakistán no pudo demostrar la participación del representante “en nada que pudiera calificarse como corrupción”. [Traducción libre].

⁹⁰ Santos & Sanoja, *Corruption in International Arbitration...*, 16.

⁹¹ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal’s Duty and Power...*, 244.

⁹² V. International Bar Association, *Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados de la IBA*, adoptada el 25 de mayo de 2013, artículo 9. Orientación y asistencia técnica.

⁹³ V. Stephan Wilske, “International Arbitration and its Dark Sides, in particular Corruption What Arbitral Institutions Could and Should Do to Address Such Unwanted Problems”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 12, No. 2, 2019, 165.

⁹⁴ V. ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties, 4-5; Baizeau & Hayes, 249-250.

- D. Tomar en cuenta las cláusulas del último modelo de Tratado Bilateral de Inversión aprobado por India, en las que se aborda la lucha contra la corrupción. Se presenta un deber tanto para inversionistas como para empresas nacionales de incluir estándares de responsabilidad social asociados al tema de corrupción, y a su vez se expresa que los inversionistas no podrán someter a arbitraje controversias cuya inversión haya derivado de la comisión de algún delito⁹⁵.
- E. Instar a las partes a incluir reglas anticorrupción en sus acuerdos de arbitraje⁹⁶.
- F. Elaborar un instrumento de *soft law* que oriente especialmente a los árbitros y los miembros de instituciones arbitrales a la hora de responder ante estas situaciones. El mismo debería dirigir al establecimiento de entre otras, las siguientes ideas:
- Las causales por las cuales los miembros del tribunal arbitral pueden estar en curso de incumplimiento grave de sus responsabilidades;
 - Cómo se deben valorar los indicios y las pruebas relacionadas con la presunta comisión de actos delictivos;
 - Cuando deben los árbitros y/o la institución arbitral contactar a las autoridades competentes para informar de la presunción que tienen o lo alegado por las partes, o bien, para apoyarse en la investigación propia que se esté haciendo;
 - Si debe o no informársele a las partes intervinientes que se colocará en conocimiento a las autoridades competentes de los indicios y las pruebas presumen la comisión de un delito;
 - Si una vez resuelta la investigación de la comisión del presunto delito por parte de las autoridades competentes, debe el mismo tribunal arbitral designado conocer del asunto⁹⁷.

CONCLUSIONES

Con el crecimiento y la prevalencia de transacciones internacionales regidas por cláusulas de arbitraje, la corrupción, el lavado de dinero, el soborno, el fraude se han vuelto problemas transnacionales⁹⁸. Por ello, los tribunales y las instituciones arbitrales pueden y deben hacer su parte, siendo proactivos para combatir esos delitos⁹⁹.

⁹⁵ V. Ministerio de Finanzas, Departamento de Asuntos Económicos Modelo de texto de Tratado Bilateral de Inversión de India, artículos 12 y 13.5, https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf.

⁹⁶ Cfr. Mirzazadeh, 38-39.

⁹⁷ Carol Jiménez López, "Límites al deber de confidencialidad de los árbitros", 95.

⁹⁸ Santos y Sanoja, *Corruption in International Arbitration...*, 3.

⁹⁹ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 262.

La proactividad¹⁰⁰ podrá verse a través de investigaciones propias del tribunal arbitral y/o de la institución arbitral –ya sea porque el alegato ha sido traído por las partes o porque el tribunal ha evidenciado algo sospechoso-, o mediante la divulgación que realicen éstos a las autoridades estatales competentes a fines de solicitar apoyo o encargarles por completo la investigación.

Dentro de la labor investigativa propia, en líneas generales, los árbitros pueden tomar las siguientes medidas: (i) ordenar a las partes que proporcionen evidencias del hecho relevante o visitar la escena del conflicto; (ii) informar a la parte sospechosa de la documentación o de las pruebas halladas; (iii) dar a las partes una oportunidad y un tiempo considerable para responder a las investigaciones en su contra; (iv) analizar todo lo que se encuentre a su alcance respecto del supuesto hecho delictivo; y, (v) proteger la información confidencial del proceso.

La pasividad no es un rol recomendado para asumir en estas situaciones, siendo que delitos como los mencionados en el desarrollo de este trabajo, en especial la corrupción, son los principales impedimentos para el desarrollo sostenible y tienen un impacto negativo significativo en la productividad de todo país.

El deber de denunciar o divulgar la presunción de la comisión de un delito en un arbitraje se encuentra directamente relacionado con el principio de confidencialidad que tanto atrae a los usuarios al arbitraje. Sin embargo, su tratamiento varía en cada legislación. Asimismo, no existe unificación de criterio en cuanto a que ley debería regir para la determinación de este deber.

La concepción de inarbitrabilidad ya no encuentra sustento cuando estas situaciones delictivas se presentan en el proceso arbitral. La inejecutabilidad o anulación del laudo siguen siendo un temor para los árbitros tanto cuando deciden actuar, como cuando no lo hacen.

Por último, es evidente que hay muchas acciones que se pueden tomar para seguir en la lucha contra estos delitos y las malas prácticas en el arbitraje, sin importar el flanco en que nos encontremos.

¹⁰⁰ Para Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 252, el caso *Metal-Tech v. Uzbekistán* (caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 04 de octubre de 2013), sentó un precedente sorprendente de investigación fáctica de corrupción. Señalan que, con un tribunal menos proactivo, o menos dispuesto a conectar los puntos de la evidencia circunstancial, los acuerdos de consultoría incompletos del demandante bien podrían haber pasado desapercibidos y el resultado podría haber sido radicalmente diferente.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia C-1038 (Corte Constitucional, Colombia 25 de noviembre de 2002).
- ARB/00/7 (CIADI , 4 de octubre de 2006).
- Álvarez Zárate, José, Federico Suárez Ricaurte, y Maciej Zenkiewicz. «Definición de inversión.» En *Derecho Internacional de las Inversiones desarrollo actual de normas y principios*, de José Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz. Universidad del Externado de Colombia, s.f.
- Baizeau, Domitille, y Tessa Hayes. «Kluwer Law International.» *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*. 2017. https://www.lalive.law/data/publications/Duty_and_Power_to_Address_Corruption.pdf (último acceso: agosto de 2022).
- Barnola Quintero, José Pedro. «El respeto a la igualdad de las partes y al derecho a la defensa.» En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolana del Club Español del Arbitraje , 2013.
- Barnola, José P., y Carol Jiménez López. «Aspectos Prácticos de la Primera Audiencia de Organización del Procedimiento Arbitral.» *Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, n° 6 (2022): 29-46.
- Born, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2016.
- Cámara de Comercio Internacional . *Reglamento de Arbitraje*. 2021.
- Cámara de Comercio Internacional. *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties*. 2010.
- Cannatá, Isabella. «Reporte Evento CEA Nápoles.» *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 31 (2018).
- Carbajas, Christian, y Yolanda Mendoza. «El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción.» *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 86 (junio-noviembre 2021).
- «Caso CCI N° 1110, Laudo 1963.» *Anuario Com. Arb'n XXI* , 1996.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.» 1965.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. «Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.» 2006.
- Chillón, José María, y José Fernando Merino. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Civitas, 1991.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. «Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.» 1958.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional . *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. s.f. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (último acceso: julio de 2022).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 1958.
- Comisión de las Naciones Unidas sobre el Comercio Mercantil Internacional. «Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral .» 2016. (último acceso: julio de 2022).
- Cremades, Bernardo, y David Cairns. «Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators.» *Dispute Resolution Journal*, 2003.

- de Alba, Mariano. «Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration.» *Revista de Direito Internacional Brasilia* 12, n° 1 (2015).
- Federación, Diario Oficial de la, ed. *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*. 28 de marzo de 2018.
- Fernández Rozas, José Carlos. «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad.» *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* II, n° 2 (2009).
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal*. n° 6.444 Extraordinario. 17 de septiembre de 2021.
- . *Ley de Reforma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción*. n° 6.699 Extraordinario. 02 de mayo de 2022.
- . *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. n° 5.908 Extraordinario. 19 de febrero de 2009.
- Gaillard, Emmanuel, y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Traducido por Mónica Jiménez y Andrea Saldarriaga. Kluwer Law International, 1999.
- Gomm Santos, Mauricio, y Katherine Alena Sanoja. «Camara de arbitragem e Mediação de Santa Catarina.» *Corruption in International Arbitration: Evidentiary Challenges*. agosto de 2020. <http://www.camesc.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Corruption-in-Intl-Arbitration-Evidentiary-Challenges-1.pdf> (último acceso: agosto de 2022).
- Guerra, Victor H. «¿La constitucionalización del arbitraje?» *Revista MARC*, Edic. 3era (2022): 22-29.
- Hayes, Tessa, y Domitille Baizeau. *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*. Traducido por Libre. 2017.
- Hernández-Bretón, Eugenio. «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental.» En *Arbitraje Comercial interno e internacional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- International Bar Association. *Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados de la IBA*. 25 de mayo de 2013.
- . «International Bar Association.» *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA*. 28 de mayo de 2011. (último acceso: agosto de 2022).
- Jedlicka, Pedro. *Miradas Cruzadas*. Youtube. Prod. Arbitragem. 21 de julio de 2022.
- Jiménez López, Carol. «Límites al deber de confidencialidad de los árbitros.» *Principia, Revista del Centro de Investigaciones y Estudios de Resolución de Controversias*, n° 6 (2022): 83-96.
- Jiménez, Mónica, y Andrea Saldarriaga. «Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad.» *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2010.
- Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. vs. La República Islámica de Pakistán. ARB/13/1 (CIADI, 22 de agosto de 2017).
- Kendra, Thomas, y Anna Bonini. «Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?» *Journal of International Arbitration*, 2014: 439-453.
- Kraindler, Richard, y Francesca Gesualdi. *The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Analysis in Light of International Arbitration Practice*. Vol. 11, de *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, de Michael Bonell and Olaf Meyer. 2015.
- Marzorati, Osvaldo J. «El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño.» *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, n° 3 (2014): 28.

-
- Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*. ARB/10/3 (CIADI, 04 de octubre de 2013).
- Ministerio de Finanzas, Departamento de Asuntos Económicos. *Modelo de texto de Tratado Bilateral de Inversión de India*. s.f.
- Mirzazzadeh, Iman. *Addressing Corruption in International Arbitration: The approach of Arbitrators When They Confronted with Cases Involving Allegation or Suspicion of Corruption: Eyes shut or Pro-Active*. Recopilado por Universidad de Uppsala. 2020.
- Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh y otros*. ARB/10/11 y ARB/10/18 (CIADI, 19 de agosto de 2013).
- Odumosu, Ibrinke T. «Reclamaciones de corrupción y arbitraje de inversiones internacionales: un análisis de World Duty Free c. Kenia.» *The Law and Development Review*, 2011.
- Pietrowski, Robert. «Evidence in International Arbitration.» Editado por London Court of International Arbitration. *Arbitration International*, 2006.
- Sanquírigo Pittevil, Fernando. «Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad.» *Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, n° 4 (2021): 106-116.
- Sprange QC, Thomas K. «Corruption in Arbitration: Sua Sponte Investigations – Duty to Report.» En *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, de Domitille Baiseau and Richard H. Kreindler. 2015.
- The Statute of the Republic of Singapore. *Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act ("CDSA")*. Traducido por Libre. 1992.
- Tirado, Joe, y Alejandro I. García. «Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados.» *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 21 (2014): 74.
- Tokios Tokelés v. Ukraine*. ARB/02/18 (CIADI, 29 de abril de 2004).
- Virgilio, Martín, y Bravo Peralta. *Manual de Derecho Arbitral*. México: Porrúa, 2015.
- Wilske, Stephan. «International Arbitration and its Dark Sides, in particular Corruption What Arbitral Institutions Could and Should Do to Address Such Unwanted Problems.» *Contemporary Asia Arbitration Journal* 12, n° 2 (2019).
- Wilske, Stephan. *Is There a Need for Further Action and Initiatives by the Arbitration Community?* Vol. 47, de *Arbitration and Corruption, ASA Special Series*, de Andrea Meier and Christian Oetiker. Kluwer Law International, 2021.
- Yen Koh, Swee. *Duty or Right of Arbitrators to Report Suspicion of Corruption to Authorities?* Vol. 47, de *Arbitration and Corruption, ASA Special Series*, de Andrea Meier and Christian Oetiker. Kluwer Law international, 2021.

La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva

Daniel Pérez Pereda*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 83-92

Resumen: La profesionalización de la actividad deportiva ha llevado a convertirla en una de las industrias de entretenimiento que mayor crecimiento ha tenido en los últimos años, su desarrollo más allá de la generación de empleos y una importante comercialización, ha desarrollado una dinámica contractual en un área muy novedosa del derecho y que requiere que las consecuencias derivadas de sus contratos sean resueltas por profesionales especialistas en la materia para una correcta aplicación de la normativa que le es propia y que regula el funcionamiento de las distintas federaciones y asociaciones deportivas.

Palabras clave: deporte profesional, arbitraje, resolución de disputas.

The necessary implementation of arbitration in sports matters: The resolution of contractual disputes in football

Abstract: *The professionalization of sports activity has made it one of the entertainment industries with the greatest growth in recent years, its development beyond the generation of jobs and significant marketing, has developed contractual dynamics in a very new law and that requires that the consequences derived from their contracts be resolved by professionals specialized in the matter for a correct application of the regulations that are its own and that regulate the operation of the different sports federations and associations.*

Keywords: *professional sports, arbitration, dispute resolution.*

Autor invitado

* Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela y del Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro Fundador y Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email. dhpp1983@gmail.com

La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva

Daniel Pérez Pereda*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 83-92

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. Los principios del arbitraje deportivo. II. La normativa aplicable en materia deportiva. III. Características únicas del arbitraje deportivo
CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El mundo del deporte y su profesionalización han tenido un vasto crecimiento en las últimas décadas, lo cual ha hecho imperiosa la estructuración por parte de las federaciones deportivas internacionales y por parte de particulares de lo que podemos definir como el arbitraje deportivo, el cual es el medio, por excelencia, para resolver disputas relacionadas con el deporte, no solo derivadas de la práctica en sí de la actividad deportiva, sino también de las derivadas de las relaciones contractuales que se generan producto, principalmente, del desarrollo de un espectáculo deportivo que va más allá de la práctica de un deporte y que abarcan diversas ramas del derecho, siendo las más comunes las de índole laboral y mercantil.

La profesionalización del deporte conlleva a un sinnúmero de relaciones mercantiles que van desde la comercialización de los distintos espectáculos deportivos a través de medios de comunicación escrita y audiovisuales, así como en los derechos sobre el uso de imagen de organizaciones deportivas y atletas. En el plano laboral tenemos la configuración de relaciones contractuales que involucran al deportista profesional, no solo para la práctica de la especialidad deportiva que ejerce como su profesión, también para su participación en actividades contractualmente pactadas y que van desde actividades publicitarias hasta de responsabilidad social no solo con el equipo u organización deportiva que detenta sus derechos deportivos sino de las empresas e instituciones con las que éstos o el deportista mantienen vínculos contractuales.

La organización del deporte está regulada por una serie de normas propias dictadas en su mayoría por organizaciones deportivas internacionales, entre las que podemos destacar la FIFA, FIBA, MLB, y que tienen carácter vinculante para las federaciones

* Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela y del Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro Fundador y Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email. dhpp1983@gmail.com

nacionales que se afilian a éstas, debiendo sus estatutos estar en concordancia con dicha normativa, aunque prevaleciendo el principio de no contravención de las leyes nacionales de cada país en materias específicas, pero si aceptando la autonomía de la voluntad de las partes cuando no entren en conflicto con normas de orden público.

El deporte podría traducir un concepto que se separa de sus aspectos esenciales como parte del desarrollo físico, psicológico y espiritual de la persona que lo práctica, ya que cuando se introduce el elemento económico como objeto o finalidad, el deporte y la actividad deportiva se convierte en espectáculo y en un lucrativo negocio, por lo que debe tomarse como una actividad mercantil susceptible de ser privatizada. Lo cual precisa de una regulación y estructura a los fines de que el lucro que perciben las instituciones y organizaciones deportivas privadas, así como en la investigación y desarrollo deportivo, para que sea revertido en favor de la actividad y las investigaciones de los aportes tecnológicos le otorgan tanto al deporte como a las personas que la realizan.

En el presente artículo se exponen aspectos que destacan los elementos que deben componer un arbitraje, basado en los principios generales que lo regulan, así como la normativa aplicable en materia deportiva, y las características especiales que rigen en el arbitraje deportivo.

I. Los principios generales del arbitraje deportivo

Al igual que cualquier procedimiento arbitral, el arbitraje deportivo está regido por los mismos principios que deben a cualquier arbitraje. La ética en el procedimiento arbitral es la base en que debe sustentarse cualquier procedimiento, independientemente de su índole o naturaleza por lo que es de suponer que las partes que acuden a él lo hacen de manera voluntaria y en función de la seguridad que éste les genera, así como de los beneficios que debe ofrecer en contraposición a la burocracia judicial y a las ataduras y formas propias de los procesos judiciales.

El procedimiento debe estar basado en la confianza que tienen las partes en obtener rapidez en la resolución final de la controversia pero sin merma alguna de su calidad, motivo por el que se requiere árbitros especializados que conozcan en profundidad la materia objeto de su laudo, apliquen exclusivamente la normativa propia de la que es objeto la controversia y eviten hacer uso a través de la analogía de normas del derecho común que puedan desvirtuar la transparencia del proceso, pongan en duda la equidad del árbitro y del laudo que se dé como resultado de la controversia.

Uno de los principios más importantes en todo proceso arbitral es el principio de celeridad, ya que conlleva al deber de las partes a que de manera rigurosa respeten los lapsos procesales que previamente deben estar establecidos en el reglamento, estos lapsos deben operar de manera preclusiva y no deben bajo ninguna circunstancia ser relajados o modificados por el árbitro, ya que de hacerlo se estaría violentando el principio de igualdad, poniendo en ventaja a una de las partes frente a la otra, no reconocién-

dose así los mismos derechos y obligaciones ante lo que se constituiría con un vicio grave en el procedimiento y que puede dar lugar a la recusación del árbitro y nulidad del proceso.

Todos los intervinientes en un arbitraje prestarán la diligencia debida y procurarán de devolver, entregar o contestar a las cuestiones que se le planteen a la mayor brevedad posible, evitando en todo momento que la rapidez de la respuesta suponga detrimento alguno de la calidad de la resolución o respuesta adoptada por el árbitro.

El principio de audiencia e intermediación del árbitro, lo compromete en actuar dentro de los parámetros legales, debiendo dar respuesta a cualquier cuestión o solicitud planteada al órgano dirimente, requiriéndose por tanto la presencia del árbitro o árbitros en todos los actos que no sean de mero trámite. El árbitro a su vez deberá ser probo y eficaz en el dictamen del laudo, debiendo también establecerse obligatoriamente de un lapso en que el mismo deba ser dictado y que éste no pueda de ninguna forma ser prorrogado, por lo menos sin una consecuencia o sanción para el árbitro que, de cualquier manera, estaría incurriendo en retardo procesal en contra de las partes o peor aún, de alguna de las partes.

El principio de buena fe a su vez viene atado a lo que denominamos la ética en el proceso y no es otra cosa que el compromiso de resguardar la corrección y el respeto frente a todas las personas involucradas en el arbitraje. A su vez, el principio de transparencia de permitir a las partes, en cualquier momento, a acceder u obtener copia de cualquier documentación o actuación realizada en el seno del procedimiento.

Finalmente, y no menos importante, está el principio de confidencialidad, el cual se resume en que todos los partícipes guardarán el debido secreto sobre cualquier cuestión o asunto del que hayan tomado noticia dentro del procedimiento arbitral.

II. La normativa aplicable en materia deportiva

Todo procedimiento arbitral antes de iniciarse debe contar con reglas claras y sustentadas a través de un reglamento que sea del conocimiento de todas las partes intervinientes en el proceso, ya que, al no establecerse las normas que lo regirán, el mismo quedará desvirtuado y en duda su transparencia, siendo el laudo susceptible de ser anulado por violación al orden público.

La práctica de cualquier disciplina deportiva a nivel profesional, bien sea correspondiente a las que están consideradas como disciplinas propias del olimpismo o las que se practican con el aval de alguna federación deportiva internacional, están regidas por sus normas propias, las cuales no solo se limitan a las reglas propias del juego, también lo hacen en aspectos que podemos denominar como extra deportivos y que deben ser correspondidos por los comités olímpicos, así como las federaciones deportivas nacionales.

Dentro de las federaciones deportivas internacionales podemos citar como ejemplo a la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA), órgano rector del fútbol mundial, el cual cuenta con un Tribunal del Fútbol de la FIFA, cuya creación forma parte del exhaustivo proceso de reformas que viene adelantando la FIFA con la modernización de su marco reglamentario, unificando así los criterios de los órganos decisorios que venían funcionando dentro de la organización, en beneficio de la resolución de disputas entre los denominados grupos de interés que la conforman, entiéndase las federaciones miembro, los clubes, agentes, los jugadores y los entrenadores. Además, sirve como plataforma para tramitar solicitudes reglamentarias fundamentales para la familia del fútbol.¹

Basándose en el debido respeto, la imparcialidad y la independencia, la FIFA ha sido promotor desde hace algunos años de la creación de instancias nacionales de resolución de disputas por parte de sus federaciones u asociaciones miembros, con la finalidad de dar una respuesta a las controversias domésticas que se susciten en el seno de cada uno de los países que la conforman y dar un mejor acceso a la justicia deportiva a los principales actores de la actividad deportiva, dentro de la Circular N° 1010 del 20 de diciembre de 2005,² se dieron los parámetros generales para la constitución y aceptación de los órganos nacionales en materia de resolución de disputas, los cuales necesariamente deben comprender:

1. Principio de paridad a la hora de la constitución del tribunal arbitral
2. Derecho a un tribunal imparcial e independiente
3. Principio de un procedimiento justo
4. Derecho a un procedimiento contencioso
5. Principio de igualdad de trato

En fecha 11 de diciembre de 2007, a través de la Circular N° 1129,³ la FIFA solicitó a las federaciones u asociaciones miembros a promulgar un reglamento de procedimiento basado en el reglamento estándar aprobado por el Comité Ejecutivo de la FIFA, para de esa manera darle reconocimiento a la cámara nacional de resolución de disputas de cada país.

Igualmente, en el artículo 57 de los Estatutos de la FIFA, la Federación Internacional reconoce la autoridad del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS) con sede en Lausana (Suiza) a la hora de resolver disputas entre la FIFA y las federaciones miembro, las confederaciones, las ligas, los clubes, los jugadores, los oficiales, los intermediarios y los agentes organizadores de partidos con licencia.

¹ Disponible en <https://digitalhub.fifa.com/m/c6d842538959177/original/FIFA-Football-Tribunal-Report-2021-22.pdf>

² Disponible en http://goldengate-law.com/pdf/fifa_circular/fifa_circular_1010.pdf

³ Disponible en <https://digitalhub.fifa.com/m/18c3c40f11e8b400/original/hsrzd2eocsh8boh1uy2-pdf.pdf>

Los procedimientos arbitrales se rigen por las disposiciones del Código de Arbitraje Deportivo del CAS. El CAS aplica, en primer lugar, los reglamentos de la FIFA y, de manera complementaria, el derecho suizo.

La jurisdicción del CAS se define en el art. 58 de los Estatutos de la FIFA, el cual estipula que los recursos de apelación contra los fallos adoptados por los órganos judiciales de la FIFA y las decisiones adoptadas por las confederaciones, las federaciones miembros o las ligas deberán interponerse ante el CAS en un plazo de 21 días tras la notificación de la decisión.⁴

El ejemplo de la FIFA nos sirve para ilustrar como debiese operar un sistema de arbitraje propio dentro de una disciplina deportiva, el mismo debe establecer las correspondientes cláusulas arbitrales en sus contratos, donde se deje expresamente estipulado el sometimiento de cualquier disputa derivada de la relación contractual a los órganos propios de la justicia deportiva. En algunos casos, la jurisdicción es exclusiva y excluyente y prohíbe expresamente la posibilidad de acudir a tribunales ordinarios, tal como lo establece el artículo 59 de los Estatutos de la FIFA,⁵ so pena de desafiliación por parte de quien infrinja la mencionada norma. A menos que los estatutos o reglamentos dictados por la FIFA así lo permitan, la jurisdicción puede ser declinada en una instancia del derecho común, como ocurre en las disputas de índole laboral y en donde sí se establece la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria con competencia en materia laboral o en tribunales arbitrales independientes especializados en la materia, esto tal como lo dispone el artículo 22 del Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA.⁶

III. Características únicas del arbitraje deportivo

Cuando analizamos el arbitraje en materia deportiva destacamos una particularidad especial, la cual viene dada en función de la posibilidad de que el laudo pueda ser apelable, como ocurre en los casos en la esfera del fútbol profesional, donde la FIFA reconoce, tal como mencionamos, la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS), permitiendo a las partes la posibilidad de ejercer recurso de apelación contra los fallos adoptados por los órganos judiciales de la FIFA y las decisiones adoptadas por las confederaciones, las federaciones miembros o las ligas en un plazo de 21 días tras la notificación de la decisión.

Por su parte la reglamentación del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS) para los casos de apelaciones aceptan la jurisdicción siempre y cuando las partes han concluido

⁴ Disponible en <https://www.fifa.com/es/legal/court-of-arbitration-for-sport>

⁵ Disponible en <https://digitalhub.fifa.com/m/7af12a40897b1002/original/azwxwekfmX0nfdixwv1m-pdf.pdf>

⁶ Disponible en <https://digitalhub.fifa.com/m/4ca986bbf47d082c/original/Reglamento-sobre-el-Estatuto-y-la-Transferencia-de-Jugadores-Edicion-de-marzo-de-2022.pdf>

un acuerdo de arbitraje específico y si el apelante ha agotado los recursos legales disponibles antes de la apelación, de acuerdo con los estatutos o reglamentos de ese organismo. El procedimiento de apelaciones se encuentra regulado por los artículos R47 y siguientes del Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS),⁷ el cual es una de las características únicas del sistema del Tribunal y del arbitraje deportivo en general. El artículo R47 del Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS) establece:

R47 Appeal

Una apelación contra la decisión de una federación, La asociación u organismo relacionado con el deporte puede presentarse ante el CAS si los estatutos o reglamentos de dicho organismo así lo estipulan o si las partes han concluido un acuerdo de arbitraje específico y si el apelante ha agotado los recursos legales disponibles antes de la apelación, de acuerdo con los estatutos o reglamentos de ese organismo.

Se puede presentar una apelación ante el CAS contra un laudo dictado por el CAS que actúa como tribunal de primera instancia si dicha apelación ha sido expresamente prevista por las reglas de la federación o del organismo deportivo en cuestión.

Otra característica destacable y única del procedimiento de apelaciones del Tribunal, y del arbitraje deportivo en general, se traduce en los lapsos procesales, los cuales procuran un procedimiento breve. Para el procedimiento de apelaciones, típicamente, los apelantes deben iniciar el arbitraje en un plazo breve, según lo dispuesto en el artículo R49 del Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS):

En ausencia de un límite de tiempo establecido en los estatutos o reglamentos de la federación, asociación u organismo relacionado con el deporte en cuestión, o de un acuerdo previo, El plazo de apelación será de veintinueve días a partir de la recepción de la decisión recurrida...

La velocidad y la eficiencia de los procedimientos del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS) son importantes, ya que el tiempo es esencial en muchas disputas deportivas, especialmente cuando se trata de apelaciones que se presentan durante la realización de competencias cuyo período de duración es muy corto, tal como ocurre en los mundiales y competencias del ciclo olímpico, donde son comunes las disputas por temas relacionados con dopaje y suspensiones de carácter disciplinario. Los plazos en este tipo de procedimiento suelen ser resueltos entre 24 y 48 horas según la competencia.

La ejecución del laudo por lo general se debe realizar de forma voluntaria, en caso de que no haya un cumplimiento voluntario, la parte puede de conformidad con la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.⁸

⁷ Disponible en https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021__ESP_.pdf

⁸ Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

Igualmente, en materia deportiva se presentan particularidades en los casos que no se logre la ejecución del laudo en los lapsos previstos y que están relacionadas a sanciones de carácter disciplinario en contra de los clubes que incumplan, dichas sanciones se encuentran previstas en los distintos reglamentos y códigos disciplinarios tanto de las federaciones internacionales como de las federaciones u asociaciones nacionales. Dichas sanciones a modo de ejemplo, con relación al fútbol, van desde la prohibición de registrar y traspasar jugadores, descuento de puntos en las competencias donde participe el club, hasta la pérdida de la categoría en la que milita.

El establecimiento y cumplimiento de éstas sanciones es responsabilidad directa del árbitro y su incumplimiento o desacato tanto de ellos como de las federaciones u asociaciones nacionales conlleva a sanciones a éstos, tal como lo estableció la reciente reforma del Código Disciplinario de la FIFA, tal como lo comunicó la Secretaría General de la FIFA en la Circular N° 1833 del 31 de enero de 2023⁹, en la que busca mejorar los procedimientos en caso de incumplimiento de decisiones y darle mayor fluidez y eficacia a los trámites ante los órganos de la FIFA.

CONCLUSIONES

Como hemos venido analizando el arbitraje se constituye como una herramienta fundamental y necesaria para la resolución de disputas, especialmente en materias específicas como lo es la deportiva y en donde la celeridad procesal, la certeza en el conocimiento de la normativa son la base para un procedimiento eficaz y transparente.

Durante los últimos años el avance en la reglamentación y organización de instancias de resolución de disputas por parte de las más importantes federaciones deportivas internacionales ha permitido que las disputas derivadas de los contratos deportivos, especialmente de índole laboral, sean resueltos por medio de arbitrajes domésticos, con la particularidad como ya mencionamos que los laudos dictados tengan la posibilidad de ser recurridos ante el Tribunal de Arbitraje del Deporte.

Desde el año 2018 el Departamento Legal de la FIFA ha realizado una labor encomiable en el mejoramiento de los servicios jurídicos de la organización, así como en el área de asistencia técnica a las federaciones y asociaciones miembro, lo que podemos traducir como el modelo más destacado en el mundo deportivo de buen gobierno corporativo y buenas prácticas gerenciales, la celeridad procesal en los procedimientos llevados por los órganos de decisión de la FIFA, a saber, Cámara de Resolución de Disputas, Cámara del Estatuto del Jugador y Cámara de Agentes, así como la unificación de dichos órganos en el Tribunal del Deporte, la actualización de sus normas, manuales y reglamentos, y la selección de personal capacitado.

⁹ Disponible en: https://digitalhub.fifa.com/m/2b7cbb0fb55fd580/original/-1833_Codigo-Disciplinario-de-la-FIFA-y-Codigo-de-Etica-de-la-FIFA-ediciones-2023.pdf

La profundización de los medios alternos de resolución de disputas deben ser el reto de las federaciones deportivas nacionales para darle un efectivo acceso a una justicia especializada a todas las personas involucradas en la dinámica del deporte, especialmente los atletas; en nuestro país el desarrollo de la materia es incipiente, no existen instancias de resolución en materia deportiva constituidas con base a los criterios que establecen las federaciones deportivas internacionales, carecemos de una legislación que regule al deporte profesional y a una reglamentación en materia de arbitraje deportivo.

La profesionalización de las estructuras del deporte es un elemento clave en su crecimiento, es necesario replicar las buenas prácticas corporativas y promover el acceso a medios alternos de resolución de disputas confiables y con reglas de juego claras.

BIBLIOGRAFÍA

- Circular 1010 del 20 de diciembre de 2005 dictada por la FIFA: http://goldengate-law.com/pdf/fifa_circular/fifa_circular_1010.pdf
- Circular 1129 del 11 de diciembre de 2007 dictada por la FIFA: <https://digitalhub.fifa.com/m/18c3c40f11e8b400/original/hsrzd2eocsh8boh1uy2-pdf.pdf>
- Circular 1833 del 31 de enero de 2022 dictada por la FIFA: https://digitalhub.fifa.com/m/2b7cbb0fb55fd580/original/-1833_Codigo-Disciplinario-de-la-FIFA-y-Codigo-de-Etica-de-la-FIFA-ediciones-2023.pdf.
- Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal de Arbitraje del Deporte: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021__ESP_.pdf
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>
- Estatuto de la Federación Internacional de Fútbol Asociado, FIFA: <https://digitalhub.fifa.com/m/7af12a40897b1002/original/azwxwekfmX0nfdixwv1m-pdf.pdf>
- Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA: <https://digitalhub.fifa.com/m/4ca986bbf47d082c/original/Reglamento-sobre-el-Estatuto-y-la-Transferencia-de-Jugadores-Edicion-de-marzo-de-2022.pdf>
- Aceris Law: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/sports-arbitration-certain-unique-features-and-the-court-of-arbitration-for-sport-the-cas/>

El arbitraje societario y el Buen Gobierno Corporativo de las empresas

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 93-112

Resumen: El propósito del presente trabajo es identificar y explicar los principales instrumentos de *soft law* emanados del Buen Gobierno Corporativo en los que se sugiere el uso del arbitraje societario como medio idóneo para la resolución de los conflictos intrasocietarios. Así mismo, se analizará la justificación en la que se sustenta dicha recomendación, se enumerarán los principales beneficios que ofrece el arbitraje societario, y se explicará el impacto que puede tener en la generación de valor para la empresa.

Palabras claves: Arbitraje societario, arbitraje, Buen Gobierno Corporativo.

The corporate arbitration and the good corporate governance of companies

Abstract: *The purpose of this paper is to identify and explain the main soft law instruments emanating from Good Corporate Governance in which the use of corporate arbitration is suggested as an ideal means for resolving intra-corporate conflicts. Likewise, the justification on which said recommendation is based will be analyzed, the main benefits offered by corporate arbitration will be listed, and the impact it can have on the generation of value for the company will be explained.*

Keywords: *Corporate arbitration, arbitration, Good Corporate Governance.*

Autor invitado

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá (España). Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Magister en Educación Universitaria, Universidad del Istmo (Guatemala). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

El arbitraje societario y el Buen Gobierno Corporativo de las empresas

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 93-112

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Manifestaciones del Buen Gobierno Corporativo. 1.1. Los Códigos de Buen Gobierno Corporativo. 1.2. Los Principios de Buen Gobierno Corporativo. 2. Sobre la recomendación de utilizar al arbitraje societario. 2.1. Uso del término arbitraje societario. 2.2. Justificación del uso del arbitraje societario. 2.3. Arbitrabilidad subjetiva. 2.4. Arbitrabilidad objetiva. 2.5. Tipo de arbitraje: ¿institucional o *ad-hoc*? ¿de derecho o de equidad? 2.6. Posibles limitaciones y/o implicaciones. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La aparición de escándalos corporativos globales por violaciones a los deberes fiduciarios por parte de los administradores, tales como: Robert Maxwell, BCCI, Polly Peck, Barings¹, Siemens², Enron³, Parmalat⁴, y Lehman Brothers⁵, provocaron una importante crisis de credibilidad en los Consejos de Administración a nivel global, ocasionando que muchos países empezaran a replantearse los principios normativos que deben regir el buen gobierno de las sociedades.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá (España). Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Magister en Educación Universitaria, Universidad del Istmo (Guatemala). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

¹ Los casos Robert Maxwell, BCCI, Polly Peck, y Barings, tienen en común que fueron empresas que quebraron gracias a la contabilidad creativa, ocurrieron en Reino Unido en los años 90.

² La empresa alemana realizó, entre 2001 y 2007, 4.283 pagos ilegales a funcionarios de Bangladesh, China, Venezuela, México, Rusia, Vietnam, Nigeria y Argentina, para obtener contratos públicos. Siemens pagó una multa de US\$450 millones. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.html>

³ Enron admitió que había inflado sus ganancias del tercer trimestre de 2001. Es considerado el peor escándalo corporativo en Estados Unidos. http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1555_corrupcion/page5.shtml

⁴ En diciembre de 2003, Parmalat confirmó que no existía una cuenta que alegó tener en el Bank of América por US\$4.000 millones. Fue el escándalo contable más grave en Europa. http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1555_corrupcion/page6.shtml

⁵ El 15 de septiembre de 2008, el banco Lehman Brothers, solicitó la bancarrota en Estados Unidos, lo cual ocasionó que el índice bursátil Dow Jones se desplomara 500 puntos, su caída más dramática desde el 11 de septiembre de 2001. Es considerado uno de los escándalos más relevante en materia contable. http://www.bbc.com/mundo/economia/2009/09/090914_1307_crisis_cronologia_lehmans_mr.shtml

De esta manera, cada vez se ha tomado más en serio un movimiento llamado “Buen Gobierno Corporativo” desde el cual se proponen reformas para dar mayor transparencia y seguridad jurídica a la gobernanza empresarial, cuyas principales manifestaciones se han venido presentando mediante recomendaciones, códigos y principios.

Los conflictos siempre están presentes en todo tipo de sociedad, en menor o mayor escala, por lo que es común que en el giro habitual de cualquier empresa existan diferencias entre quienes interactúan en el marco del vínculo jurídico intrasocietario. Lo importante es que dichas diferencias sean resueltas de manera confidencial, ágil y por expertos en derecho societario⁶. Es por ello que, desde el Buen Gobierno Corporativo surge la recomendación de utilizar al arbitraje societario como medio para la resolución de este tipo de controversias.

En el presente trabajo se analizarán los principales instrumentos de *soft law* en los que se sugiere dicha recomendación y la justificación en la que se sustenta, así como los principales beneficios que ofrece el arbitraje societario, y el impacto que puede tener en la generación de valor para la empresa.

1. Manifestaciones del Buen Gobierno Corporativo

Siempre ha resultado complejo por su amplitud lograr una definición de gobierno corporativo⁷, pero la descripción que de ella está incluida en los Principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2004, resulta ser bastante ejemplificante y es generalmente aceptada:

“El gobierno corporativo constituye un elemento clave para aumentar la eficacia económica y potenciar el crecimiento, así como para fomentar la confianza de los inversores. El gobierno corporativo abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. El gobierno corporativo también proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento”⁸.

⁶ Diego Castagnino. “El acuerdo de arbitraje societario”. Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación. Junio 2022. Nro. 1. Caracas. P. 85. Disponible en: <https://arbitrajecce.org/wp-content/uploads/2023/01/BIAM-I-EDICION-El-acuerdo-de-Arbitraje-Societario.pdf>

⁷ Ver: **Teoría de la agencia**: Jensen, M.C. y Mecling, W.H. (1976). Theory of the firm: Managerial Behavior, agency costs, and ownership structure. Journal of financial Economics, 3(4) 305-360. [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X) y Tricker, B. (2009). Corporate Governance Principles, Policies, and Practices. New York: Oxford University Press online resource centre; **Teoría de la dependencia de recursos**: Pfeffer, J.; Salancik, G. (1978). “The external control of organizations: a resource dependence perspective”. New York: Harper and Row y Freeman, R. E. (1984). Strategic Management: A stakeholder approach. Boston: Pitman; **Teoría del shareholder o stockholder**: Friedman, M. (1962). Capitalism and freedom. Chicago: University of Chicago Press; **Teoría de stakeholders**: Freeman, R. E. (1984). Strategic Management: A stakeholder approach. Boston: Pitman y Mansell, S. (2013). Capitalism, Corporations and the Social Contract. A Critique of Stakeholder Theory. Cambridge: University Press; **Teoría basada en el conocimiento**: Teece D.J., Rumelt R., Dosi G. and Winter S., (1994). Understanding Corporate Coherence, Journal of Economic Behavior and Organization, vol. 23, 1994, p. 1-30. [https://doi.org/10.1016/0167-2681\(94\)90094-9](https://doi.org/10.1016/0167-2681(94)90094-9) y Prahalad C.K., (1994). Corporate Governance or Corporate Value Added? Rethinking the Primacy of Shareholder Value », Journal of Applied Corporate Finance, vol. 6, n° 4, 1994, p. 40-50; **Teoría de la Administración**: Donaldson, L. (2008). Ethics Problems and Problems with Ethics: Toward a ProManagement Theory. Journal of Business Ethics, 78, 299-311. <https://doi.org/10.1007/s10551-006-9336-6>.

⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. 2004.

Si bien el concepto de gobierno corporativo es catalogado de amplio u omnicomprensivo, no hay dudas respecto al impacto que tiene sobre las relaciones entre los órganos de la compañía y los actores interesados en establecer la estructura dirigida a fijar los objetivos de la sociedad, la forma de alcanzarlos y supervisar su consecución⁹. Asimismo, toma en cuenta otros factores que influyen en el proceso de toma de decisiones de una empresa como el medio ambiente, la ética empresarial o las prácticas anticorrupción.

El Buen Gobierno Corporativo se refiere a las prácticas y normas que se deben seguir en las empresas para garantizar una gestión adecuada y transparente, que respete los derechos de los accionistas y de los demás grupos de interés, por lo que incluye aspectos como la transparencia en la gestión, la rendición de cuentas, el régimen de responsabilidad, los deberes fiduciarios de los administradores, la equidad en el trato a los accionistas, la responsabilidad social y el cumplimiento de las leyes y normas aplicables.

En líneas generales se podría decir que el Buen Gobierno Corporativo se manifiesta mediante recomendaciones que son recogidas en Códigos y Principios, los cuales tienen carácter de *soft law*, y que son emitidas por agrupaciones especializadas que pueden ser de carácter privadas, públicas o mixtas, tales como el Foro Global de Gobierno Corporativo (GCGF, por sus siglas en inglés), la Organización para la Corporación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Corporación Financiera Internacional (IFC), el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), entre otros.

Es habitual que las recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo sean adaptadas localmente y pasen del carácter voluntario del *soft law* al obligatorio propio del rango legal, siempre y cuando sean dictadas siguiendo el procedimiento de formación de leyes estipulado por el país de que se trate.

De tal manera que el Buen Gobierno Corporativo se caracteriza por inspirar a los legisladores locales en el proceso de formación de leyes societarias al marcarles la pauta sobre temas que revisten de un elevado nivel de especialidad y que son el producto del trabajo de expertos internacionales cuyo propósito es el de garantizar la transparencia, la responsabilidad, la equidad y la ética en la actividad empresarial.

1.1. Los Códigos de Buen Gobierno Corporativo

Los Códigos de Buen Gobierno Corporativo son instrumentos de *soft law* que contemplan recomendaciones de cumplir o explicar (*comply or explain*), no son de mandatorio acatamiento, pero las empresas voluntariamente deciden someterse a estas,

⁹ Pablo de Andrés Alonso y Marcos Santamaría Mariscal. Un paseo por el concepto de gobierno corporativo. Revista de responsabilidad social de empresa. Vol. 2. Nro. 2, mayo-agosto 2010.

lo cual, en muchos de los casos, constituye una señal positiva para el mercado, ya que transmite confianza para sus accionistas, inversionistas, clientes, proveedores, consumidores y terceros relacionados, por la transparencia y generación de valor que implica aplicar tales recomendaciones.

En aras de dotar al sistema económico financiero y empresarial de una mayor sensibilización en los aspectos relacionados con el Gobierno Corporativo, se inició una tendencia general de emisión de Códigos de Buen Gobierno Corporativo. El primer precedente de las recomendaciones sobre Buen Gobierno ocurrió en 1978, cuando en Estados Unidos el *American Law Institute* redactó un borrador de documento titulado: "*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*"¹⁰.

En Europa el movimiento inició en 1991 en el Reino Unido con la creación del Comité Cadbury, el cual estuvo formado por 14 miembros que representaban al Banco de Inglaterra, la Bolsa de Londres, las universidades, al sector empresarial, entre otros, y estuvo dirigido por Adrián Cadbury. El Comité publicó en 1992 el Informe Cadbury, el cual sirvió de base para la posterior elaboración del Código de Gobierno Corporativo del Reino Unido.

Posteriormente, casi todos los mercados organizados han promovido sus propios Códigos de Buen Gobierno Corporativo, en el caso de América Latina los pioneros fueron Brasil y México. En mayo de 1999 Brasil publicó su primer Código de Buen Gobierno Corporativo y en junio del mismo año, México hizo lo propio. España también se sumó a la tendencia.

En algunos países estos Códigos han influenciado positivamente en los cambios legislativos, por lo que han sido incorporados en los ordenamientos legales, pasando a ser de obligatorio acatamiento. Esto ha ocurrido especialmente para el caso de las sociedades cotizadas.

1.2. Los Principios de Buen Gobierno Corporativo

Los Principios de Buen Gobierno Corporativo son emitidos por organizaciones especializadas y se han convertido en instrumentos de referencia tanto para el sector privado como para el sector público, y con el pasar del tiempo, algunos países han optado por emitir sus propios Principios, contribuyendo con la promoción e implementación de las recomendaciones sobre Buen Gobierno Corporativo.

En este sentido, el Buen Gobierno Corporativo a través de los Códigos y Principios procura ofrecer una serie de recomendaciones para las empresas en la que se destacan: la importancia de la transparencia en la gestión, la obligación de los directivos de la

¹⁰ María del Mar Alonso Almeida. El gobierno corporativo electrónico: Análisis desde el enfoque de confianza. Visión Libros. Madrid. 2007.

empresa de actuar en el interés de la sociedad, la necesidad de establecer mecanismos de control y supervisión, la importancia de respetar los derechos de los accionistas minoritarios y el uso del arbitraje societario como medio de resolución de controversias.

La utilización del arbitraje societario es una buena práctica ampliamente recomendada por los códigos de Buen Gobierno Corporativo¹¹, ya que tanto a los sujetos que hacen vida a nivel intrasocietario como a terceros, tales como trabajadores, inversionistas, proveedores y contratistas, les interesa que la sociedad opere sin dificultades, y que, de surgir algún conflicto se puedan superar de manera ágil.

2. Sobre la recomendación de utilizar al arbitraje societario

El arbitraje societario es un tipo de arbitraje especial que tiene por objeto servir de medio para dirimir conflictos intrasocietarios, que alcanza a: los socios, administradores, comisarios y a la sociedad como persona jurídica.

Es importante resaltar el carácter de arbitraje especial que tiene el arbitraje societario ya que su arbitrabilidad subjetiva y objetiva tienen un alcance determinado, y no se debe confundir con el arbitraje comercial propiamente dicho, el cual debe entenderse como el medio de resolución de controversias que surjan entre la sociedad y terceros, tales como sus proveedores, contratistas, etc., mientras que el arbitraje societario es utilizado para dirimir los conflictos que puedan surgir en el marco de las relaciones intrasocietarias, es decir, entre aquellos sujetos que forman parte del vínculo jurídico intrasocietario al formar parte de la estructura organizativa societaria, ya sea como socio, administrador o comisario, y la sociedad en sí misma.

La tendencia internacional prácticamente unánime ha sido la de recomendar el uso del arbitraje societario como una practica de Buen Gobierno Corporativo. Uno de los antecedentes de dicha recomendación se encuentra en el *"White Paper"* sobre Gobierno Corporativo en América Latina¹², desarrollado por la Mesa Redonda Latinoamericana sobre Gobierno Corporativo, un foro que reúne a creadores de política, reguladores, líderes comerciales, inversionistas y expertos de la región, así como a contrapartes de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Iniciada en el año 2000, la Mesa Redonda desarrolló el *"White Paper"* a través del curso de cuatro reuniones celebradas en Brasil (2000), Argentina (2001), México (2002) y Chile (2003), así como a través de contactos continuos entre las reuniones.

¹¹ Banco de Desarrollo de América Latina. CAF. "Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo". Disponible en: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *"White Paper"* sobre Gobierno Corporativo en América Latina. 2004. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/22368983.pdf>

En dicho “*White Paper*” se señalaron conclusiones importantes para la época (2000-2004) respecto al uso del arbitraje como medio para resolver los conflictos societarios, específicamente se indicó que:

- Entre las prioridades de reformas se consideró necesario incluir mecanismos para la resolución alternativa de disputas, tales como el arbitraje privado en las áreas de la ley de compañías y de gobierno corporativo¹³.
- Los mecanismos privados de resolución de disputas, tales como el arbitraje obligatorio, son comparativamente nuevos y no han sido probados en el tiempo¹⁴.
- Se reconoce que la mayoría de los tribunales en la mayor parte de los países de la región, carecen de pericia técnica y experiencia para resolver en forma justa y eficaz los litigios entre accionistas¹⁵.
- En los lugares donde existen jueces calificados o tribunales especializados, es improbable que éstos tengan los suficientes recursos para manejar la acumulación de la carga de juicios¹⁶.
- La experiencia de los países de la OECD y de la región, indica que el arbitraje privado voluntario puede proporcionar una alternativa eficiente y eficaz. No obstante, en orden para que el arbitraje privado pueda operar, el marco legal nacional debe proporcionar el reconocimiento judicial de las sentencias arbitrales, sin una nueva revisión de los hechos. Los tribunales también debieran tener procedimientos modernos para el cumplimiento de los fallos arbitrales¹⁷.
- Un poder judicial activo y consistente, que contribuya a la interpretación de la ley a través de sus dictámenes, también reforzará la eficacia y confiabilidad de los mecanismos privados de resolución de disputas. Más importante aún, la ejecución de las resoluciones arbitrales depende de la eficacia del sistema judicial¹⁸.
- El uso de los mecanismos de arbitraje privado como una alternativa a litigios en los tribunales, puede reducir la carga de trabajo del sistema judicial y servir a la comunidad comercial al acelerar las resoluciones de disputas comerciales, tales como aquellas que involucran disputas de accionistas minoritarios. Si el arbitraje privado es apoyado sobre una base sostenida con suficientes recursos y por un sistema judicial que asegure que sus decisiones son ejecutables, entonces podrá proporcionar un ambiente eficaz, justo y predecible para la resolución de las disputas comerciales¹⁹.

¹³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P. 17

¹⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P. 41

¹⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P. 41

¹⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P.41

¹⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P. 41

¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P. 41

¹⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). “*White Paper*” ... P. 41

Los retos y las barreras señalados en el “*White Paper*” se han venido superando, y desde el Buen Gobierno Corporativo la recomendación de utilizar al arbitraje societario se ha expandido y consolidado cada vez más, generando grandes cambios a nivel legislativo.

En la actualidad el contexto es totalmente diferente al que se vivía a principios de los 2000, el uso del arbitraje se ha consolidado en Latinoamérica, en la mayoría de los países se reconoce expresamente la existencia y validez del arbitraje societario²⁰, es unánime en la región el reconocimiento judicial de los laudos arbitrales, y se cuenta con el pleno apoyo y colaboración del poder judicial para la ejecución de los laudos arbitrales.

Después de más de 20 años del diagnóstico descrito en el “*White Paper*” es posible afirmar que el contexto es mucho más favorable para el uso del arbitraje para dirimir los conflictos intrasocietarios, y, lo que parecía un anhelo o una simple declaración de voluntad, actualmente ya es una realidad, no solo desde el punto de vista legislativo sino también desde lo práctico²¹. Los beneficios que ofrece el arbitraje societario se han podido demostrar a lo largo de los años y cada vez son más las empresas que optan por su utilización.

Para facilitar el estudio de dicha recomendación, el tema se abordará siguiendo el Lineamiento Nro. 5 de los “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo” del Banco de Desarrollo de América Latina (en lo sucesivo “Lineamientos de la CAF”), sobre el cual se harán comentarios y se comparará con las recomendaciones emitidas por otros organismos.

2.1. Uso del término arbitraje societario

Se observa que en las recomendaciones del Buen Gobierno Corporativo no se utiliza el término “arbitraje societario”, prefiriéndose el uso del término genérico “arbitraje”. Sin embargo, del texto habitualmente utilizado en los distintos instrumentos de *soft law* es fácil deducir que se trata de arbitraje societario ya que la arbitrabilidad objetiva y subjetiva se encuentran perfectamente señaladas.

²⁰ A diferencia de otros países, en Venezuela el arbitraje societario no se encuentra regulado expresamente en la Ley de Arbitraje Comercial, pero, no hay dudas respecto a su legalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 258 de la Constitución y en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, en concatenación con los criterios de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia relacionados con la constitucionalización de los medios alternos de resolución de controversias y el principio pro-arbitraje. Así mismo, existen casos de arbitraje societario que han llegado al conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia desde donde se le ha dado un buen espaldarazo a la institución. Diego Castagnino. “El acuerdo de arbitraje societario”... p. 85-86.

²¹ A pesar de los beneficios que ofrece el arbitraje societario, todo parece indicar que en Venezuela su utilización todavía no es tan frecuente como en otros países, independientemente que la causa sea por su falta de regulación, por el poco tratamiento en la doctrina o por la poca promoción que se le ha hecho, resulta necesario que, desde las universidades, las asociaciones de profesionales y los centros de arbitraje, emprendamos acciones inmediatas para revertir esta situación. Diego Castagnino. “El acuerdo de arbitraje societario”... p. 86.

Ejemplo de ello se evidencia en los Lineamientos de la CAF en donde no se utiliza el término “arbitraje societario” y se limita únicamente al término “arbitraje”, el Lineamiento Nro. 5 “Cláusulas compromisorias de sumisión al arbitraje” es bastante claro al referirse a los conflictos internos que puedan surgir en el seno de la compañía, así como a la arbitrabilidad objetiva y subjetiva propia del arbitraje societario.

Situación similar ocurre con los Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado del Banco de Desarrollo de América Latina²² (en lo sucesivo “Lineamientos EPE de la CAF”) y con el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruana²³ (en lo sucesivo “el Código Peruano”), que no hace uso del término “arbitraje societario” pero de su redacción no quedan dudas que se refiere a este.

Tampoco utiliza el término “arbitraje societario” el Código de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa tercera versión 2003 (en lo sucesivo “el Código Brasileño 2003”), ni en la cuarta versión 2009 (en lo sucesivo “el Código Brasileño 2009”), ni en la quinta versión 2015 (en lo sucesivo “el Código Brasileño 2015”), pero en los tres casos se entiende que se trata de este medio de resolución de conflictos.

Si bien en el Código Brasileño 2003 se señalaba que los conflictos deben ser resueltos “*de preferencia por medio de arbitraje*”, la redacción fue cambiada para la versión de 2009, y se prefirió optar por una cláusula escalonada dándole prioridad al uso de la negociación, luego a la mediación y por último, al arbitraje, quedando redactada de la siguiente manera: “*En caso de que no se pueda lograr una buena negociación entre las partes, los conflictos entre accionistas y administradores y entre éstos y la organización deben ser resueltos, preferentemente, a través de una mediación y, si no se llega a un acuerdo, arbitraje. Se recomienda incorporar estos mecanismos en el Estatuto/Contrato Social o un acuerdo que será firmado por las partes*”. Redacción que se mantuvo para el Código Brasileño 2015.

En los “Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas” del 2011²⁴ (en lo sucesivo “el Código Boliviano 2011”) tampoco se utiliza el término arbitraje societario, en la primera parte titulada “Glosario”, define al arbitraje de la siguiente manera: “*El arbitraje es un medio para la resolución de disputas de forma extrajudicial y con mayor precisión se puede señalar que es: “aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que cierta controversia específicamente determinada, existente entre ellas sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente*

²² Banco de Desarrollo de América Latina. CAF. Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado. 2021. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1740/Lineamientos%20para%20el%20buen%20gobierno%20corporativo%20de%20las%20empresas%20del%20Estado.pdf>

²³ Superintendencia Mercado de Valores. Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruana. Lima, 2013. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/GobCorporativo2013.pdf>

²⁴ Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas. Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas. 30 de diciembre de 2011. Resolución Administrativa RA/AEMP/N°142/2011.

establecido, por tercero o por terceros, a los que se designa voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea esta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad". El arbitraje tiene las siguientes ventajas: Ser en esencia simple e informal; establece una garantía de continuidad y celeridad; asegura la confidencialidad del proceso; el laudo arbitral (equivalente a la sentencia judicial) es único, definitivo e inapelable y finalmente puede evitar la ruptura de las partes en conflicto". No obstante, de la lectura de la medida Nro. 13 bajo el título "solución de controversias" se entiende que se trata de conflictos intrasocietarios.

El Código Boliviano 2011 al igual que el Código Brasileño 2009, optó por la fórmula de la cláusula escalonada, así que, el orden para la resolución de los reclamos efectuados por los socios es: en primer término, debe ser solucionado internamente por los órganos societarios, si el reclamo no es satisfecho, el socio puede acudir "a otros medios alternativos de solución de controversias como ser [SIC] la conciliación, el peritaje y el arbitraje".

El Código Boliviano 2011 fue derogado por el Código Boliviano 2016²⁵, en el que tampoco se utilizó la expresión de "arbitraje societario", pero de su lectura no quedan dudas de que se trata de dicho medio de resolución de conflictos. Así mismo, también se repite la tendencia escalonada para poner fin a la controversia, indicando que las partes deberán promover la conciliación con carácter previo a acudir al arbitraje.

El Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo de México²⁶ (en lo sucesivo "el Código Mexicano 2018") no utiliza el término "arbitraje societario" ni "arbitraje", ya que prefirió en su "mejor práctica 7", sugerir que la sociedad tenga definido un procedimiento para la prevención y solución pacífica y negociada de los conflictos entre los accionistas y/o entre los consejeros, privilegiando los mecanismos alternativos de solución de controversia. En este caso si bien la recomendación podría parecer excesivamente amplia, desde el punto de vista técnico, el arbitraje societario es el mecanismo idóneo para la resolución de los conflictos entre los accionistas y/o entre los consejeros.

Si bien desde el Buen Gobierno Corporativo pareciera no ser relevante el uso del término "arbitraje societario", creemos que vale la pena su promoción y utilización, ya que se trata de un tipo de arbitraje especial, que en muchos países cuenta con una regulación propia, y la idea es evitar confusiones.

²⁵ Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas. Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas. 30 de diciembre de 2016. Resolución Administrativa RA/AEMP/N°99/2016.

²⁶ Consejo Coordinador Empresarial. Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo, México. 2018. Disponible en: [https://www.bmv.com.mx/docs/pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/Codigo_Digital_v20_f\(1\)-%20CCE%202018.pdf](https://www.bmv.com.mx/docs/pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/Codigo_Digital_v20_f(1)-%20CCE%202018.pdf)

2.2. Justificación del uso del arbitraje societario

Los Lineamientos de la CAF justifican el uso del arbitraje societario bajo los términos siguientes:

- i. Como una opción a la administración de justicia *“que, en ocasiones, se ha demostrado como lenta e ineficaz para la resolución de conflictos en el ámbito de las compañías”*.
- ii. Porque *“permite una solución más rápida a las eventuales disputas que puedan existir”*.

De acuerdo con los Lineamientos EPE de la CAF, la sumisión al arbitraje para la resolución de controversias en el seno de la empresa es una práctica recomendable para elevar la credibilidad, la transparencia y la equidad con los inversionistas y los distintos grupos de interés de la empresa.

El Código Brasileño 2015 considera que es fundamental prever formas ágiles y eficaces de resolución de controversias entre los socios y administradores, así como entre estos y la propia organización, para evitar prejuicios al desempeño o reducción del valor de la organización.

El Buen Gobierno Corporativo recomienda el uso del arbitraje societario debido a que este mecanismo de resolución de conflictos presenta ventajas importantes en comparación con la vía judicial. En particular, el arbitraje societario permite resolver los conflictos de manera más rápida, eficiente y especializada que la vía judicial.

2.2.1. Rápida resolución de los conflictos intrasocietarios

Los conflictos de naturaleza intrasocietario puede llegar a paralizar el giro de la sociedad generando importantes impactos económicos que podrían ser irreversibles, y si su solución se somete a un sistema de justicia que se caracteriza por no dar respuestas en los tiempos esperados, lo único que puede esperarse es que el daño sea cada vez mayor.

En el ámbito empresarial, la rapidez es un factor clave para la toma de decisiones y el éxito de la empresa. El arbitraje societario permite a las partes involucradas resolver el conflicto en un plazo más corto que el que se requiere en la vía judicial, lo que permite reducir los costos asociados con la disputa y evitar posibles daños a la imagen y reputación de la empresa.

2.2.2. Mecanismo flexible

El arbitraje societario es un mecanismo flexible que permite a las partes involucradas adaptar el procedimiento a sus necesidades específicas. Esto puede reducir el

tiempo y los costos asociados con la disputa, y mejorar la satisfacción de las partes involucradas con el resultado final.

A diferencia de la rigidez del procedimiento judicial ordinario, en el arbitraje societario las partes podrán adaptar el procedimiento según el tipo de controversia y de acuerdo con las características del caso.

2.2.3. Confidencial

A las partes involucradas en la relación intrasocietaria no le conviene que sus diferencias sean conocidas públicamente, ya que podría generar un ambiente de desconfianza en sus clientes y/o proveedores, así como, los competidores podrían aprovecharse para tomar ventaja. En el procedimiento ordinario la disputa se hará pública, mientras que en el arbitraje societario no .

La confidencialidad es otra de las ventajas que ofrece el arbitraje societario, ya que permite mantener la privacidad de las negociaciones y decisiones adoptadas por la empresa. Esto puede favorecer la transparencia y la confianza de los accionistas y demás partes interesadas en la empresa.

2.2.4. Especialización

Los conflictos intrasocietarios son de naturaleza mercantil e implican un conocimiento especializado en la materia para poder resolverlos de manera adecuada, de lo contrario es probable que la conflictividad continúe en el vínculo intrasocietario.

Los árbitros en el arbitraje societario suelen tener una gran experiencia y conocimiento en el ámbito empresarial, lo que les permite comprender mejor los conflictos y tomar decisiones más adecuadas.

2.2.5. Mantiene la relación entre las partes

Las relaciones intrasocietarias tienden a ser duraderas, así que la resolución del conflicto debe hacerse mediante un medio especializado que mantenga la relación entre las partes, que sea respetuoso, y en el que la buena fe sea el principio rector.

El arbitraje societario se presenta como un medio de resolución de controversias especializado, en donde árbitros expertos pondrán su conocimiento y experiencia a la orden de las partes para poner fin a una disputa de manera profesional, en donde se espera que las partes se comporten con buena fe y bajo un ambiente de mutuo respeto.

Bajo tal contexto el arbitraje societario se presenta como un medio de resolución de controversia óptimo que ofrece a las partes una fórmula diseñada específicamente para dirimir las diferencias intrasocietarias, razón por la cual desde el Buen Gobierno Corporativo se recomienda su utilización.

2.3. Arbitrabilidad subjetiva

Desde el Buen Gobierno Corporativo se observa que ha habido una evolución respecto al alcance del acuerdo de arbitraje societario, tal y como se verá a continuación, en algunos casos se pasó de mencionar solo a los socios para luego incluir también a los administradores. Si bien en la mayoría de los países pareciera existir unanimidad en cuanto a considerar a que el acuerdo aplica a los socios, administradores, comisarios y a la sociedad propiamente dicha, todavía hay ciertas discusiones respecto a la aplicación a los nuevos socios, a terceros relacionados e inclusive a si aplica o no a la sociedad propiamente dicha²⁷.

Los Lineamientos de la CAF señala que el texto de la cláusula compromisoria debería establecer como alcance de la arbitrabilidad subjetiva: *"cualquier disputa entre accionistas relativa a la sociedad, a la relación entre accionistas y el Directorio (...)"*. Es decir, se refiere a las relaciones intrasocietarias.

Los Lineamientos EPE de la CAF indican en el "lineamiento 19" que las Empresas de Propiedad Estatal deberán adoptar cláusulas de compromiso de sumisión al arbitraje para la resolución de controversias en el seno de la empresa, sin mencionar expresamente a quienes abarcaría expresamente dicho arbitraje.

El Código Peruano se refiere a *"cualquier disputa entre accionistas, o entre accionistas y el Directorio"*. El Código Brasileño 2003 indica a los conflictos entre socios, y entre éstos y la sociedad, mientras que las versiones 2009 y 2015 indican: los conflictos entre accionistas y administradores y entre éstos y la organización (con lo cual se observa que desde el 2011 se incluyó a los administradores).

De la lectura del Código Boliviano 2011 se evidencia que se circunscribe a los conflictos que surjan entre los socios y entre estos con la sociedad. Se señala expresamente que *"todas las sociedades comerciales de Bolivia contienen, en sus contratos sociales, un pacto de arbitraje, por lo cual los socios acuerdan resolver sus controversias societarias futuras a través del arbitraje"*. Sin embargo, en el Código Boliviano 2016 la arbitrabilidad subjetiva se amplía, y en el artículo 23 se señala expresamente a los socios, directores, ejecutivos, administradores y a la sociedad.

²⁷ Sobre las distintas discusiones ver: Diego Castagnino. Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 2. 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A2-pp-35-67.pdf>

2.4. Arbitrabilidad objetiva

En lo que respecta a la arbitrabilidad objetiva se evidencia que desde el Buen Gobierno Corporativo se ha optado por la generalidad de indicar “cualquier conflicto”, lo cual en realidad tiene bastante sentido ya que resulta una labor casi imposible tratar de enumerar todos los tipos de conflictos que puedan surgir a nivel intrasocietario, lo cual quizás, ha sido el motivo por el cual la arbitrabilidad objetiva haya sido el motivo de tantas discusiones a nivel doctrinal y jurisprudencial.

En cuanto a la arbitrabilidad objetiva, los Lineamientos de la CAF reconocen que pueden existir ciertas disputas en el ámbito societario que *“por atribución legal expresa deban dirimirse ante la jurisdicción ordinaria, lo que no debería afectar a la validez de establecer la sumisión, con carácter general, al arbitraje, para la práctica generalidad de las mismas”*.

Sin embargo, tales Lineamientos señalan que se resolverán en arbitraje:

- i. cualquier disputa entre las partes (disputa entre accionistas relativa a la sociedad, la relación entre accionistas y el Directorio),
- ii. la impugnación de acuerdos de la Asamblea y el Directorio,
- iii. la exigencia de responsabilidad de los directores, y,
- iv. el incumplimiento por parte del Directorio o la Alta Gerencia del contenido de su normativa interna.

Los Lineamientos EPE de la CAF simplemente señalan de manera genérica que se deberá adoptar el arbitraje para resolver las controversias que surjan en el seno de la empresa, sin hacer una lista de cuales podrían ser las controversias admisibles, pero, señala que se excluye a los asuntos cuyo tratamiento se encuentre reservado por la legislación o la justicia ordinaria y/o administrativa.

Por su parte, el Código Peruano establece que la cláusula arbitral facilita que un tercero independiente resuelva las controversias, salvo el caso de reserva legal expresa ante la justicia ordinaria, y hace referencia a que se resolverá mediante el arbitraje societario:

- i. cualquier tipo de disputas entre las partes (accionistas entre sí, o entre accionistas y el Directorio),
- ii. la impugnación de acuerdos de la Junta General de Accionistas y de Directorio por parte de los accionistas de la sociedad.

El Código Brasileño en sus versiones 2003, 2009 y 2015, es amplio en lo que se refiere a la arbitrabilidad objetiva, ya que se refiere a “los conflictos” sin enumerar los tipos de conflictos.

En el Código Boliviano 2016 al igual que en el Brasileño, se hace una referencia de manera amplia a “las controversias” que puedan surgir entre las partes.

2.5. Tipo de arbitraje: ¿institucional o *ad-hoc*? ¿de derecho o de equidad?

En líneas generales pareciera que desde el Buen Gobierno Corporativo se prefiere la utilización del arbitraje institucional antes que el *ad-hoc*. Sin embargo, en la actualidad se han desarrollado importantes instrumentos de *soft law* que ofrecen lineamientos para apoyar el correcto desenvolvimiento de los arbitrajes *ad-hoc*, tal y como es el caso de las “Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre Arbitraje Independiente”²⁸.

Dichas Reglas resuelven los típicos problemas que se presentan en los arbitrajes independientes o *ad-hoc*, facilitando su utilización y evitando que se generen demoras innecesarias durante su tramitación, por lo que se espera generar una mayor confianza en este tipo de arbitraje en Venezuela. En este sentido, si las partes eligen que el arbitraje societario sea tramitado bajo la forma de arbitraje independiente, recomendamos señalar en el acuerdo que el arbitraje se tramitará de conformidad con las disposiciones de tales Reglas.

Si bien en muy pocas ocasiones los instrumentos de *soft law* del Buen Gobierno Corporativo se pronuncia respecto a que se recomienda que el arbitraje societario sea decidido mediante arbitraje de derecho, la doctrina coincide en señalar que el arbitraje de derecho es el más idóneo para dirimir conflictos intrasocietarios debido a que tienen una naturaleza eminentemente jurídica²⁹.

Los Lineamientos de la CAF señalan que el arbitraje societario deberá tramitarse mediante un arbitraje institucional, y que en ningún caso *ad-hoc*, ante una institución independiente, en orden a facilitar un marco en el que se puedan resolver, con un nivel razonable de fiabilidad, rapidez y eficacia las disputas que se puedan plantear.

El Código Peruano no hace mención alguna respecto a que, si debe ser un arbitraje institucional o *ad-hoc*, únicamente establece que la cláusula arbitral facilita que un tercero independiente resuelva las controversias. Por otro lado, a diferencia de los Lineamientos de la CAF, el Código Peruano señala que el conflicto se resolverá en arbitraje de derecho.

El Código Brasileño 2003, 2009 y 2015 no hace referencia sobre el tema. Tampoco lo hace Código Boliviano 2011 y 2016.

²⁸ Asociación Venezolana de Arbitraje. “Reglas sobre Arbitraje Independiente”. Aprobadas el 09 de julio de 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

²⁹ Por ejemplo: Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje, en la nota 58 de su “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

La ley de arbitraje española³⁰ exige que las impugnaciones de acuerdos sociales deban ser dirimido mediante arbitraje institucional, y que otros tipos de controversias (por ejemplo, la responsabilidad de los administradores), puedan ser resueltas mediante arbitraje *ad-hoc*. Si bien el Club Español del Arbitraje señala que sería jurídicamente factible que los estatutos de la sociedad contara con una cláusula arbitral compleja, que definiera un arbitraje institucional para las impugnaciones de acuerdos, y un arbitraje *ad-hoc* para los restantes conflictos³¹, el Club desaconseja tal solución, por considerar que la experiencia demuestra que cláusulas arbitrales complejas frecuentemente devienen patológicas, y por la posible existencia de varios conflictos relacionados que pudieran quedar sometidos a diferentes tipos de arbitraje, junto a la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en relación con el ámbito objetivo del convenio, aconsejan una cláusula uniforme de resolución de controversias societarias a favor de un arbitraje institucional.

2.6. Posibles limitaciones y/o implicaciones

En cuanto a posibles limitaciones, los Lineamientos de la CAF señalan que, desde la perspectiva práctica, *“normalmente en la región pueden plantearse tres (3) problemas con cierta frecuencia: (i) que la ejecución del arbitraje se encuentra con una inadecuada regulación; (ii) que su tramitación pueda resultar onerosa; y (iii) que puede producirse un posible abuso del recurso de nulidad contra los laudos arbitrales”*.

Sin embargo, también se señala en los Lineamientos que, aunque dichos riesgos existen, no parece que se desvirtúe el arbitraje como medio óptimo para la resolución de controversias en el seno de la compañía. Por último, se indica que desde el punto de vista objetivo de los conflictos hay ciertas limitaciones en las legislaciones de los países de Latinoamérica que podrían plantear que algunos casos sean del conocimiento reservado a la decisión de la justicia ordinaria o incluso de una autoridad administrativa.

El Código Brasileño 2015, incluyó que la compañía debe informar equitativamente al mercado sobre las principales decisiones y actos referentes a los procedimientos arbitrales que tengan la posibilidad de impactar el valor de títulos de emisión de la sociedad o las decisiones de inversión de los socios.

El Código Boliviano 2011 señala en la medida Nro. 13 que la sociedad debería poner en conocimiento del socio los métodos de solución de controversias contenidos en el Contrato Social.

³⁰ Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

³¹ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. "Informe sobre... Nota 36.

CONCLUSIONES

Desde el Buen Gobierno Corporativo se ha venido recomendando el uso del arbitraje societario como medio para la resolución de las controversias que surjan en el marco de las relaciones intrasocietarias, con la finalidad de generar valor para la empresa.

El Buen Gobierno Corporativo se refiere a las prácticas y normas que se deben seguir en las empresas para garantizar una gestión adecuada y transparente, que respete los derechos de los accionistas y de los demás grupos de interés, y se manifiesta mediante recomendaciones que son recogidas en Códigos y Principios.

El arbitraje societario es un tipo de arbitraje especial que tiene por objeto servir de medio para dirimir conflictos intrasocietarios, que alcanza a: los socios, administradores, comisarios y a la sociedad como persona jurídica.

Si bien en las recomendaciones del Buen Gobierno Corporativo no se utiliza el término “arbitraje societario”, prefiriéndose el uso del término genérico “arbitraje”, creemos que es importante el uso correcto de la institución ya que se trata de un tipo de arbitraje especial que en muchos países cuenta con una regulación propia.

El Buen Gobierno Corporativo recomienda el uso del arbitraje societario porque este permite resolver los conflictos de manera más rápida, flexible, confidencial, eficiente y especializada que la vía judicial.

La arbitrabilidad subjetiva que se desprende de las recomendaciones emitidas por el Buen Gobierno Corporativo se evidencia que existe cierta unanimidad en reconocer la aplicación del acuerdo de arbitraje societario a los socios, administradores, comisarios y a la sociedad propiamente dicha.

En cuanto a la arbitrabilidad objetiva, se evidencia que desde el Buen Gobierno Corporativo se ha optado por la generalidad de indicar “cualquier conflicto”, lo cual en realidad tiene bastante sentido ya que resulta una labor casi imposible tratar de enumerar todos los tipos de conflictos que puedan surgir a nivel intrasocietario.

Desde el Buen Gobierno Corporativo se recomienda el uso del arbitraje institucional antes de que el ad-hoc, y en pocas veces se ha pronunciado sobre si debe ser de derecho o de equidad, y cuando lo ha hecho, ha preferido el de derecho.

En algunos códigos se establece la obligación de la compañía de informar al mercado sobre determinadas principales decisiones y actos referentes a los procedimientos arbitrales con posibilidad de impactar títulos emitidos o las decisiones de inversión en la sociedad.

Si bien el contexto actual es mucho más favorable que el de hace 20 años cuando se realizó el “*White Paper*”, consideramos que es necesario seguir con la labor de promoción del arbitraje societario entre los usuarios, desde los empresarios, estudiantes universitarios hasta los profesionales del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Castagnino, Diego Tomás. “El acuerdo de arbitraje societario”. Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación. Junio 2022. Nro. 1. Caracas. P. 85. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2023/01/BIAM-I-EDICION-El-acuerdo-de-Arbitraje-Societario.pdf>

Castagnino, Diego Tomás. Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 2. 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A2-pp-35-67.pdf>

De Andrés Alonso, Pablo y Marcos Santamaría Mariscal. Un paseo por el concepto de gobierno corporativo. Revista de responsabilidad social de empresa. Vol. 2. Nro. 2, mayo-agosto 2010.

Del Mar Alonso Almeida, María. El gobierno corporativo electrónico: Análisis desde el enfoque de confianza. Visión Libros. Madrid. 2007.

Legislación & soft law:

Asociación Venezolana de Arbitraje. “Reglas sobre Arbitraje Independiente”. Aprobadas el 09 de julio de 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas. Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas. 30 de diciembre de 2011. Resolución Administrativa RA/AEMP/N°142/2011.

Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas. Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas. 30 de diciembre de 2016. Resolución Administrativa RA/AEMP/N°99/2016.

Banco de Desarrollo de América Latina. CAF. “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo”. Disponible en:

Banco de Desarrollo de América Latina. CAF. Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado. 2021. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1740/Lineamientos%20para%20el%20buen%20gobierno%20corporativo%20de%20las%20empresas%20del%20Estado.pdf>

Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

Consejo Coordinador Empresarial. Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo, México. 2018. Disponible en: [https://www.bmv.com.mx/docs-pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/Codigo_Digital_v20_f\(1\)-%20CCE%202018.pdf](https://www.bmv.com.mx/docs-pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/Codigo_Digital_v20_f(1)-%20CCE%202018.pdf)

https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. España.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *"White Paper"* sobre Gobierno Corporativo en América Latina. 2004. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/22368983.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. 2004.

Superintendencia Mercado de Valores. Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruana. Lima, 2013. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/GobCorporativo2013.pdf>

Procedimiento de Intimación de honorarios de abogados en sede arbitral

Euribel Canino B.

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 113-128

Resumen: Todo abogado que ejerce su profesión tiene derecho a cobrar los honorarios profesionales que hayan sido pactados entre este su cliente en función de las actuaciones que haya desarrollado el profesional del derecho, pero, cuando el cliente incumple con la prestación pactada, el abogado debe acudir a la jurisdicción ordinaria para exigir el pago de tales conceptos. Estos juicios pueden demorar años para resolverse, quedando suspendido el cobro de las sumas de dinero pactadas hasta tanto no sea resuelta la controversia, situación que no ocurre en el arbitraje, que siendo un medio alternativo a la jurisdicción ordinaria que se fundamenta en el principio de la celeridad podría ser una alternativa a los abogados para obtener una solución eficaz en el menor tiempo posible.

Palabras clave: intimación, honorarios, arbitraje.

Intimation procedure for lawyers' fees at the arbitration venue.

Abstract: *Every lawyer practicing his profession has the right to collect the professional fees that have been agreed between him and his client according to the actions that have been developed by the legal professional, but when the client fails to comply with the agreed service, the lawyer must go to the ordinary jurisdiction to demand the payment of such concepts. These lawsuits can take years to be resolved, suspending the collection of the agreed sums of money until the controversy is resolved, a situation that does not occur in arbitration, which being an alternative means to the ordinary jurisdiction based on the principle of speed could be an alternative for lawyers to obtain an effective solution in the shortest possible time.*

Keywords: *intimation, fees, arbitration*

Autora invitada

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello y del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila. Directora Ejecutiva (E) del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

Procedimiento de Intimación de honorarios de abogados en sede arbitral

Euribel Canino B.

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 113-128

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Intimación de Honorarios de Abogados en Sede Arbitral. 2. Arbitrabilidad del cobro de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales. 3. Intimación de honorarios causados por servicios judiciales en sede arbitral. 3.1 Extensión de Efectos a los abogados como terceros no signatarios. 3.2 Extensión de funciones del Tribunal Arbitral por el principio de competencia funcional. 4. Arbitrabilidad de la incidencia sobre los honorarios en un juicio en jurisdicción arbitral.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que permite a las partes resolver sus controversias de manera expedita que cada día va generando mayor impacto en la cultura jurídica de la región, por lo cual, es cada vez más común que ya no se acuda a este mecanismo solo en grandes relaciones comerciales donde las disputas versan sobre sumas de dinero exorbitantes, sino que está siendo adoptado en relaciones comerciales y contractuales más cotidianas.

Un incremento en la adopción de cláusulas arbitrales y adecuación de estas a los nuevos negocios jurídicos nos lleva a preguntarnos si es posible su inclusión en las relaciones contractuales entre los abogados y sus clientes, o si es posible que los profesionales del derecho puedan exigir el cobro de sus honorarios en sede arbitral.

En este trabajo será abordada la intimación de honorarios profesionales de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Abogados y las regulaciones en el código de procedimiento civil al respecto, a los fines de entender a quien le es atribuida la competencia para conocer de las demandas pro cobro de honorarios.

Por último, será analizada la posibilidad de exigir el cobro de los honorarios pactados entre el abogado y su cliente en sede arbitral, para lo cual será abordado desde tres puntos de vista, por un lado, el cobro de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales, un segundo aspecto relativo al cobro de honorarios profesionales por

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello y del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila. Directora Ejecutiva (E) del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

servicios judiciales cuando el juicio fuere tramitado en sede arbitral, y un último aspecto, relativo a la incidencia del cobro sobre los honorarios en un juicio en sede arbitral. Esto, con el objetivo de determinar si es arbitrable la demanda de intimación de honorarios, o en modo contrario, el juez competente para conocer de estas siempre será el juez competente por la materia y la cuantía de la jurisdicción ordinaria.

1. Intimación de Honorarios de Abogados en Sede Arbitral

Se entiende por honorarios la *retribución de los servicios profesionales prestados por el abogado a su cliente*.¹ De acuerdo a esta definición y en concordancia con lo establecido en la ley de abogados venezolana, el abogado en ejercicio profesional tiene derecho a percibir una remuneración económica por los trabajos que este realice.²

En cuanto a la oportunidad del abogado para el cobro de tales honorarios, el Código de Procedimiento Civil³ establece lo siguiente:

Artículo 167.- En cualquier estado del juicio, el apoderado o el abogado asistente, podrán estimar sus honorarios y exigir su pago de conformidad con las disposiciones de la Ley de Abogados.

Es preciso señalar que, si bien el abogado puede exigir el cobro de sus honorarios en cualquier estado del juicio, en algunos casos el cobro de la totalidad de los honorarios o en su defecto de un gran porcentaje de estos se realiza terminado el juicio. No obstante, puede suceder que el abogado llegue a acuerdos con su cliente respecto a la forma de pago y la oportunidad para consignar dichos honorarios a lo largo del proceso; y es, en estos casos cuando debemos hacernos la pregunta ¿qué pasa si el cliente no consigna el pago de los honorarios del abogado? En esos casos la Ley de Abogados Venezolana establece que este podrá pedir la intimación de sus honorarios al obligado.⁴

Pero para poder hablar del procedimiento de intimación de honorarios es importante intentar definirlo. En ese sentido, del Código de Procedimiento Civil, específicamente el artículo 640, se deduce que el procedimiento de intimación consiste en la exigencia por parte del demandante del pago de una suma de dinero líquida y exigible, o la entrega de una cantidad cierta de cosas fungibles, o de una cosa mueble determinada, que, en el caso concreto, consistiría en la exigencia del abogado demandante, de la suma de dinero correspondiente a sus honorarios profesionales.

¹ «Honorarios del abogado», Diccionario panhispánico del español jurídico, acceso el 23 de enero de 2022, <https://dpej.rae.es/lema/honorarios-del-abogado>

² Artículo 22 de la Ley de Abogados (Gaceta Oficial N° 1.081, Extraordinario, del 23 de enero de 1967)

³ Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209, Extraordinaria, del 18 de septiembre de 1.990)

⁴ Artículo 23: Las costas pertenecen a la parte, quién pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores. Sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley.

Ahora bien, en el procedimiento de intimación regulado en el código de procedimiento civil se establece de forma clara que la competencia para conocer de la demanda le corresponde al juez del domicilio competente por la materia y por la cuantía,⁵ debiendo cumplir la demanda con los requisitos previstos en dicha normativa.

No obstante, cabe preguntarse si visto que el código es claro en cuanto a qué tribunal corresponde la competencia para conocer de la demanda, es posible intentar el procedimiento de intimación de honorarios en sede arbitral, o al menos, exigir en sede arbitral el pago de los honorarios por sus servicios prestados durante un arbitraje o mediación, lo que implicaría la exclusión de la jurisdicción ordinaria para conocer de esta, cuyo análisis es objeto del presente trabajo.

Antes de determinar la posibilidad de acudir a la sede arbitral o no, es importante aclarar que la Ley de Abogados establece distintos procedimientos atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

En este sentido, el primer supuesto previsto en el artículo 22 de la ley *ut supra* mencionada se trata de la existencia de inconformidad entre el abogado y el cliente cuando se trate de servicios profesionales extrajudiciales, en este caso la Ley establece que el procedimiento se regulará a través del procedimiento breve ante el tribunal competente por la cuantía. Sin excluir la posibilidad en favor del demandado de acogerse al derecho de retasa.

El segundo supuesto se trata de la reclamación de honorarios que surja durante un juicio, en cuyo caso deberá ser sustanciada la incidencia de conformidad con lo dispuesto en el código de procedimiento civil.

Así las cosas, resultaría conveniente analizar si tanto en el caso de cobro de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales, como en el caso de incidencias surgidas en juicio, existe la posibilidad de acudir a la sede arbitral, pero en especial, cuando la incidencia surge en un juicio ante la jurisdicción arbitral, o, aún sin incidencias, exista incumplimiento en el pago por parte del cliente en un juicio tramitado en sede arbitral.

Para este análisis, resulta necesario observar la intimación de honorarios en sede arbitral bajo tres aspectos. El primero de ellos, desde el punto de vista de la arbitrabilidad o no del cobro de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales; el segundo aspecto, relativo a la posibilidad de acudir a arbitraje para aplicar el procedimiento de intimación de honorarios causados por servicios judiciales en sede arbitral; y, por último, si es arbitrable la incidencia sobre los honorarios en un juicio en jurisdicción arbitral.

⁵ Artículo 641 del Código de Procedimiento Civil.

2. Arbitrabilidad del cobro de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales

Como ya fue explicado anteriormente, la Ley de abogados establece que, en caso de inconformidad entre el abogado y el cliente en cuanto al monto de los honorarios fijados por el abogado con ocasión a servicios profesionales, se resolverá la controversia a través del procedimiento breve previsto en el código de procedimiento civil.⁶

Del análisis de esa norma resultaría evidente que, bajo este supuesto, el tribunal competente para conocer de la demanda sería el juez del domicilio del demandante con competencia por la materia ante la jurisdicción ordinaria y en aplicación del procedimiento previsto en los artículos 881 del código de procedimiento civil y siguientes.

No obstante, se presenta la duda de ¿qué sucedería si el abogado y el cliente hubiesen pactado una clausula arbitral para la prestación del servicio?, ¿son los contratos de prestación de servicios válidos entre los abogados y sus clientes?, y de ser así, ¿es válida la inclusión de la cláusula arbitral en tales contratos?

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas en el párrafo anterior, debemos precisar si la actividad que realiza el abogado puede ser catalogado como un servicio y, en consecuencia, si es posible darle forma de contrato a esta relación.

En primer lugar, debemos hacer énfasis en lo dispuesto en el artículo 11 de la ley de abogados, según el cual *se entiende por ejercicio profesional la realización habitual de labores o la prestación de servicios a título oneroso o gratuito, propios de la abogacía.*

Ahora bien, es necesario citar la opinión de la doctora Claudia Madrid Martínez, que respecto del contrato de prestación de servicios dice lo siguiente:

A pesar de la evidente heterogeneidad de la noción de servicio, podemos extraer ciertos caracteres comunes. En primer lugar, destaca que se trata de una actividad, es decir, de un hacer. Tal actividad debe ser necesariamente desarrollada de manera independiente; de allí la nota de profesionalidad presente en el servicio, por lo cual esta noción es de gran importancia para su concepto.

Comúnmente, se entiende por profesional toda persona que, en virtud de un título de idoneidad, se dedica a servir una profesión al público, como sucede con los médicos, abogados, notarios, peluqueros, arquitectos, mecánicos, etc. El título de idoneidad refiere los especiales conocimientos que ha de tener una persona para poder prestar un servicio. Es profesional entonces quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos.

⁶ Artículo 22 de la Ley de Abogados.

Siendo generalmente el prestador de servicios un profesional, se le reconoce cierta discrecionalidad, lo cual se traduce, a su vez en el reconocimiento de su autonomía para que, dentro de ciertos límites, este concrete el servicio a prestar, es decir, para que decida cuál, cómo y cuándo adoptará una resolución y no otra en orden a la prestación del servicio.⁷

Del párrafo citado podemos concluir entonces que un contrato de prestación de servicios es aquel en el cual un profesional desarrolla una actividad por una contraprestación económica que constituye su principal fuente de ingresos, definición que concatenada a la prevista en la ley de abogados ya antes citada, no deja dudas que el ejercicio profesional del abogado es una prestación de servicios.

Dicho esto, debe analizarse si la materia en cuestión puede ser sometida a arbitraje o no. En ese sentido, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual las materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción arbitral son aquellas que puedan ser susceptibles de transacción y que surjan entre personas capaces de transigir.

En este orden de ideas, para los doctores Víctor Hugo Guerra H. y Ramón Escovar Alvarado, las materias que generalmente no son susceptibles de ser arbitradas son aquellas cuestiones relativas al estado civil, materia de derecho de familia, materia penal y materia de derechos humanos.⁸

De lo antes expuesto, se evidencia que el arbitraje se limita a dos aspectos, el primero de ellos es que el arbitraje debe versar sobre materias que pueden ser objeto de transacción, y, en segundo lugar, pueden ser conocidas por los tribunales arbitrales aquellas materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción mercantil, esto último, ya que debemos recordar que las materias relativas al estado civil, filiación y capacidad de las personas son de competencia exclusiva de los tribunales civiles, estas no son transigibles, y en consecuencia, no pueden ser arbitradas.

Pero esta no es la única forma de distinguir si la materia es arbitrable o no, hay quienes consideran que no debe ser analizado solo desde el punto de vista comercial, sino que debe entenderse desde el punto de vista patrimonial,⁹ siendo arbitrables todas las controversias de naturaleza patrimonial.¹⁰

⁷ Madrid Martínez, Claudia. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el derecho venezolano» en *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, ed. Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007) 505-506.

⁸ Guerra H., Víctor Hugo y Escovar Alvarado, Ramón, «El ámbito de aplicación de la LAC: Las controversias no susceptibles de arbitraje y las controversias patrimoniales» en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas, 2013), 134.

⁹ Maekelt Tatiana y Madrid Claudia, citadas por De Jesús O., Alfredo, «Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano» en *Arbitraje Comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas, 2006), 61.

¹⁰ Hanotiau Bernard, citado por De Jesús O., Alfredo, Ob. Cit., 87.

Son estos parámetros los que nos permiten determinar si un acuerdo de arbitraje es válido o no, en el entendido que, como ya ha sido explicado, existen materias que por su naturaleza propia siempre serán competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, de allí que las partes deban analizar previo a la celebración del acuerdo arbitral si el objeto de la controversia podría ser arbitrable.

Cuando nos referimos a la arbitrabilidad de una materia podemos referirnos a la arbitrabilidad objetiva o arbitrabilidad subjetiva. La primera de ellas es explicada por el doctor Ramón Escovar Alvarado como *“la arbitrabilidad objetiva está referida al campo y a los límites de los tópicos que pueden ser sometidos a arbitraje”*.¹¹ Lo cual, no es más que la arbitrabilidad objetiva nos permite responder a la pregunta qué puede resolverse mediante arbitraje.¹²

Por otro lado, es importante indicar que los tribunales arbitrales pueden conocer y decidir las mismas controversias que pueden ser conocidas por los tribunales mercantiles.¹³

Mientras que la arbitrabilidad subjetiva es *entendida como la capacidad de actuar y ser sujeto de derechos y obligaciones*,¹⁴ por lo cual, cuando hablamos de arbitrabilidad subjetiva nos estamos refiriendo a la capacidad de las personas que pueden comprometer en arbitraje o acudir a la vía arbitral.

Así las cosas, nos hemos referido a que la actividad de los abogados es una actividad económica, que puede ser objeto de transacción entre el cliente y el abogado, es por esto que no se evidencian criterios objetivos que excluya el proceso de intimación de honorarios de abogados de la jurisdicción arbitral, por tratarse, tal como lo dice el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, de una materia susceptible de transacción que además, podría ser conocida por los tribunales mercantiles.

No obstante, es preciso señalar que, aunque no existan criterios objetivos que impidan acudir a la jurisdicción arbitral para resolver conflictos surgidos entre los abogados y sus clientes, es necesario aclarar que esto solo será posible si en esa relación profesional existe un acuerdo arbitral por escrito¹⁵ donde se haga constar la manifestación de voluntad de ambas partes de resolver los posibles conflictos a través de este mecanismo.

¹¹ Escovar Alvarado, Ramón, «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual», en *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini* (Caracas, 2012), 528.

¹² Mogollón-Rojas, Ivor D, *El Arbitraje Comercial Venezolano* (Caracas, 2004), 47.

¹³ Escovar Alvarado, Ramón, «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual», 528.

¹⁴ Mogollón-Rojas, Igor, *El Arbitraje Comercial Venezolano*, 44

¹⁵ Artículo 6, Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

Para el doctor Eloy Anzola, la relevancia del acuerdo arbitral viene dado porque este hace surgir derechos a las partes, tales como lo serían el poder exigir a la contraparte acudir a la jurisdicción arbitral para resolver una o más controversias, pero a su vez, obliga a las partes a aceptar el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias una vez sea requerido por una de las partes.¹⁶

En este orden de ideas, por tratarse el acuerdo arbitral de un contrato, y considerando que la Ley de Arbitraje Comercial no hace mención acerca de los requisitos relativos a la capacidad para celebrar el acuerdo, se deben aplicar las mismas condiciones aplicables a cualquier contrato de acuerdo a nuestro código civil, por ello, autores como Luis Alfredo Araque, Carlos Eduardo Acedo, Gilberto Guerrero-Rocca y Pedro Planchart Pocaterra consideran que *“cualquier persona natural o jurídica puede celebrar un contrato por sí misma a menos que alguna norma legal disponga otra cosa”* asimismo, señalan que:

Cuando se trata de personas naturales sometidas a incapacidades o limitaciones, se puede requerir a representación o asistencia legal que corresponda y además, en muchos casos, una autorización judicial previa cuando el acto que se pretende realizar exceda la simple administración¹⁷

Al tratarse de materias que no versan sobre delitos o faltas, o vinculadas a cuestiones relativas al estado civil y capacidad de las personas, y por tanto arbitrables por el criterio de la arbitrabilidad objetiva, resulta evidente que los abogados pueden celebrar contratos de prestación de servicios profesionales con sus clientes en los que incluyan cláusulas arbitrales, estas les permitirán acudir a la jurisdicción arbitral ante un conflicto relativo al pago de los honorarios de abogados, siendo así posible intentar el proceso de intimación en sede arbitral.

3. Intimación de honorarios causados por servicios judiciales en sede arbitral

3.1. Extensión de Efectos a los abogados como terceros no signatarios

Analizado como ya fue el caso de si es posible acudir a sede arbitral para el cobro de honorarios de abogados por los servicios extrajudiciales prestados, resulta conveniente analizar el supuesto del abogado que asiste en un juicio a su cliente en la jurisdicción arbitral.

¹⁶ Anzola, J. Eloy, «Artículo 5» en Ley de Arbitraje Comercial Comentada, Tomo I, Coord. Fernando Sanquírigo Pittevil y Caterina Jordan (Caracas, 2022), 417

¹⁷ Araque, Luis Alfredo et al., «El Acuerdo de Arbitraje», en El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial (Caracas, 2013), 169-170.

Es necesario recordar que, para acudir a arbitraje y en consecuencia excluir del conocimiento de una determinada controversia a la jurisdicción ordinaria, debe existir la voluntad inequívoca de las partes de someter sus conflictos a arbitraje, la cual suele hacerse a través de una cláusula arbitral.

En ese sentido, es importante señalar que por el solo hecho que un abogado asista a un cliente en una demanda en sede arbitral no implica por sí mismo que la relación del abogado y el cliente quede amparada bajo la jurisdicción arbitral y en consecuencia se excluya la jurisdicción ordinaria.

Hoy en día hay quienes sostienen que el paradigma del arbitraje ha cambiado, abandonando el modelo tradicional de un único demandante y demandado.¹⁸ Para quienes sostienen esta teoría, el arbitraje debe analizarse desde dos perspectivas, una de ellas, como una institución en las que aunque hayan varias partes, estas se agrupan en demandantes y demandados por compartir un interés, pero por otro lado, y este es el que genera mayor interés en este trabajo, una perspectiva donde existen más de dos intereses y en consecuencia, es posible que una parte no signataria del acuerdo sea llamada al proceso o sea esta quien tenga interés en participar.¹⁹

A este respecto, es preciso hacer mención a la teoría de la extensión de efectos de la cláusula arbitral, según la cual un tercero no signatario de un acuerdo arbitral puede participar en el proceso como parte. Este supuesto ocurre cuando estos terceros han participado de manera activa en la negociación, en la ejecución y han sido parte de los conflictos que surgieron con ocasión al contrato que contenía el acuerdo arbitral,²⁰ requiriendo así una vinculación directa.

Pero la extensión de efectos a terceros no signatarios según algunos autores no ocurre de manera automática, entendiendo que para extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros que no hayan firmado el acuerdo o el contrato que contenía el acuerdo deben aceptar tal extensión.²¹ Así las cosas, el supuesto de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios podría ser más frecuente en grupos de sociedades, o en aquellos casos donde el tercero goza de algún beneficio directo de ese contrato, a pesar de no haberlo firmado.

¹⁸ Conejero Roos, Cristián y Irra De La Cruz, René «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado» Lima Arbitration N° 5 (2012-2013): 58, doi: https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf

¹⁹ Conejero Roos, Cristián y Irra De La Cruz, René «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado» 58,

²⁰ Mata Palacios, Luis Enrique y Tovar Pigna, Ana Elena «Algunas reflexiones sobre la extensión de efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios» Legal Report CEDCA (2011): 48-50, doi: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Legal-report_Business_diciembre_2011.pdf

²¹ Villalobos López, Andreina y París Cruz, Mauricio, «La cláusula arbitral a partes no signatarias» Revista de Ciencias Jurídicas N° 131 (2013): 24-25.

Visto lo anterior, mal podría encausarse el ejercicio profesional del abogado en la teoría de la extensión de efectos de la cláusula arbitral a terceros, pues su función es clara y delimitada y consiste en el ejercicio de las defensas de su cliente en la jurisdicción arbitral, haciendo valer las pretensiones ante el árbitro por ser el juez competente en el caso concreto, sin que el objeto de la prestación de servicio tenga una vinculación directa con el objeto del contrato contenido del acuerdo arbitral.

Es por las razones antes expuestas que la vía de la extensión de efectos carece de sustento para atraer a la jurisdicción arbitral el proceso de intimación de honorarios.

3.2. Extensión de funciones del Tribunal Arbitral por el principio de competencia funcional

Si aplicamos de manera estricta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulan el procedimiento de intimación de honorarios, en aquellos casos donde el juicio se haya tramitado en sede arbitral, el abogado que quiera intentar la reclamación de sus honorarios a través de un juicio tendría que acudir a la vía ordinaria, aunque las actuaciones se hayan dado en una jurisdicción distinta.

El traslado de jurisdicción para solicitar la intimación de honorarios traería consigo una serie de complicaciones para el abogado que quiera intentar dicho procedimiento, siendo la primera de estas que, al no estar las actuaciones en la jurisdicción ordinaria, este abogado tendría que solicitar la expedición de copias y acompañar a su solicitud las actuaciones que considere necesarias para hacer valer su derecho.

Esto trae consigo no solo un impacto económico en el abogado que desea iniciar el procedimiento, sino que además pone en riesgo la confidencialidad que caracteriza los procesos arbitrales, habida cuenta que la regla general en la jurisdicción ordinaria es que los juicios son públicos, y las actuaciones del procedimiento arbitral que originó la demanda de intimación, una vez consignadas por el abogado con el propósito de sustentar su pretensión pasarían a formar parte de dicho expediente.

Una posibilidad para mantener el proceso de intimación de honorarios en sede arbitral, es el criterio jurisprudencial de la competencia funcional. En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en su decisión N° 159 del 25 de mayo de 2000, indica:

Respecto a la denuncia por infracción del artículo 22 de la Ley de Abogados por error de interpretación, observa la Sala que la Ley de Abogados en su artículo 22, consagra que las pretensiones por honorarios profesionales de los abogados que tengan como fundamento actuaciones judiciales, deben ventilarse ante el mismo tribunal donde se realizaron estas actuaciones judiciales, previéndose así una competencia funcional. -

De la sentencia arriba citada se observa que se atribuye competencia al tribunal que conoce la causa donde se originan las actuaciones que dan lugar a la pretensión de

cobro de honorarios, independientemente de si por la materia o la cuantía le correspondía la competencia, denominándose a esto competencia funcional.

Asimismo, en el libro *Doctrina de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia* se indica:

Ha sido jurisprudencia reiterada que cuando se pretende el cobro de honorarios profesionales generados por actos realizados en sede judicial, deviene una competencia funcional, según la cual, será competente para conocer, en principio, de este tipo de pretensiones, aquel tribunal donde cursen las actuaciones que hayan generado el derecho al cobro de los honorarios reclamados, salvo los supuestos que esta Sala ha determinado al respecto en su doctrina.²²

Así las cosas, al atribuir competencia funcional a los tribunales que conocen la causa principal para conocer las pretensiones de estimación e intimación de honorarios, no se descarta la posibilidad de intentar por vía de arbitraje la reclamación de honorarios del abogado, por considerar que al haberse ventilado la causa en la jurisdicción arbitral es este tribunal quien tiene la competencia para conocer de la solicitud.

Bajo este criterio habría que plantearse si por la competencia funcional correspondería al tribunal arbitral que conoció la causa extender sus funciones para conocer del proceso de intimación de honorarios, o si, por el contrario, se trataría de un tribunal arbitral diferente al que conoció la causa.

De la interpretación de la jurisprudencia, se trataría del tribunal que conoció la causa principal, en cuyo caso, sería necesario extender la vigencia del tribunal arbitral y hacer una determinación de costos adicionales por conceptos de tarifas del centro de arbitraje y de honorarios de árbitros para resolver la incidencia surgida.

4. Arbitrabilidad de la incidencia sobre los honorarios en un juicio en jurisdicción arbitral

El último de los aspectos a ser analizados en este trabajo de investigación consiste en la reclamación surgida respecto del derecho del abogado al cobro de sus honorarios en el transcurso de un juicio en sede arbitral.

La ley de abogados regula el procedimiento en caso de reclamación de honorarios en el transcurso del procedimiento, remitiendo a la aplicación del artículo 386 del código de procedimiento civil,²³ además de fijar un límite máximo de audiencias para tramitar la incidencia.

²² «Estimación e Intimación de Honorarios Profesionales» en *Doctrina de la Sala de Casación Civil*, Colección *Doctrina Judicial* N° 3, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas, 2003) 37.

²³ El artículo 386 del Código de Procedimiento Civil al que remite la Ley de Abogados fue derogado, siendo el artículo correspondiente el 607 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la regulación de la ley es para aquellos casos tramitados en la jurisdicción ordinaria, regulación que es la esperada por tratarse de una ley previa a nuestra ley de arbitraje comercial. No obstante, esta regulación nos lleva a preguntar si ¿en caso de surgir una reclamación por el cobro de honorarios en la sede arbitral el abogado deba acudir a la vía ordinaria para hacer valer sus pretensiones?, y en ese caso, ¿qué sucedería en el procedimiento arbitral en curso, debería detenerse hasta tanto no sea resuelta la incidencia? O bien, ¿la parte deberá sustituir al abogado para no entorpecer el buen desarrollo del procedimiento?

Es menester recordar lo dispuesto en el artículo 167 del código de procedimiento civil, de acuerdo a esta norma los abogados pueden en cualquier estado del juicio exigir el pago de sus honorarios, es decir, la exigencia del pago de los honorarios no necesariamente ocurrirá finalizado el juicio.

Al tratarse de una incidencia, y visto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia citada en la sección anterior del trabajo, no cabe duda que la competencia para conocer tal incidencia debe ser atribuida al tribunal arbitral en funciones, quien deberá tramitar dicha incidencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece lo siguiente:

Artículo 607. Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el Juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo esta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia. Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día.

La ley de abogados fue redactada con anterioridad a la Ley de Arbitraje Comercial, razón por la cual difícilmente se encontrará una disposición que permita expresamente la posibilidad de los abogados de estimar y exigir el pago de sus honorarios en sede arbitral. No obstante, no implica esto una imposibilidad absoluta de resolver el conflicto de intimación de honorarios en la jurisdicción arbitral.

La estimación y cobro de honorarios no es una materia reservada a la jurisdicción ordinaria, por no encontrarse dentro de las establecidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual establece lo siguiente:

Artículo 3º. 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.

De acuerdo al criterio de arbitrabilidad objetiva y del criterio de competencia funcional atribuida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia es perfectamente posible que el tribunal arbitral conozca la incidencia respecto a la estimación e intimación de honorarios profesionales surgida en el transcurso de un procedimiento arbitral.

Es preciso recordar que el procedimiento arbitral goza de una flexibilidad que no posee el procedimiento en la jurisdicción ordinaria, por lo cual los árbitros podrán adaptar el requerimiento de los abogados de ser el caso, en función de preservar la celeridad y transparencia propios del arbitraje, lo cual, en lugar de afectar el procedimiento arbitral, favorecerá su continuación, resolviendo las posibles incidencias que surjan entre una de las partes y sus abogados por conflictos relacionados a la estimación e intimación de honorarios causados.

CONCLUSIONES

En el ejercicio de la profesión del abogado se persigue hacer valer las pretensiones de los clientes ante los tribunales competentes para conocer de la demanda, lo cual lleva horas de trabajo y dedicación. No obstante, en algunos casos, por diferencias respecto a la forma de estimar los honorarios o la creencia del cliente de lo que debería valer la actuación de ese abogado, surgen conflictos que podrían traer consigo el incumplimiento del pago de los honorarios causados.

Ante este supuesto, los abogados suelen acudir a la jurisdicción ordinaria, aunque la causa hubiese sido ventilada en sede arbitral, con el objeto de hacer valer su pretensión y obtener una solución a la controversia planteada, que debido a la congestión del sistema de justicia no será expedita, además de correr el riesgo de sufrir los efectos de la devaluación de sus honorarios.

En cuanto a la Ley de Arbitraje, se determinó que no existe limitación en cuanto a esta materia para acudir a arbitraje, por tratarse de una materia susceptible de transacción, y no estar incluida dentro de las causales de exclusión de la sede arbitral establecidas en el artículo 3 de la ley *in comento*.

Del análisis doctrinario y jurisprudencial, se determinó que de acuerdo al criterio de la arbitrabilidad objetiva es posible intentar ante la jurisdicción arbitral la demanda por cobro de honorarios profesionales bajo dos supuestos. El primero de los supuestos

consiste en que, si el ejercicio profesional es con ocasión a actuaciones extrajudiciales, exista un acuerdo arbitral entre el abogado y el cliente de someter las controversias relativas al cobro de los honorarios o incumplimiento en el pago de los mismos a arbitraje; mientras que el segundo supuesto obedece a las actuaciones judiciales del abogado en sede arbitral, por aplicación del criterio de competencia funcional. Razón está, por la cual se concluye que es arbitrable la intimación de honorarios en sede arbitral por aplicación del principio jurisprudencial arriba mencionado, así como por la aplicación de acuerdos arbitrales incluidos en contratos de prestación de servicios entre los abogados y sus clientes.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola, J. Eloy. «Artículo 5.» En *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*, de Caterina Jordan Fernando Sanquirico Pittevil, 401-462. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteavila, 2022.
- Araque Benzo, Luis Alfredo, Carlos Eduardo Acedo Sucre, Gilberto Guerrero-Rocca, y Pedro Luis Planchart Pocaterra. «El Acuerdo de Arbitraje.» En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial.*, 169-170. Caracas, 2013.
- Araque, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Caso: *Juicio por estimación e intimación de honorarios profesionales*. Sentencia 159 (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, 25 de Mayo de 2000).
- De Jesús O., Alfredo. «Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano.» En *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas*, de Alfredo, et. al. De Jesús O., 57-131. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006.
- Escovar Alvarado, Ramón. «El Arbitraje Comercial Frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual.» En *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini.*, 526. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo. *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- Guerra H, Victor Hugo, y Ramón Escovar Alvarado. «El ámbito de aplicación de la LAC: las controversias no susceptibles de arbitraje, las controversias susceptibles de arbitraje y las controversias patrimoniales.» En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, de Carlos Eduardo Acedo Sucre, y otros, 134-135. Caracas, 2013.
- Madrid Martínez, Claudia. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el derecho venezolano.» En *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, de Oscar Ochoa, y otros, 505-506. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007.
- Mata Palacios, Luis Enrique, y Ana Elena Tovar Pigna. «Algunas Reflexiones sobre la extensión de efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios.» *Legal Report*, 2011: 48-50.
- Mogollón-Rojas, Ivor D. *El Arbitraje Comercial Venezolano*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, C.A, 2004.
- Munné Catarina, Frederic. *La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Prearbitral*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- Real Academia Española. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. 2020. <https://dpej.rae.es/lema/honorarios-del-abogado> (último acceso: 23 de Enero de 2022).

Tribunal Supremo de Justicia. «Estimación e Intimación de Honorarios Profesionales» En *Doctrina de la Sala de Casación Civil, Colección Doctrina Judicial N° 3, 37*. Caracas, 2003.

Villalobos López, Andreina , y Mauricio París Cruz. «La cláusula arbitral a partes no signatarias.» *Revista de Ciencias Jurídicas N° 131, 2013*: 14-41.

Caso: Juicio por estimación e intimación de honorarios profesionales. Sentencia 159 (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil, 25 de Mayo de 2000).

Ley de Arbitraje Comercial. (Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.)

Ley de Abogados (Gaceta Oficial N° 1.081, Extraordinario, del 23 de enero de 1967)

Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209, Extraordinaria, del 18 de septiembre de 1.990)

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_del_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 Translex, 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/d2f4e0-b3ad860ad2e74d21ae2d3f93a0fb5efa.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/download/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.

Arbitraje comercial: algunas consideraciones sobre la separabilidad del convenio arbitral desde el Derecho español

Miguel Ángel Serrano Pérez*

ESPAÑA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 145-185

Resumen: La finalidad de este artículo es reflejar una sucinta reflexión desde la perspectiva del Derecho español sobre diversas cuestiones relacionadas con la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral.

Palabras clave: Derecho español, convenio arbitral, doctrina de la separabilidad.

Commercial arbitration: A few issues about the separability of the arbitration a

Abstract: *The purpose of this article is to show some brief thoughts about different issues related to the separability doctrine of the arbitration agreement from the standpoint of the Spanish Law.*

Keywords: *Spanish Law, arbitration agreement, separability doctrine.*

Autor invitado

* Licenciado en Derecho con la calificación de sobresaliente-honor y premio extraordinario por la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE (Madrid-España). Abogado ejerciente número 46.136 del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (España) desde 1991. Ha sido socio de los Despachos Garrigues, Cremades Calvo-Sotelo y Crowe Horwath en el departamento de litigación y arbitraje, dirigiendo asimismo dicho departamento en las oficinas de Madrid (España) de los dos últimos Despachos anteriormente citados. En la actualidad, se dedica exclusivamente a fungir de árbitro, tanto nacional como internacional, siendo unos de los árbitros españoles incluido por la Comisión Europea en la denominada "List of Candidates Suitable for Appointment as Arbitrators under trade agreements to which the European Union is a party". Igualmente, es vicepresidente del Consejo Arbitral de la Comunidad Autónoma de Madrid (España) y profesor asociado del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (España).

Arbitraje comercial: algunas consideraciones sobre la separabilidad del convenio arbitral desde el Derecho español

Miguel Ángel Serrano Pérez*

ESPAÑA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 145-185

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Significado de la doctrina de la separabilidad. 1.1 El convenio arbitral es un contrato diferente y autónomo. 1.2 Posibilidad de aplicar al convenio arbitral su propia normativa. 1.3 Supuesto de cesión contractual. 1.4 La separabilidad no tiene un carácter absoluto. 1.5 Acogida de la separabilidad en los arbitrajes institucionales. 2. Validez del convenio arbitral frente a la pretensión de invalidez o nulidad del contrato. 3. Subsistencia del convenio arbitral incluso tras la extinción del contrato en el que aquél está inserto como una cláusula contractual o, en su caso, al que se refiere o del que traiga causa. 4. Competencia de los árbitros para propiamente decidir sobre la validez y eficacia del convenio arbitral. 4.1 Regla de “la competencia sobre la competencia”. 4.2 De haberse iniciado un litigio judicial antes de instar el procedimiento arbitral: “tesis débil”. 4.3 De existir un procedimiento arbitral en curso, durante cuyo desarrollo una de las partes intente iniciar actuaciones judiciales simultáneas: “tesis fuerte”. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral es el pacto que da vida al arbitraje comercial¹, y marca los límites exactos sobre los que se desarrollará éste². Y así, ha de ponderarse que la institución del arbitraje –tal y como viene configurada por la propia Ley de Arbitraje

* Licenciado en Derecho con la calificación de sobresaliente-honor y premio extraordinario por la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE (Madrid-España). Abogado ejerciente número 46.136 del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (España) desde 1991. Ha sido socio de los Despachos Garrigues, Cremades Calvo-Sotelo y Crowe Horwath en el departamento de litigación y arbitraje, dirigiendo asimismo dicho departamento en las oficinas de Madrid (España) de los dos últimos Despachos anteriormente citados. En la actualidad, se dedica exclusivamente a fungir de árbitro, tanto nacional como internacional, siendo uno de los árbitros españoles incluido por la Comisión Europea en la denominada “List of Candidates Suitable for Appointment as Arbitrators under trade agreements to which the European Union is a party”. Igualmente, es vicepresidente del Consejo Arbitral de la Comunidad Autónoma de Madrid (España) y profesor asociado del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (España).

¹ Así, por ejemplo, se suele caracterizar a la función del árbitro «como específicamente contractual», de naturaleza eminentemente privada y dotada de «una función transitoria que nace de la voluntad contractual de las partes que les confieren poder decisorio sobre controversias privadas en las cuales existan intereses susceptibles de libre disposición» (vid. De Palacio, Urquiola: “Sobre la responsabilidad de los árbitros”, en *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 33/2018, Madrid: Club Español del Arbitraje, 2018, página 13 y nota al pie número 20).

² Por lo que respecta a esta cuestión, véase Esplugues Mota, Carlos: “Resolviendo cuestiones complejas con normas alambicadas. La regulación del convenio arbitral en el arbitraje internacional en España”, en *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral, Tomo 1*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 – Colección estudios n.º 2, página 708.

española– constituye un mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales.

La razón de ser de dicha configuración se encuentra en el respeto a la libertad personal y autonomía de la voluntad de las partes (artículos 1.1 y 10 de la Constitución Española), las cuales han decidido, en virtud de un convenio arbitral, sustraer de la jurisdicción ordinaria toda resolución de sus posibles controversias –con renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (artículo 24 de la Constitución Española)– y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, quedando estas últimas vedadas al enjuiciamiento por los órganos judiciales desde ese preciso citado momento³.

En este mismo sentido, no se olvide que:

«Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un “equivalente jurisdiccional”, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada. La exclusividad jurisdiccional a que alude el art. 117.3 de la Constitución Española no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el art. 24 de la Constitución Española. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio»⁴.

³ Así, pueden citarse las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional español: Sala 1ª, del 15 de junio de 2020 (RTC 2020\46), 15 de febrero de 2021 (RTC 2021\17), 15 de marzo de 2021 (RTC 2021\55 y RTC 2021\65) y 27 de junio de 2022 (RTC 2022\79); Sala 2ª, del 4 de abril de 2022 (RTC 2022\50). Del mismo modo, debe ponerse de manifiesto que dicha jurisprudencia constitucional sobre el principio esencial de la libertad personal y autonomía de la voluntad se ha visto reflejada en numerosas resoluciones judiciales españolas. Y así, entre otras muchas, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 10 de diciembre de 2021 (JUR 2021\383415), 31 de mayo de 2022 (JUR 2022\229311) y 14 de septiembre de 2022 (JUR 2022\329281). Y en idéntica dirección, cabe mencionar igualmente las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848) y 27 de mayo de 2022 (JUR 2022\302383); Islas Canarias -Las Palmas de Gran Canaria-, del 26 de mayo de 2022 (JUR 2022\255714); Asturias, del 31 de mayo de 2022 (JUR 2022\206236); y Extremadura, del 29 de junio de 2022 (JUR 2022\272715). Asimismo, por ejemplo, puede consultarse el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Logroño del 2 de julio de 2021 (JUR 2021\396859) o, en fin, la Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de febrero de 2022 (JUR 2022\163447). Por otro lado, debemos precisar que el arbitraje que nos ocupa es el comercial o contractual, y al respecto debe tenerse en consideración que, como se resalta en el apartado 55 de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 6 de marzo de 2018, caso *República Eslovaca contra Achmea BV* (TJCE 2018\66), así como en el apartado 59 de la Sentencia de esa misma Gran Sala del 2 de septiembre de 2021, caso *República de Moldavia contra Komstroy LLC* (JUR 2021\284525), este tipo de arbitrajes tienen «su origen en la autonomía de la voluntad de las partes».

⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español del 11 de enero de 2018 (RTC 2018\1). En lo atiente a esta cuestión de la renuncia transitoria y puntual a la tutela judicial, y entre otras, puede también verse la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional español del 2 de diciembre de 2010 (RTC 2010\136). Igualmente, debe traerse a colación la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así, por ejemplo, podemos referirnos a la Sentencia de la Sección 5ª de dicho Tribunal del 28 de octubre de 2010, dictada en el caso *Suda contra Republica Checa* (TEDH 2010\105), en cuyo parágrafo 48 establece que: «El Tribunal recuerda que el derecho de acceso a un tribunal –garantía que deriva del artículo 6.1 del Convenio– no implica, en materia civil, que el tribunal sea necesariamente una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias del país [...]. El artículo 6 no se opone, por tanto, a la creación de tribunales arbitrales para que juzguen ciertos conflictos de carácter patrimonial que enfrentan a particulares. Nada impide que los justiciables renuncien a su derecho a un tribunal a favor de un arbitraje, a condición de que dicha renuncia sea libre, lícita e inequívoca (R. contra Suiza, núm. 10881/1984, Decisión de la Comisión de 4 marzo 1987, Decisiones e informes (DI) núm. 51; Osmo Suovaniemi y otros contra Finlandia (dec.), núm. 31737/1996, 23 febrero 1999; Transado-Transportes Fluviais do Sado, SA contra Portugal (dec.), núm. 35943/2002, 16

Y todo ello, porque debe tenerse en cuenta lo siguiente:

«El arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es “un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F J 1). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción –pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 1511989, 62/ 1991 y 174/1995– legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)»⁵.

diciembre 2003)». Sobre esta misma cuestión puede también verse, entre otras muchas, la Sentencia de la Sección 3ª del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2 de octubre de 2018, caso *Mutu y Pechstein contra Suiza*, parágrafos 94 y 96 (JUR 2018\259479). Y por último, en lo atinente a que el laudo produce efectos de cosa juzgada debido a que constituye una resolución que pone fin al procedimiento arbitral con una eficacia similar a la sentencia firme en los procedimientos judiciales, puede verse también el artículo 43 de la Ley de Arbitraje española, debiendo resaltarse que dichos efectos de cosa juzgada, además de por el Tribunal Constitucional español, han sido reconocidos del mismo modo por los órganos de la jurisdicción ordinaria (así, por ejemplo, pueden citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 2013 [R.J 2014\345] y el Auto de ese misma Sala del Tribunal Supremo del 7 de octubre de 2022 [JUR 2022\330407]).

- ⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español del 11 de enero de 2018 (RTC 2018\1). Es decir, quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho, claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legalmente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del artículo 24 de la Constitución Española «cuyas exigencias sólo rigen [...], en lo que atañe para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (Sentencias del Tribunal Constitucional español: Sala 1ª, del 17 de enero de 2005 [RTC 2005\9], 15 de marzo de 2021 [RTC 2021\65] y 27 de junio de 2022 [RTC 2022\79]; Sala 2ª, del 4 de abril de 2022 [RTC 2022\50]). No se olvide, además, que «si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación» (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional español del 27 de junio de 2022 [RTC 2022\79]). Y toda la anterior doctrina constitucional se ha visto reflejada en numerosas resoluciones dictadas por diferentes órganos judiciales españoles (así, por ejemplo, pueden citarse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 28 de abril de 2021 [AC 2021\1361], 11 de julio de 2022 [JUR 2022\279911] y 13 de julio de 2022 [JUR 2022\280006], al igual que las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 27 de mayo de 2022 [JUR 2022\302383]; y País Vasco, del 20 de julio de 2022 [JUR 2022\278245]). Es más, dicha doctrina enlaza perfectamente con la también ya fijada al respecto en el ámbito de la Unión Europea, al considerar que «las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales» (en este sentido, puede verse el apartado 35 de la Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 1 de junio de 1999, caso *Eco Swiss China Time Ltd. contra Benetton International NV* [TJCE 1999\110], y el apartado 34 de la Sentencia de la Sala 1ª del mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 26 octubre 2006, caso *Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L.* [TJCE\2006\299]). Y de ahí que, a la vista de todo lo que antecede, quepa concluir que la acción de nulidad del laudo tiene un carácter extraordinario, pues su «entendimiento como una fase revisora privaría de sustantividad propia así como de autonomía y sentido, al método arbitral como sistema característico; como sistema en sí mismo [...], de modo que la pretensión de anular judicialmente lo decidido por un Laudo debe concebirse como un remedio excepcional, extraordinario, sometido a causas tasadas y que deben ser de interpretación estricta» (Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 10 de diciembre de 2021 [JUR 2021\383415]). Por otro lado, y en relación con dicho control limitado, debe ponderarse que la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 6 de marzo de 2018, caso *República Eslovaca contra Achmea BV* (TJCE 2018\66), recordó en su apartado 54,

De ahí que, a la luz de lo anteriormente expuesto, numerosas resoluciones judiciales españolas definan al convenio arbitral como «*el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o extracontractual*»⁶.

Luego no cabe duda de que el convenio arbitral es un auténtico contrato⁷. Y como tal, las personas que subscribieron dicho convenio son las únicas a las que éste, *prima facie*, vincula⁸.

En definitiva, y como hemos visto, podemos afirmar que el arbitraje comercial descansa en la autonomía de la voluntad de las partes sobre la base de la validez y eficacia del convenio arbitral, hasta el punto de que este convenio es la piedra angular de aquel primero⁹.

Ahora bien, a efectos de determinar la validez y eficacia del convenio arbitral, cabe preguntar si puede entenderse que tal convenio, de conformidad con el Derecho español, resulta autónomo e inmune respecto del contrato que frecuentemente lo contiene como una mera cláusula o bien, en su caso, del que depende por venir referido al mismo o traer causa cuando el citado convenio constituye un acuerdo reflejado en un documento aparte. Esto es, si con ese fin indicado: ¿Ha de considerarse que dicho convenio

asimismo, que: «*Ciertamente, por lo que se refiere al arbitraje comercial, el Tribunal de Justicia ha declarado que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, apartados 35, 36 y 40, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartados 34 a 39)*». Y estos últimos razonamientos se reiteraron también, por ejemplo, en el apartado 58 de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 2 de septiembre de 2021, caso *República de Moldavia contra Komstroy LLC* (JUR 2021\284525). Pues bien, dichos criterios exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se cumplen plenamente en el caso de España mediante los mecanismos de control establecidos al efecto, no sólo por lo que se refiere a la citada acción de anulación de los laudos, sino igualmente en cuanto al reconocimiento y ejecución de los mismos.

⁶ Al respecto, y entre otras muchas, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3021), así como la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de noviembre de 2018 (JUR 2019\15800), e igualmente las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 10 de noviembre de 2011 (RJ 2012\10946) y 23 de septiembre de 2015 (RJ 2015\4998). Del mismo modo, por ejemplo, pueden traerse también a colación el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de León del 16 de octubre de 2020 (JUR 2021\80533) y la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia del 15 de junio de 2021 (JUR 2021\284886).

⁷ Véase De Benito, Marco: *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010, página 39.

⁸ Entre otras, pueden citarse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2 de noviembre de 2015 (JUR 2015\301732), 5 de noviembre de 2015 (AC 2016\1) y 21 de marzo de 2017 (AC 2017\480). Y dicha vinculación de las referidas partes deriva, asimismo, del principio de la relatividad de los contratos o *res inter alios acta* (artículo 1257, párrafo primero, del Código Civil español), al igual que del artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje española, que contempla el denominado "efecto positivo" del convenio arbitral, cuando dispone que dicho convenio «*obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado*». Es decir, este último artículo citado se sitúa dentro del ámbito de la vinculación contractual nacida del artículo 1091 del Código Civil español. De este modo, el aludido "efecto positivo" del convenio arbitral no es otra cosa que la aplicación del principio *pacta sunt servanda* al ámbito específico del arbitraje (vid. Arias, David: "Comentario al art.11", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005, páginas 102 y ss. En idéntico sentido, por ejemplo, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia del 10 marzo de 2014 [AC 2014\483]).

⁹ Así, y entre otras, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 26 de julio de 2022 (JUR 2022\283853).

arbitral y cualquiera de los mencionados contratos son, a su vez, contratos plenamente diferenciados entre sí?

1. Significado de la doctrina de la separabilidad

La respuesta a la pregunta anteriormente formulada se encuentra en la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral, cuya justificación está fundada en «*la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral*» y su objetivo es, precisamente, «*garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se pacta*»¹⁰.

Esta citada doctrina de la separabilidad se ha convertido en una pauta básica de la práctica arbitral (pues es «*uno de los pilares fundamentales de la funcionalidad del arbitraje*»¹¹), y figura reflejada, como un principio esencial, en todas las legislaciones arbitrales de corte avanzado¹².

1.1. El convenio arbitral es un contrato diferente y autónomo

Por lo que respecta a España, debe tenerse presente que dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 22.1, *in fine*, de la Ley de Arbitraje española¹³, al consi-

¹⁰ Fernández Rozas, José Carlos y Elena Artuch Iriberrí: "Validez y eficacia del convenio arbitral internacional", en *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral*, Tomo 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 – Colección estudios n° 2, página 753.

¹¹ Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña del 19 de marzo de 2015 (AC 2015\459).

¹² Para una visión y análisis de la evolución de este principio, puede consultarse Fernández Rozas, José Carlos: "Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña", en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IX, n° 2, Madrid: Editorial Iprolex, 2016, páginas 581 a 608.

¹³ Como pone de manifiesto el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española, la regla "*Kompetenz-Kompetenz*" «*abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato*» al que está incorporado dicho convenio como cláusula del mismo. Y ello, «*en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral*» (entre otras, véanse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura, del 4 de junio de 2020 [JUR 2020\233140] y 1 de febrero de 2021 [AC\2021\1393]; y Galicia, del 29 octubre de 2020 [JUR 2020\358961]; o también, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña del 19 de marzo de 2015 [AC 2015\459]). Por tanto, ha de resaltarse que dicha regla "*Kompetenz-Kompetenz*" constituye el corolario del citado principio de la separabilidad (al respecto, puede verse Rosen, Janet A: "Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence", en *Fordham Int'l L. J.*, Vol. 17, n° 3, Nueva York: 1993, página 609). De ahí que exista una relación de íntima complementariedad entre la regla "*Kompetenz-Kompetenz*" y el principio de la separabilidad (vid. Cadarso Palau, Juan: "Comentario al art. 22", en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2004, página 261). Luego la regla de "la competencia sobre la competencia" se presenta vinculada al principio de la separabilidad: «*El efecto esencial de este último principio es que el acuerdo arbitral escapa a la nulidad o a la resolución del contrato principal. Por tanto, la primera misión de los árbitros es fijar los límites y contornos de su encargo*» (Hinojosa Segovia, Rafael y Antonio Hierro Hernández-Mora: "El arbitraje comercial internacional en España: Marco legal y jurisprudencial", en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Colombia: Editorial Legis, 2009, página 386). No obstante, debe ponderarse lo siguiente: «*Partiendo de que las nociones de "separabilidad" y de "competencia-competencia" muchas veces son convergentes, pues ambas están orientadas a la optimización de la eficacia de los acuerdos de arbitraje, y a resguardar la voluntad de las partes de recurrir a la instancia arbitral y no a la justicia estatal, no siempre operan conjuntamente, aunque la resolución de la primera condiciona el resultado de la segunda. La separabilidad está referida esencialmente a que el acuerdo de arbitraje está separado del contrato en el que está inserto, mientras que la determinación de la competencia está centrada en los poderes de los árbitros para poder resolver el litigio*» (Fernández Rozas, José Carlos: "Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña", en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y*

derar que el convenio arbitral es un contrato distinto y autónomo del contrato mismo al que se encuentra ese convenio incorporado como una de sus cláusulas¹⁴.

Es decir, en este contexto el principio de la separabilidad significa que:

«[L]a cláusula arbitral, a pesar de su inclusión en el contrato y, por tanto, de su pertenencia orgánica al mismo, presenta una cierta independencia respecto a ese negocio jurídico que la alberga. Existe desde luego una íntima relación entre el cuerpo principal del contrato y el convenio arbitral, en la medida en que éste, por decisión común de las partes, determina el cauce procedimental a seguir para la solución de las controversias que puedan surgir a raíz de aquél; sin embargo, la eventual invalidez del contrato en su conjunto no implica necesariamente la del propio compromiso arbitral»¹⁵.

de inversiones, Vol. IX, nº 2, Madrid: Editorial Iprolex, 2016, página 583). Asimismo, sobre el principio de la separabilidad puede verse igualmente Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 331. En cuanto al referido artículo 22.1, in fine, de la Ley de Arbitraje española, el mismo dispone lo siguiente: «[...] A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

¹⁴ Esto es, la "severability or separability doctrine" del Derecho norteamericano. Así, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 15 de junio de 2015 (RJ 2015\40539) y 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848). En este mismo sentido, señalan Chillón, José María, y José Fernando Merino: *Tratado de Derecho Arbitral*, Madrid: Editorial Aranzadi, 2006, página 1138: «El principio de autonomía del convenio arbitral en relación con el contrato principal está ampliamente reconocido en todos los sistemas jurídicos. En el sistema de "common law" se conoce como "severability" o "separability" para significar lo propio en el derecho continental donde está más acrisolado el término de autonomía o incluso el de independencia o desvinculación del convenio arbitral. El principio de autonomía ha sido reconocido en el derecho del arbitraje tanto nacional como convencional, y por la jurisprudencia judicial y la práctica arbitral. Es uno de los asideros fundamentales de la funcionalidad del arbitraje como institución [...]». En cuanto a la referida separabilidad del convenio arbitral, y entre otras muchas, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 8 de mayo de 2013 (JUR 2014\261305), 24 febrero de 2014 (JUR 2014\261279), 24 de mayo de 2018 (AC 2018\790), 7 de enero de 2020 (JUR\2020\92538) y 9 de septiembre de 2021 (JUR 2021\351482). Asimismo, en la misma dirección pueden citarse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 9 de noviembre de 2017 (RJ 2017\6075); y País Vasco, del 23 abril de 2020 (JUR 2020\151040). Igualmente, pueden traerse a colación las siguientes Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid: Sección 19ª, del 23 de octubre de 2009 (JUR 2010\171396); y Sección 21ª, del 1 de octubre de 2009 (JUR 2010\21472); así como el Auto del 14 de enero de 2020 dictado por la Sección 13ª de dicha Audiencia Provincial (JUR 2020\113514). Y también las Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona del 19 de abril de 2016 (JUR 2016\143386) y 28 de julio de 2017 (AC 2017\880), al igual que la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 27 de octubre de 2006 (JUR 2007\953). Del mismo modo, puede citarse el Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada del 24 de noviembre de 2017 (JUR 2018\71374). O en fin, por ejemplo, el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona del 3 de enero de 2019 (JUR 2019\47785), en el que se dispone lo siguiente: «El convenio arbitral y el contrato en el que se contiene son pactos diferentes, de manera que la nulidad de cada uno de ellos son cuestiones separables según dispone expresamente el art. 22 Ley Arbitraje [...]. Lo explica la ley en el p. V de su E.M. [...]. La cláusula inserta en el contrato, determinando la sumisión a arbitraje de cualquier cuestión, no excluye la nulidad de la cláusula pretendida porque esta cuestión entra dentro de la competencia de los árbitros». Por último, puede verse también Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 331.

¹⁵ De Lorenzo, Manuel: "Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)", en Notas de jurisprudencia, *LA LEY Mediación y Arbitraje nº 11, abril-junio 2022*, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, página 365. Asimismo, puede verse Fernández Rozas, José Carlos: "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 714: «[L]a acción del denominado "principio de separabilidad" que implica que el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas; [...] esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo [...] La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual que es para lo que se pacta».

Y lo precedente, en el entendimiento de que el convenio arbitral no queda sujeto a los avatares de dicho contrato del cual aquél forma parte¹⁶, pues goza de esa independencia o autonomía material frente al mismo tanto en lo relativo a su existencia como a su validez –«a este efecto» especifica el citado artículo 22.1, *in fine*, de la Ley de Arbitraje española¹⁷.

Desde esta perspectiva, pues, la separabilidad constituye un principio instrumental que básicamente pretende disociar la cláusula arbitral del contrato en que está inserta, a fin de evitar que quede afectada por las vicisitudes que pueda sufrir dicho contrato (así, por ejemplo, la nulidad, anulación, rescisión, resolución o terminación por cualquier otra causa).

Es más, debe tenerse presente que esa consideración del convenio arbitral como un acuerdo autónomo se reconoce también en el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje española, según razonaremos a continuación.

Así, ha de partirse de que en ese precepto normativo citado se contempla expresamente que dicho convenio puede adoptar la forma de una cláusula incorporada a otro contrato más amplio¹⁸. Pero no sólo eso, sino que asimismo se dispone que tal convenio puede igualmente venir conformado por un acuerdo «*independiente*».

¹⁶ Al respecto, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 15 de junio de 2015 (RJ 2015\4053). Como señala Gil Minguión, Susana: *La Extensión de la Eficacia del Convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional*, La Rioja: Universidad de La Rioja, 2001, páginas 65 y 66: «Es accesorio, sí, siempre que por accesorio entendamos instrumental, al servicio de las partes, para la resolución de las posibles controversias entre ellas. Ahora bien, no puede defenderse la accesoriidad como dependencia en cuanto existencia, validez, eficacia... etc. La cláusula arbitral, por su autonomía, está sometida a sus propias vicisitudes».

¹⁷ Sobre el significado de la expresión «a este efecto», puede verse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 24 de abril de 2018 (AC 2018\787), en la que se indica: «La independencia de la cláusula arbitral respecto del contrato principal, que recoge el artículo 22 de la LA, y la misma es sólo relativa y respecto a ciertos efectos de validez, subsistencia (a estos efectos, especifica el precepto) y ley aplicable (art. 9.6)». Igualmente, el Auto de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 9 de abril de 2008 (AC 2008\1702) resalta que el convenio arbitral se considerará como un acuerdo autónomo «a este efecto». Del mismo modo, la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona del 19 de abril de 2016 (JUR 2016\143386) indica: «En efecto, es cierto que la propia Ley de Arbitraje atribuye autonomía al convenio arbitral respecto del contrato del que forma parte. Sin embargo, esa autonomía se proclama en el artículo 22 a los solos efectos de preservar la validez de la cláusula de las causas de nulidad que puedan afectar al contrato principal [...]». Asimismo, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real del 30 de junio de 2017 (JUR 2017\218275) señala: «A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo [...] Obsérvese que, de no existir dicha norma, bastaría con instar la nulidad de la cláusula que contiene el convenio arbitral para excluir la entrada en juego de la misma, lo que podría generar, sin duda, situaciones de fraude de ley, proscritas por la ley». Al respecto, puede verse también González-Bueno, Carlos: «El Artículo 22», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, páginas 411 y 412, en donde dicho autor señala lo siguiente: «Para establecer esta regla el art. 22 acude a dos presunciones. La primera es iure et de iure y prevé que, a los efectos de que los Árbitros puedan decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral [...] el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. Nos hallamos ante una auténtica ficción legal que no admite prueba en contrario. La autonomía o independencia de la cláusula compromisoria es proclamada por el Legislador unilateralmente, por lo que ni el Árbitro, ni las partes tendrán que demostrar que se corresponde con la verdadera voluntad de estas últimas. La segunda presunción tiene carácter de iuris tantum y se refiere a que la decisión de los Árbitros que declara la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

¹⁸ Y de ahí que «el convenio arbitral tiene una autonomía propia que lo hace independiente del contrato en el que está inserto» (Bravo, Luis y Víctor Gamero: Sección 4, «Ley aplicable: determinación y aplicación» del Capítulo 2 «Convenio arbitral, jurisdicción y ley aplicable», en *Memento de Arbitraje 2020-2021*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2020, número marginal 2360, página 132).

Pues bien, es en este contexto donde no se debe olvidar tampoco que en ambos supuestos –esto es, tanto si el convenio arbitral es una simple cláusula contractual como si es un acuerdo que se encuentra plasmado en documento aparte–, y a tenor del artículo 9.1 de la citada Ley de Arbitraje, el convenio arbitral ha de expresar cuál sea aquel contrato que constituya la «*determinada relación jurídica*» de la que han de derivar las controversias entre las partes y, por consiguiente, aquélla que configura la materia objeto de dicho convenio arbitral¹⁹.

En suma, el tan mencionado artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje española requiere siempre la necesaria indicación en el convenio arbitral de «*todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual*»²⁰. O dicho de otra manera, si se prefiere, exige la determinación de la «*relación jurídica concreta sobre la que se proyecta*»²¹.

Y esto entraña, por tanto, la existencia de una determinada relación jurídica entre las partes. Pero ésta, a su vez, no ha de ser confundida con el convenio arbitral, en cuanto a que el arbitraje instituido mediante dicho convenio pertenece, por su función, a un tipo contractual que se incluye entre los denominados «*contratos de decisión*», dirigidos a «*la liquidación de los conflictos sociales*»²².

¹⁹ Al respecto, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 18 de marzo de 2002 (RJ 2002\2847), 20 de junio de 2002 (RJ 2002\5256), 31 de mayo de 2003 (RJ 2003\5217), 27 de mayo de 2007 (RJ 2007\3648), 23 de junio de 2010 (RJ 2010\4907) y 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3021). Igualmente, las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, del 16 de mayo de 2013 (RJ2013\5394); Comunidad Valenciana, del 27 de octubre de 2014 (JUR 2015\92667); y Madrid, del 13 de marzo de 2018 (AC 2018\545), 13 abril de 2018 (JUR 2018\166161) y 18 de febrero de 2019 (JUR 2019\120857). En este sentido, también puede traerse a colación el Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares del 22 de marzo de 2018 (JUR 2018\150696).

²⁰ En este sentido, puede verse Montés, Vicente: "El convenio arbitral y sus efectos" en *La nueva Ley de Arbitraje*, Madrid: Recoletos Grupo de Comunicación-Diario "Expansión", Despachos Garrigues y Cuatrecasas, 2004, páginas 55, 56 y 60.

²¹ Cubillo López, Ignacio José: *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2016, página 499. No sobraría añadir, además, que la razón de dicha exigencia radica en que no puede haber una renuncia general a la jurisdicción ordinaria entre las partes que suscriben el convenio arbitral, lo que sucedería en la medida en que no se satisficiera ese requisito legalmente establecido de la determinación de la concreta relación jurídica de naturaleza contractual a la que el convenio arbitral corresponde (así, puede verse Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 315). Por tanto, con la exigencia legal de ese requisito se trata de evitar las renunciaciones generales a las acciones judiciales (en este sentido, y por todas, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 24 de mayo de 2018 [AC 2018\790]; asimismo, puede verse Montés, Vicente: "El convenio arbitral y sus efectos" en *La nueva Ley de Arbitraje*, Madrid: Recoletos Grupo de Comunicación-Diario "Expansión", Despachos Garrigues y Cuatrecasas, 2004, página 56; e igualmente Chillón, José María, y José Fernando Merino: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, página 146). Ha de concluirse, pues, que «*el arbitraje no tiene cabida sino en el ámbito de la relación contractual de las partes*» (Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 27 de noviembre de 2018 [JUR 2019\36253]). Y de ahí que al arbitraje se sometan las partes para «*resolver su conflicto*» respecto a una concreta relación jurídica –y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española–, de forma que la renuncia pasa a ser «*voluntaria y transitoria*» (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español del 11 de enero de 2018 [RTC 2018\1]). Igualmente, con el requisito legal al que nos venimos refiriendo se impide que «*una parte resulte sorprendida por la atribución al arbitraje de relaciones distintas de aquéllas por motivo de las cuales se pactó la sumisión a arbitraje*» (Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 315). En este sentido, también puede verse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 29 de octubre de 2018 (RJ 2018\5904).

²² Chillón, José María, y José Fernando Merino: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, página 115.

De ahí que se tenga que distinguir y separar, en todo caso, aquella concreta relación jurídica del propio convenio arbitral, pues este último sólo «establece el método de resolución de las disputas que puedan plantearse en relación con aquella relación jurídica»²³.

Y por esta razón, la separabilidad del convenio arbitral ha de postularse siempre. Esto es, en todo lugar y cualquiera que sea la forma final que haya adoptado el convenio arbitral, dada la conexión o ligazón existente entre tal convenio y el mencionado contrato²⁴.

Por otro lado, y en cuanto a las razones que justifican este principio de la separabilidad, debe indicarse que son varias. Sin embargo, éstas se podrían resumir y agrupar en cuatro «no esencialmente disyuntivas», y que son las siguientes:

« (i) Su correspondencia con la intención de las partes, cuyo sometimiento a arbitraje tiene precisamente como finalidad canalizar por esa vía, de manera general, las controversias que puedan surgir en relación con el contrato en el que se incluye dicho compromiso;

(ii) El refuerzo que supone para la integridad y eficacia del proceso arbitral, la cual podría verse comprometida por el mero hecho de que una de las partes alegase la invalidez o inexistencia del convenio arbitral;

(iii) La existencia de una presunción de existencia de dos acuerdos, el principal que viene representado por el contrato y el sometimiento arbitral, con independencia propia de este último respecto del anterior;

(iv) Y, finalmente, que si esa regla no se aplicase, los órganos jurisdiccionales tendrían que entrar a dictaminar sobre el fondo de la disputa, cuando eso es algo que precisamente les está vedado»²⁵.

²³ De Benito, Marco: *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010, página 48.

²⁴ Téngase presente que: «Existe una necesidad práctica perentoria: desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta» (Fernández Rozas, José Carlos: "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 718). Luego el convenio arbitral es igualmente «un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere» (Fernández Rozas, José Carlos y Elena Artuch Iriberrí, "Validez y eficacia del convenio arbitral internacional" en *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral*, Tomo 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 – Colección estudios nº 2, página 753). Y en este sentido, por ejemplo, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 23 abril de 2020 (JUR 2020\151040), que señala lo siguiente: «Así, es sabido que el convenio arbitral, que puede formalizarse bien a través de una cláusula incorporada a un contrato -como es el caso-, o bien de forma independiente, cualquiera que sea la exteriorización del mismo, la validez y la eficacia del convenio arbitral es independiente de las referidas al contrato principal del que trae causa, de manera que es una figura cuyo régimen jurídico es diferente al del contrato por el que surge». De igual modo, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha del 22 de marzo de 2021 (AC 2021\1388) declara que: «Por otra parte, el motivo desconoce el principio de autonomía del convenio arbitral. Denunciando en la demanda exclusivamente la nulidad del negocio de constitución de la Cooperativa, por simulado, la validez y la eficacia del convenio arbitral es independiente de las referidas al contrato principal del que trae causa, de manera que es una figura cuyo régimen jurídico es diferente del contrato por el que surge. Ahonda este extremo el que el convenio arbitral pueda suscribirse respecto de una relación extracontractual».

²⁵ De Lorenzo, Manuel: "Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)", en *Notas de jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 11, abril-junio 2022*, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, página 365.

Por tanto, y a la luz de todo lo expuesto, la consecuencia inmediata de esta doctrina o principio de la separabilidad es:

«[L]a imposibilidad de privar prematuramente de eficacia, a limine, al convenio arbitral, de manera que éste continuará desplegando su doble efecto característico: el positivo, confiriendo la competencia potencial al árbitro o árbitros que corresponda, respecto a los conflictos que puedan surgir entre quienes se encuentren sujetos a ese acuerdo; y el negativo, es decir, la exclusión de la jurisdicción como mecanismo de solución de las controversias a las que ese compromiso se refiere, legitimando a la parte que fuese convocada a un procedimiento judicial a excepcionar la falta de competencia del órgano jurisdiccional interviniente»²⁶.

Ahora bien, debe tenerse presente que no puede considerarse tal consecuencia como:

«[U]na solución eterna e inmodificable, sino que podrá ser revisada una vez dictado el laudo, bien de forma directa mediante la acción de anulación contra el mismo (por inexistencia o invalidez del convenio arbitral) o indirecta, en sede de reconocimiento y ejecución del laudo (al amparo del art. V.1º.a) del Convenio de Nueva York de 1958)»²⁷.

1.2. Posibilidad de aplicar al convenio arbitral su propia normativa

Pero es más, una vez llegados a este punto debemos resaltar otro aspecto de suma importancia por lo que atañe al alcance de la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral en el ámbito del Derecho español.

Y en este sentido, hemos de manifestar que todo lo anteriormente expuesto supone, por un lado, reconocer una finalidad propia y autónoma al convenio arbitral. Aunque, sin embargo, no sólo es eso. En efecto, también entraña el que se pueda, por otro lado, aplicar al convenio arbitral su normativa propia y lo que ello conlleva, con su conjunto de derechos y obligaciones perfectamente diferenciados.

De ahí que pudiera, por consiguiente, excluirse la aplicación al mencionado convenio arbitral de aquella normativa que correspondiera al citado contrato en el que ese convenio figurase contenido e integrado como una mera cláusula contractual²⁸, o

²⁶ De Lorenzo, Manuel: *Ibid.*, página 367.

²⁷ De Lorenzo, Manuel: *Ibid.*, página 367. Asimismo, y en relación con un concreto supuesto en que se decretó la inexistencia del convenio arbitral a través de la estimación de la acción de nulidad del laudo ejercitada, puede verse Ortega Giménez, Alfonso: "Verificación del convenio arbitral en el ejercicio de la acción de anulación-Sentencia TSJ Murcia de 26 diciembre 2019", en Notas de Jurisprudencia, *LA LEY Mediación y Arbitraje* nº 4, octubre-diciembre 2020, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2020, páginas 270 a 276.

²⁸ Así, debe ponderarse que: «Cuando el convenio arbitral toma la forma de una cláusula arbitral inserta en un contrato principal –lo que constituye la práctica más habitual–, podría entenderse que la *lex contractus* rige también la cláusula compromisoria. Sin embargo, por aplicación del principio de separabilidad, se trata de dos contratos totalmente diferenciados. En consecuencia, la cláusula arbitral puede venir regulada por una ley diferente a la de la *lex contractus*, motivo por el cual resulta necesario analizar de forma independiente cuál es la ley aplicable al convenio de arbitraje» (Bravo, Luis y Víctor Gamero: Sección 4, "Ley aplicable: determinación y aplicación" del Capítulo 2 "Convenio arbitral, jurisdicción y ley aplicable", en *Memento de Arbitraje 2020-2021*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2020, número marginal 2360, página 132). Igualmente, puede verse Fernández Rozas, José

incluso, y en todo caso, de la aplicable a aquel contrato al que simplemente se refiera el convenio arbitral o del que éste traiga causa, aun cuando tal convenio formalmente pudiera encontrarse configurado como un acuerdo reflejado en otro documento.

En definitiva, de lo manifestado hasta el momento observamos que el convenio arbitral y el fondo del asunto derivado de la relación jurídica contractual determinada pueden regirse por normativas totalmente diferentes²⁹.

Luego la doctrina de la separabilidad conlleva la simple posibilidad, que no necesidad, de la diferenciación normativa entre el convenio arbitral y el contrato.

Así pues, y a la luz de lo expresado, debe ponderarse que, en cualquiera de los dos casos que acaban de ser enumerados por lo que respecta a la forma que pudiera haber adoptado el convenio arbitral, las partes se encuentran facultadas para elegir –si es que lo estiman pertinente– normativas total o completamente diferentes a efectos de regular las cuestiones sustantivas derivadas del contrato y las concernientes o relativas al propio convenio arbitral en cuanto tal y con independencia de su citada forma.

Carlos: "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, páginas 714 y 717: «[E]sta separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias como, por ejemplo, posibilitar su inclusión en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato [...]. Por descontado, la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regular por leyes diferentes. Ello implica, desde la perspectiva del Derecho aplicable, que la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a un otro ordenamiento jurídico». De idéntica manera, puede consultarse Sánchez Lorenzo, Sixto Alfonso: "Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia en el Arbitraje Internacional" en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXI (2009), 1, Madrid: Editor-Boletín Oficial del Estado, 2009, página 43, nos señala que: «[L]a *lex causae* no tiene por qué coincidir con la ley aplicable a la validez del convenio o acuerdo arbitral. Este acuerdo se somete a su propia ley reguladora en virtud de su autonomía. En principio, la inclusión de un convenio arbitral en el propio marco de un contrato permite hacer extensible a la validez sustancial del convenio arbitral la misma ley aplicable al contrato, ya sea elegida por las partes o en defecto de elección, a menos que las partes hayan elegido una ley específica como ley rectora del acuerdo arbitral. En todo caso, la validez del convenio arbitral es independiente de la validez del contrato, como lo es a su vez la propia cláusula de elección de ley aplicable o pacto de *lege utenda*». Al respecto, puede verse también el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2003 (JUR 2003\132244), en el que se señala expresamente lo siguiente: «En primer lugar porque, [...] no se ha logrado acreditar que, según la ley a la que se hubiesen sometido las partes o, en su defecto, la ley del lugar donde se hubiese dictado el laudo –que en ningún caso es la española–, la cláusula arbitral deba reputarse nula o, en general, ineficaz; como tampoco se ha probado que, conforme a la ley que deba regir el convenio arbitral, y dada su autonomía respecto del negocio jurídico en que se inserta, los efectos de la representación que ostentaba la mercantil "Capelle Chartering & Trading, B.V." por virtud del contrato de management no alcanzasen a dicha convención, ni que los propios de la relación jurídica entre aquélla y la actora resultaban inoponibles frente a terceros, según la ley que regía esta relación. Y en segundo lugar, porque no se puede identificar el orden público, considerado en sentido internacional y como límite al reconocimiento de los efectos de las resoluciones extranjeras, con las consecuencias jurídicas derivadas de la ley que resulta aplicable al fondo del asunto –que, se insiste, no cabe identificar con la interna–, pues aquél constituye un obstáculo al exequatur en la medida en que es expresión de los principios esenciales del ordenamiento jurídico, identificados, en esencia, con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y que deben ser respetados por la decisión foránea cuya eficacia en el foro se impetra, ninguno de los cuales cabe entender aquí vulnerados».

²⁹ En cuanto a las normas aplicables al fondo de la controversia, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje española dispone lo siguiente:

«1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.»

Todo lo anterior supone, a su vez, que haya de efectuarse un análisis de la determinación de la normativa jurídica aplicable al contrato, por un lado, y al convenio arbitral, por otro. Y por eso la separabilidad puede venir igualmente dada:

«[P]or la diversidad del ordenamiento jurídico que resulte aplicable, por un lado al contrato principal y, por otro, al convenio arbitral en sí mismo considerado. Cuando por ejemplo las partes, en ejercicio de su autonomía conflictual, hubiesen decidido disociar ese régimen normativo, sujetando ambos a una regulación no coincidente»³⁰.

Y por lo que respecta a la específica normativa que, propiamente dicha, corresponde al convenio arbitral, ha de tenerse presente que, desde la perspectiva del Derecho español, aquélla se concreta –como venimos indicando– en la libremente establecida por las partes en virtud de su autonomía de la voluntad. Ahora bien, sin olvidar lo dispuesto en el Título II (denominado “Del convenio arbitral y sus efectos”) de Ley de Arbitraje española³¹, ya que tampoco puede obviarse que el convenio arbitral es un contrato típico, dado que la citada Ley regula muchos de sus aspectos y, asimismo, disciplina extensamente el procedimiento arbitral en todas sus fases³². Asimismo, y con carácter subsidiario, habrá de atenderse también a las normas generales de los contratos.³³

³⁰ De Lorenzo, Manuel: “Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)”, en Notas de jurisprudencia, *LA LEY Mediación y Arbitraje* n° 11, abril-junio 2022, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, página 367.

³¹ Sobre esta cuestión indicada, por ejemplo, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 23 abril de 2020 (JUR 2020\151040) declara que: «Conforme al art. 9.1 LA es evidente que la voluntad de las partes existe plasmada en la cláusula quinta del contrato, es decir, existe convenio, por lo que este motivo de inexistencia no puede prosperar; y es que cuando se habla de convenio inexistente se refiere a que no hubo nunca convenio, no a que existiendo un convenio en él los componentes o elementos determinantes en su esencialidad del mismo están viciados o no existen, dado que en estos supuestos nos encontraríamos más en el ámbito propio de la nulidad del convenio, pero teniendo en cuenta que, en cualquier caso, no es posible pretender valorar los elementos del convenio desde la teoría general del contrato sino preferentemente desde la misma naturaleza que posee el arbitraje, que se cimienta sobre la autonomía de la voluntad, cuando la misma no sea contraria a norma imperativa». Esto es, la referida Sentencia dispone que el convenio arbitral se ha de valorar desde: «[L]a naturaleza que posee el arbitraje (se cimienta sobre la autonomía de la voluntad, cuando la misma no sea contraria a normas imperativas). [...] Alude, correctamente, al art. 22 LA que, además de permitir a los órganos arbitrales analizar las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, dispone que la decisión de aquéllos de declarar nulo el contrato del que deriva el convenio arbitral (bien recogido en aquél como cláusula –como es el caso– bien recogido en un contrato independiente) no entraña por sí sola la nulidad de éste. Es lo que ocurre en este supuesto: justificando su existencia por la existencia de voluntad de sumisión a arbitraje (art. 9. 1º LA), no acreditando la parte demandante lo contrario, el TSJ País Vasco mantiene, con acierto, que la validez y eficacia del convenio arbitral es independiente de la validez y eficacia del contrato principal del que trae causa, aplicándoseles a ambos, distinto régimen jurídico. Cierto es que compartiendo ambos la naturaleza de contrato (el sustantivo del que trae causa –la compraventa– y el convenio arbitral que legitima el arbitraje), origen ambos de derechos y deberes para las partes contratantes, mientras uno, en cuanto fuente y eje del mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, se rige por la LA, el otro se rige por la ley sustantiva (Código Civil, en este caso)» (Ordeñana Gezuraga, Ixusco: “Del único fruto sano del manzano podrido o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija, de se fue el último tren o la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de cuestiones sentadas hasta la santidad o la naturaleza de la acción de anulación y el orden público-Sentencia TSJ País Vasco 23 abril 2020”, en Notas de jurisprudencia, *LA LEY Mediación y Arbitraje* n° 3, julio-septiembre 2020, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2020, página 267.

³² Entre otras, puede verse la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona del 19 de abril de 2016 (JUR 2016\143386). En este sentido, asimismo, debe ponderarse la aplicación al convenio arbitral de lo dispuesto igualmente en el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje española: «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español». Precepto legal éste que contempla un régimen normativo propio del convenio arbitral que, si bien se refiere al arbitraje internacional, lo cierto es que el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española parece dar a entender que sus criterios resultarían en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español».

Y todo ello, con las excepciones previstas al respecto en esa misma Ley de Arbitraje por lo que atañe a la primacía de la tan mentada autonomía de la voluntad de las partes, así como también en cuanto a lo establecido en tratados internacionales o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje³⁴.

Y así, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 24 de abril de 2018 (AC 2018\787), indica que la separabilidad se predica también por lo que concierne a la «ley aplicable (art. 9.6)». A tenor de lo dispuesto en este citado precepto: «[E]l convenio arbitral será válido si cumple con las condiciones fijadas en alguna de las tres leyes apuntadas en el mismo: los distintos criterios normativos de referencia recogidos en el precepto aparecen estructurados en forma alternativa, y la validez del convenio arbitral se verifica con base en cualquiera de las mismas. Bastará, en suma, que el convenio sea válido de acuerdo con alguna de las conexiones previstas, para que goce igualmente de la consideración de válido en nuestro país [...]. Las soluciones incorporadas también resultan ser especialmente flexibles. La validez del convenio se estimará si cumple las condiciones fijadas en alguna de las tres leyes especificadas en el precepto. Leyes que no necesariamente han de ser de origen estatal. El precepto habla así de: a) Las normas jurídicas seleccionadas por las partes para regir el convenio arbitral, algo que ya hemos apuntado no resulta habitual en la práctica. El legislador español habla de "normas jurídicas" no de "normas de Derecho" como hace la Ley Modelo. Su voluntad es dejar claro que pueden ser normas de origen no estatal; b) Por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia de acuerdo con el mandato del artículo 34.2 LA, de nuevo se habla de "normas jurídicas", o, c) Por el Derecho español. El cumplimiento de las condiciones de existencia y validez previstos en cualquiera de estos tres ordenamientos jurídicos –ya nacionales, ya anacionales– lleva aparejado, directamente, la consideración del convenio como válido y plenamente eficaz» (Esplugues Mota, Carlos: "Resolviendo cuestiones complejas con normas alambicadas. La regulación del convenio arbitral en el arbitraje internacional en España", en *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral*, Tomo 1, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011– Colección estudios nº 2, páginas 715 y 716). En suma, el transcrito artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje española establece distintos criterios alternativos con la finalidad de que puedan ser más numerosos los supuestos en los que quepa afirmar la validez del convenio arbitral. Y buena prueba de lo anterior la encontramos en la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de marzo de 2012 (JUR 2012\149509), en la que se declara que: «Se trata, por tanto, de un triple fuero electivo en que la parte actora se ha decantado en el presente supuesto por el derecho español, al haber presentado su demanda ante esta sala y al ejercitar su pretensión de nulidad con base en lo que autoriza la comentada Ley 60/2.003 En repetidos pasajes de su largo escrito de demanda destaca la actora que en la referida cláusula 34 las partes establecieron con toda nitidez que "el derecho aplicable es el derecho venezolano", pacto que no se deberá olvidar cuando haya que pronunciarse sobre el fondo del asunto, pero que no impide en absoluto que en esta fase en que la decisión gira alrededor no del fondo del contrato, sino de la validez o nulidad de la cláusula arbitral, haya de regir la propia norma de derecho español que ha esgrimido la entidad actora». Prima, pues, el criterio del favor arbitri (así, entre otras, pueden citarse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Islas Canarias -Las Palmas-, del 23 de julio de 2018 [JUR 2018\295671]; y Cataluña, del 27 de mayo de 2022 [JUR 2022\302383]).

³³ Y por lo que concierne a la mencionada aplicación subsidiaria de las normas generales de los contratos, ha de resaltarse que ello es así a efectos de complementar fundamentalmente todo lo no previsto en la referida Ley de Arbitraje española, y por este motivo, en el anteriormente aludido apartado III de la Exposición de Motivos de dicha Ley se indica que: «El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley». Sobre esta misma cuestión, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 27 de mayo de 2007 (RJ2007\3648), 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009\8) y 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3021), al igual que, por ejemplo, las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848); y Madrid, del 21 de febrero de 2017 (AC 2017\446) y 24 de abril de 2018 (AC 2018\787). Asimismo, puede consultarse Díez-Picazo, Luis: "Comentario al art. 9º, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2004, páginas 101 y ss. Dicha aplicación supletoria vendría igualmente avalada por lo dispuesto genéricamente en el artículo 4.3 del Código Civil español. Y en fin, por lo que atañe a lo manifestado en el tan referido apartado III de la citada Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española no se olvide, además, el valor jurídico que tienen los preámbulos y exposiciones de motivos de las leyes, puesto que gozan de una cualificada condición como criterio hermenéutico en la medida en que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada (al respecto, pueden citarse las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional español del 12 de diciembre de 1981 [RTC 1981\36] y 28 de junio de 2010 [RTC 2010\31]).

³⁴ En relación con estas excepciones relativas a lo establecido en tratados internacionales o en leyes que contengan normas especiales sobre arbitrajes, véase el artículo 1.1 de la Ley de Arbitraje española. Asimismo, sobre esta cuestión puede citarse Chillón, José María, y José Fernando Merino: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, página 193. Igualmente, y por lo que respecta a la aplicación de los tratados internacionales, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 27 de mayo de 2022 (JUR 2022\302383). Del mismo modo, y por lo que se refiere a leyes que comprendan disposiciones especiales sobre arbitraje, puede mencionarse –a título meramente enunciativo– la normativa contenida en la legislación de consumidores (así, por ejemplo,

1.3. Supuesto de cesión contractual

Del mismo modo, y por otro lado, no debe olvidarse tampoco que la mencionada doctrina de la separabilidad autoriza, en el marco del Derecho español, la pervivencia del sometimiento a arbitraje en aquellos casos en los que se haya producido un cambio subjetivo en la posición de una de las partes del contrato principal, fruto de la cesión a un tercero de los derechos y obligaciones dimanantes de dicho contrato.

Así, ese tercero quedará subrogado no sólo en aquel contrato, sino también en el convenio arbitral inserto en el mismo como una cláusula contractual más o en el convenio arbitral que venga referido a dicho contrato o traiga causa de éste, aun cuando figure en forma de acuerdo plasmado en un documento aparte. Y lo anterior, sin que sea necesario que aquel tercero declare expresamente que se adhiere, asimismo, a tal convenio arbitral³⁵.

1.4. La separabilidad no tiene un carácter absoluto

No obstante, debe ponderarse también que el carácter absoluto de la separabilidad, en cuanto principio, *«resulta discutido, en la medida en que cabe identificar diversos supuestos en los que la suficiencia de ese principio podría quedar un tanto matizada, singularmente en los casos de aquellos contratos que puedan quedar afectados por co-rrupción o tráfico de influencias, como pone de relieve la doctrina más autorizada»*³⁶.

téngase presente que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que: *«No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables»* [artículo 57.4], siendo también abusivas las cláusulas que establezcan *«la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico»* [artículo 90.1]), o en la concursal (en este sentido, el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley Concursal, titulado "Pactos de mediación, convenios y procedimientos arbitrales", dispone lo siguiente: *«1. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor. 2. Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título. 3. El juez del concurso, de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de la administración concursal, en caso de suspensión, podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendiera que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales. 4. En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales.»*)

³⁵ Sobre esta cuestión, y entre otras, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 12 de septiembre de 2019 (JUR 2019\296565) y 26 de octubre de 2021 (JUR 2022\1666). Igualmente, por ejemplo, pueden citarse las Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de la: Sección 9ª, del 8 de febrero de 2002 (JUR 2002\115536); y Sección 10ª, del 2 de marzo de 2002 (JUR 2002\118404). De la misma manera, puede consultarse Fernández Rozas, José Carlos: "Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña", en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IX, nº 2, Madrid: editorial Iprolex, 2016, páginas 582 y 583.

³⁶ De Lorenzo, Manuel: "Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)", en *Notas de jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 11, abril-junio 2022*, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, página 367.

1.5. Acogida de la separabilidad en los arbitrajes institucionales

Y por último, debe tenerse en cuenta que el referido principio de la separabilidad ha encontrado acogida igualmente en los reglamentos de las principales instituciones o cortes arbitrales existentes en España, con unas redacciones bastante similares a las contempladas en los propios artículos 9.1 y 22.1, *in fine*, de la Ley de Arbitraje española.

En estos casos en los que la administración del arbitraje se encomienda a una institución o corte, el convenio arbitral pasa a ser un contrato normativo³⁷, lo que igualmente supone una manifestación indirecta de la autonomía de la voluntad y, a la vez, una futura "limitación" de la misma³⁸.

³⁷ Soro Rusell, Olivier: *Los contratos como fuentes de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Madrid: Editorial Reus, Colección Monografías, 2014, páginas 130 y 131. El convenio arbitral, en estos casos, «se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (*lex contractus; la regla contractual*)» (Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tomo I, El contrato en general. La relación obligatoria*, Madrid: Editorial Tecnos, 2017, página 139). Es decir, estamos hablando de un contrato como norma, en cuanto que el mismo «es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta» (Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Ibid.*). En cuanto a que el convenio arbitral es un contrato normativo, debemos acudir al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje española:

«Cuando una disposición de esta ley:

a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34.

b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.»

Y la exégesis auténtica del citado artículo 4 se encuentra en el apartado II de la Exposición de Motivos de la propia Ley de Arbitraje: «El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes [...]»

Por lo que respecta a ese carácter de contrato normativo del convenio arbitral, y entre otras muchas, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 8 de noviembre de 2016 (JUR 2016\1940), 3 de mayo de 2017 (AC 2017\727) y 3 de diciembre de 2019 (JUR 2020\89473).

³⁸ Resulta innegable la conexión que existe «entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre, inequívoca y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada» (Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de noviembre de 2014 [JUR 2015\16346], 10 de mayo de 2016 [AC 2016\1938], 14 de junio de 2016 [JUR 2016\196234], 23 de marzo de 2017 [AC 2017\452], 26 de julio de 2018 [AC 2018\1511], 15 de febrero de 2019 [JUR 2019\259556] y 3 de diciembre de 2019 [JUR 2020\89473]). Sobre las expresadas formas de "limitación" contenidas en los artículos 4.a) y 4.b) de la Ley de Arbitraje española, y entre otras, puede verse también las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de noviembre de 2014 (JUR 2015\16346), 26 de abril de 2017 (AC 2017\560) y 3 de diciembre de 2019 (JUR 2020\89473), así como –por ejemplo– el Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla del 24 de septiembre de 2020 (JUR 2021\47455). Luego el sometimiento a esta clase de arbitraje debe de constar clara e inequívocamente en el convenio arbitral (vid. la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -Burgos- del 3 de diciembre de 2019 [JUR 2020\74465]), y ello por su propia naturaleza, dado que esta sumisión a arbitraje institucional «entraña un contrato normativo en el que las partes condicionan y limitan pro futuro la autonomía de su voluntad, que es sustituida por las decisiones que legal y reglamentariamente competen a la institución administradora del arbitraje» (Sentencias de la Sala de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 14 de junio de 2016 [JUR 2016\196234] y 3 de diciembre de 2019 [JUR 2020\89473]).

Por otro lado, y al encontrarnos ante un convenio arbitral normativo, ha de sopesarse que resultan también aplicables a dicho convenio, con carácter principal, las decisiones de las respectivas instituciones o cortes arbitrales³⁹; así como los reglamentos de éstas⁴⁰, siempre y cuando no contraríen la legislación, ni el orden público⁴¹. Y ello, sin perjuicio de que igualmente haya de tenerse presente el citado Título II de la Ley de Arbitraje española, así como –con carácter subsidiario– la normativa general sobre contratos para complementar todo lo no previsto en la referida Ley de Arbitraje, con sus ya mencionadas excepciones –según dijimos anteriormente.

De ahí que en estos supuestos de arbitraje comercial institucional *«no es posible escindir la voluntad de someterse a arbitraje del hecho de hacerlo a una concreta institución arbitral, a su reglamento y a sus decisiones»*⁴². Y en su caso, incluso habrá de estarse también a lo dispuesto en los estatutos de las citadas instituciones o cortes.⁴³

³⁹ Al ser un contrato normativo, el convenio arbitral permite la integración de la autonomía de la voluntad de las partes a través del sometimiento a las decisiones de la institución o corte, puesto que las partes que suscribieron el convenio arbitral trasladaron a *«la institución la capacidad de "tomar decisiones en su lugar"»*, e incluso de *«integrar su voluntad insuficientemente manifestada sobre extremos de la máxima importancia»* (Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2 de noviembre de 2016 [AC 2016\1802], 8 de noviembre de 2016 [JUR 2016\1940] y 20 de diciembre de 2016 [AC 2017\296]). Por este motivo, la intervención y decisiones de la respectiva corte o institución es *«por delegación»* de dichas partes (Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de noviembre de 2014 [JUR 2015\16346], 10 de mayo de 2016 [AC 2016\1938], 14 de junio de 2016 [JUR 2016\196234], 19 de julio de 2016 [JUR 2016\209874], 2 de noviembre de 2016 [AC 2016\1802], 8 de noviembre de 2016 [JUR 2016\1940], 23 de marzo de 2017 [AC 2017\452], 26 de abril de 2017 [AC 2017\560], 26 de julio de 2018 [AC 2018\1511] y 3 de diciembre de 2019 [JUR 2020\89473]).

⁴⁰ Sobre esa vinculación al reglamento, y a título enunciativo, podemos citar las siguientes resoluciones de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: la Sentencia del 10 de diciembre de 2021 (JUR 2021\383415) y el Auto del 5 de mayo de 2022 (JUR 2022\196091). Y de igual forma, dada esa naturaleza de contrato normativo que tiene el convenio arbitral en estos casos de arbitraje comercial institucional, debe tenerse en cuenta que las disposiciones del correspondiente reglamento integran la propia voluntad de las personas otorgantes del citado convenio y tienen el mismo valor que esta voluntad (en este sentido, pueden verse las Sentencias de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 27 de diciembre de 2012 [JUR 2012\121378], de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz del 21 de diciembre de 2010 [JUR 2011\87939] y de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia del 15 de diciembre de 2010 [JUR 2011\127711]). En consecuencia, el arbitraje encomendado a una corte, como institución especializada y con aplicación de su correspondiente reglamento, queda configurado legalmente como un todo, con carácter constitutivo e imperativo (Auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 19 de abril de 2007 [JUR 2007\211780]).

⁴¹ Así, por ejemplo, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 23 de diciembre de 2020 (AC 2021\1338), en la que se declara lo siguiente: *«Sin embargo, esta disposición reglamentaria se haya en abierta contradicción con el art. 12.1 de la vigente Ley de Arbitraje, por lo que la observancia de la citada norma reglamentaria entraña una vulneración del principio de jerarquía normativa recogido en el art. 9.3 CE, debiendo este Tribunal anular el Laudo, ante todo y, sobre todo, por infracción del orden público ex art. 41.1 CE. En conclusión, el Laudo impugnado se ha dictado en aplicación de una norma reglamentaria que, en su tenor literal, entraña una vulneración del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) al contravenir frontalmente y sin habilitación legal el art. 12.1 de la vigente Ley de Arbitraje»*. De igual modo, en este sentido debemos sopesar que no se consiente, ni autoriza, la arbitrariedad, el puro voluntarismo, la inobservancia por las instituciones arbitrales de sus propios reglamentos o de la propia Ley de Arbitraje española, dado que resulta *«asimismo in cuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad»* (entre otras, pueden verse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 20 de octubre de 2020 [RJ 2020\5672] y 18 de enero de 2022 [RJ 2022\1236]; y Madrid, del 13 de noviembre de 2014 [JUR 2015\16346], 17 de septiembre de 2015 [JUR 2015\242025], 19 de julio de 2016 [JUR 2016\209874], 23 de marzo de 2017 [AC 2017\452], 26 de julio de 2018 [AC 2018\1511] y 15 de febrero de 2019 [JUR 2019\259556]). Sobre el concepto de orden público, pueden consultarse las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional español: Sala 1ª, del 15 de junio de 2020 (RTC 2020\46), 15 de febrero de 2021 (RTC 2021\17), 15 de marzo de 2021 (RTC 2021\55 y RTC 2021\65) y 27 de junio de 2022 (RTC 2022\79); Sala 2ª, del 4 de abril de 2022 (RTC 2022\50).

⁴² Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 14 de junio de 2016 (JUR 2016\196234) y 4 de noviembre de 2016 (AC 2016\1803). Por lo que parece claro que el estricto cumplimiento de lo pactado en

2. Validez del convenio arbitral frente a la pretensión de nulidad del contrato

Como resultado de esa separabilidad del convenio arbitral, toda alegación de invalidez o nulidad del contrato al que dicho convenio se encuentra incorporado o viene referido o del que trae causa no afecta, en principio, a la validez y eficacia del propio convenio arbitral⁴⁴. Y así, dicho convenio se considerará separado de tal contrato y como un acuerdo autónomo de este último, no formando parte del mismo ese citado convenio arbitral a estos meros efectos⁴⁵.

el convenio arbitral exige que los otorgantes del mismo procedan a cumplir, en su momento, los requerimientos de la institución o corte y su reglamento (Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona del 30 de septiembre de 2011 [JUR 2011\402429]).

⁴³ No se olvide que la referida fuerza normativa del convenio arbitral se extiende también a las decisiones que puedan adoptar las cortes o instituciones en el desempeño de las funciones y responsabilidades de primer orden que aquéllas tienen encomendadas de conformidad no sólo con sus reglamentos, sino también con sus respectivos estatutos. En este sentido, por ejemplo, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de noviembre de 2014 (JUR 2015\16346), 10 de mayo de 2016 (AC 2016\1938), 19 de julio de 2016 (JUR 2016\209874) y 26 de julio de 2018 (AC 2018\1511).

⁴⁴ En este sentido, puede verse Rivera, Julio César: "Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los Derechos de Argentina y España", en *Revista del Club Español del Arbitraje*, n° 38/2020, Madrid: Club Español del Arbitraje, 2020, páginas 43 y 44: «Dice Ancel que la convención de arbitraje tiene la validez reforzada gracias a la instauración del principio de autonomía de la cláusula arbitral que la ha inmunizado contra las causas de nulidad del contrato principal. La regla de la autonomía tiene su origen en un célebre pronunciamiento de la Cour de Cassation, en el que se afirmó que la cláusula arbitral presenta siempre, en materia internacional, "una completa autonomía jurídica, excluyendo que ella pueda ser afectada por una eventual invalidez del acto jurídico que la contiene"». Asimismo, puede citarse a Fernández Rozas, José Carlos: "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, páginas 714, 715 y 717: «En consecuencia la nulidad del contrato no significa per se la del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral [...]. En definitiva, el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. Por consiguiente, la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que implica la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato». Así pues, en virtud de la doctrina –o del principio– de la separabilidad, el convenio arbitral se presume un pacto autónomo y, como tal, no se verá afectado por la ineficacia del contrato en el que se incluye. A lo que hay que añadir que tampoco respecto al contrato del que dependa por venir referido al mismo o traer causa.

⁴⁵ Se trata de dos contratos distintos. En este sentido, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha del 16 de enero de 2012 (JUR 2012\5246). Igualmente, pueden citarse las Sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 27 de octubre de 2006 (JUR 2007\953), de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 1 de octubre de 2009 (JUR 2010\21472), de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga del 10 de junio de 2010 (JUR 2013\140886) y de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real del 30 de junio de 2017 (JUR 2017\218275), así como el Auto de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 9 de abril de 2008 (AC 2008\1702). Y en esta misma dirección, debe tenerse en cuenta que: «[E]s evidente que los presupuestos y requisitos de validez de ambos contratos se han de valorar de forma independiente. La validez o nulidad de cada uno de los contratos responde, en principio, a que cada uno haya cumplido con los requisitos legales establecidos en cada caso» [Rojó Ajuria, Luis: "El artículo 8", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, página 115]. En similar sentido, también puede citarse a Chillón, José María, y José Fernando Merino: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, página 598 («Nos encontramos en presencia de dos convenciones bien diferentes por su estructura, intención de las partes, contenido, causa y efectos. Su estricta funcionalidad –y por ende su naturaleza específica– es distinta y fácilmente diferenciable») y página 602 («[L]a cláusula compromisoria establece un sistema de solución de controversias y por ello mismo difiere –sea cual sea la postura que se adopte respecto del principio de autonomía– del contrato principal»). Igualmente, puede verse Reglero Campos, L. Fernando: *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, página 188, cuando señala que el convenio arbitral es «un contrato que no se halla subordinado al en que está integrado». Con idéntica conclusión, en cuanto a que se trata de dos contratos, puede citarse a Fernández Rozas, José Carlos: "Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña", en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IX, n° 2. Madrid: Editorial Iprolex, 2016, página 587: «Coexistirían,

Y lo anteriormente expuesto ha de predicarse, incluso y como venimos indicando, aunque ambos –el convenio arbitral y el contrato– estén unidos materialmente dentro de un único documento⁴⁶.

De este modo, y en todo caso, la subsistencia del procedimiento arbitral ya no queda –como anteriormente se indicó– a merced de la voluntad de alguna de las partes intervinientes en el mismo, pues se evita que puedan impedirlo por el simple expediente de una mera alegación de la invalidez o nulidad del contrato y, por ende, del convenio arbitral a aquél incorporado o al que se refiere o del que trae causa⁴⁷.

*pues, dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes (autonomía material y autonomía para ordenar conflictos futuros)». Ya Díez-Picazo, Luis, en "El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje", Estudios Legislativos, Anuario de Derecho Civil, Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 1954, página 1156, puso de manifiesto en su momento, por lo que respecta al contrato preliminar de arbitraje que preveía la Ley española de 1953, lo siguiente: «Es un contrato. Normalmente se añade o inserta en otro contrato que se denomina principal o fundamental [...] la figura toma de este hecho su nombre y es vulgarmente conocida como cláusula compromisoria. Lo cual es sobremanera inexacto, ya que no es de esencia de la institución ser una cláusula contractual, pues, aun en los casos en que como tal aparezca, será un contrato independiente y sustantivo, distinto de aquél al que se une, aunque en alguna manera ligado con él». Sobre esta cuestión de constituir dos contratos, puede consultarse Schwebel, Stephen Myron: *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge: Grotius Publications, 1987, página 5: «When the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, the arbitral twin of which survives any birth defect or acquired disability of the principal Agreement».*

⁴⁶ Así, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya del 11 marzo 1993 (AC 1993\416) en la que se lee: «Es tema pacíficamente admitido por la doctrina entender que el arbitraje, aun cuando aparezca como cláusula de un contrato, no está en relación de accesoriidad a éste con los efectos que ello comporta (accesorio sigue a principal y, en el caso de la novación, operatividad del art. 1207 del Código Civil); el arbitraje es un contrato independiente y sustantivo, distinto de aquél al que, formalmente, aparece unido, de suerte que estamos en presencia tan sólo de una documentación única para dos distintos contratos, que gozan de propia autonomía aun cuando exista entre ellos una estrecha relación. Así resulta del art. 6º, 1º de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, "el convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato o por acuerdo independiente del mismo" y art. 8 de la misma Ley, conforme al cual "la nulidad de un contrato no lleva consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio". Por tanto, si no se ha producido una novación extintiva del contrato ni, de producirse, afectaría ésta al convenio arbitral [...]. Igualmente, puede citarse la Sentencia de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 1 de octubre de 2009 (JUR 2010\21472): «[Entendemos que es de interés recordar que el denominado convenio arbitral no es sino un contrato, en virtud del cual quienes intervienen en él mismo expresan su voluntad de someter a arbitraje las diferencias que entre ellos pudieran surgir (Art. 5 de la Ley de Arbitraje). Conforme a las previsiones contenidas en la vigente Ley de Arbitraje, y una vez examinado lo previsto en los arts. 9 y 22.1 de la misma, en relación con las explicaciones recogidas en el apartado V de su Exposición de Motivos, el convenio arbitral no se concibe en la misma como un contrato accesorio de otro al que por ejemplo la Ley de Arbitraje de 1988 calificaba como de "principal", sino que se trata de un convenio independiente y autónomo de aquél, y así es significativo que el Art. 9 de la vigente Ley de Arbitraje al hablar de la forma que puede adoptar el convenio arbitral dice que éste puede adoptar la forma de un acuerdo independiente o de una cláusula incorporada a un contrato, indicándose igualmente en el inciso final del apartado 1 del Art. 22 de la Ley de Arbitraje que "La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral", recogiendo expresamente este precepto "lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral", tal y como se indica en el apartado V de la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje. No teniendo el convenio arbitral un carácter accesorio respecto de una obligación principal cuando él mismo figura incorporado en un contrato, ya que se trata de un contrato distinto e independiente de aquél a cuyo clausulado se hubiera incorporado, aún cuando ciertamente se encuentre de alguna forma ligado con él mismo, ello supone reconocer no solo una finalidad propia e independiente al convenio arbitral respecto del contrato en que se hubiera incluido, sino además el que pueda aplicarse al convenio arbitral su normativa propia y no aquélla que sea aplicable al contrato en que dicho convenio se hubiera incluido como cláusula o estipulación de mismo, siendo una de las consecuencias más importantes de la autonomía del convenio arbitral a que nos venimos refiriendo el que la posible nulidad del contrato en el que se hubiera incluido un convenio arbitral no conlleva por sí misma la nulidad de este convenio, no afectando tampoco al mismo los problemas en cuanto a la determinación de lo que sea objeto de tal contrato».

⁴⁷ Sobre esta cuestión, y entre otras, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 15 de junio de 2015 (RJ 2015\4053) y 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848).

Y todo ello, además, porque la controversia relativa a dicha invalidez o nulidad del contrato deberá ser sometida a arbitraje, al igual que la concerniente al convenio arbitral, en aplicación de ese propio convenio arbitral⁴⁸. Entender lo contrario «no es admisible»⁴⁹.

Y si se produce una invalidez o nulidad del contrato, ésta no será comunicada automáticamente al convenio arbitral⁵⁰.

⁴⁸ En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 10 de diciembre de 2013 (JUR 2014\261085) o el Auto de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 14 de enero de 2020 (JUR 2020\113514). Asimismo, en esta dirección puede verse el Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia del 15 de marzo de 2011 (JUR 2011\190628), donde se señala que: «[C]on el fin de dar al convenio arbitral toda su eficacia, debe concluirse que, si las partes han sometido a arbitraje no sólo las cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino también las relativas a la interpretación del contrato, debe entenderse que han sometido a arbitraje todas las cuestiones y controversias relativas al contrato, incluidas las referentes a los distintos grados de ineficacia del contrato y, por tanto, la relativa a la nulidad del contrato fundamentada en cualquier causa determinante de nulidad. Y, coincidiendo también con el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, a lo anterior no puede ser opuesto que la nulidad del contrato implique la de la sumisión al arbitraje que contiene, pues la validez del convenio arbitral y la del contrato que lo alberga son cuestiones diferentes, al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje en su apartado V, y así lo dispone expresamente en su artículo 22 cuando indica que "la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral"». Igualmente, y entre otras muchas, puede traerse a colación la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 23 marzo 2009 (JUR 2009\248636), en la que se declara: «Pero es que además, de haber resuelto el árbitro la propia nulidad del contrato objeto de arbitraje por vulnerar derechos o principios fundamentales, era igualmente competente para resolver sobre sus consecuencias jurídicas porque el art. 22 de la Ley de Arbitraje, que faculta a los árbitros para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral, establece también que el convenio arbitral que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo y la decisión del árbitro que declarara la nulidad del contrato no entrañaría la del convenio arbitral. Se configura así el convenio arbitral como un negocio jurídico distinto e independiente del contrato en que se inserta. Es decir, el convenio arbitral sigue siendo válido y el árbitro no pierde su competencia para resolver la controversia entre las partes contratantes, no obstante la nulidad del contrato en que se inserta la cláusula arbitral. No afectaría ni a la competencia del árbitro ni al contenido del laudo arbitral el hecho de que el contrato en que se inserta el convenio arbitral fuera nulo porque el árbitro debía resolver igualmente sobre la restitución y restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los contratantes, esto es sobre los efectos de la ineficacia del negocio jurídico [...]. Y más aún, dada la clara jurisprudencia «favorable a la inclusión de las cuestiones relativas a la eficacia, validez o nulidad de los contratos y negocios jurídicos susceptibles de arbitrabilidad en la dicción del convenio arbitral, que deriva además de la regla de la plena eficacia de los contratos referida en el artículo 1258 del Código Civil» (al respecto, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 23 mayo de mayo de 2012 [JUR 2012\227792]). Asimismo, puede verse Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 331, quienes, al referirse al principio de separabilidad, señalan: «Este principio permite, en su caso, que, por ejemplo, los árbitros declaren la nulidad del contrato principal y decidan sobre la responsabilidad civil derivada de esa nulidad sobre la base del convenio arbitral inserto en ese mismo contrato». En idénticos términos, puede verse Fernández Rozas, José Carlos: "Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña", en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IX, nº 2. Madrid: Editorial Iprolex, 2016, páginas 586 y 587: «[E]l alcance del principio de separabilidad posee una proyección directa en relación con los poderes de los árbitros. Su aplicación otorga competencia al tribunal arbitral a pesar de la inoperancia potencial del acuerdo principal o a pesar de la inoperatividad declarada del acuerdo principal. Semejante extensión opera no sólo en lo que respecta a la cuestión de si el acuerdo principal es inoperante, sino también en lo relativo a las reclamaciones potencialmente sobrevivientes de la inoperatividad del acuerdo principal, concretadas principalmente en la restitución y en la responsabilidad civil».

⁴⁹ Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Granada- del 27 de noviembre de 2017 (JUR 2018\92627).

⁵⁰ «Por lo demás, el artículo 22 de la LA consagra el principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral –estrechamente ligado al de Kompetenz-Kompetenz–, por el cual el convenio arbitral que forme parte de un contrato debe considerarse, a efectos de decidir sobre la competencia de los árbitros, como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo, de tal forma que una decisión de los árbitros que declarase la nulidad del contrato no entrañaría, por sí sola, la nulidad del convenio arbitral» (Moscardó, Miguel y Alfonso Gómez-Acebo: "El convenio arbitral y sus efectos", en *La nueva Ley de Arbitraje*, Madrid: Recoletos Grupo de Comunicación-Diario "Expansión", Despachos Garrigues y Cuatrecasas, 2004, página 89).

En efecto, la aplicación de esta doctrina de la separabilidad impide que la declaración de tal invalidez o nulidad del contrato determine, por sí misma, la automática falta de validez o nulidad del propio convenio arbitral, no obstando a la aplicación de dicho convenio en estos casos⁵¹. Y esto es así, hasta el punto de que pudiera darse el supuesto de que incluso, una vez declarada la nulidad contractual, se pudiera igualmente someter a arbitraje la liquidación de la propia relación comercial⁵².

⁵¹ Al respecto, pueden verse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 15 de junio de 2015 (RJ 2015\4053); y Madrid, del 13 de abril de 2016 (AC 2016\741). En la misma dirección, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 23 abril de 2020 (JUR 2020\151040), declara que: «[L]o importante de este principio de autonomía del convenio arbitral en sede de anulación se encuentra en que no por invalidar un contrato principal debe entenderse invalidado el convenio arbitral. En consecuencia, el convenio arbitral existe y es válido, pese a que el árbitro haya decretado la nulidad del contrato donde se recoge el convenio arbitral». Es decir, esta Sentencia transcrita establece que: «[L]a cláusula arbitral, en definitiva, convenio arbitral, contenida en el contrato (de compraventa) perdura, aun cuando este contrato (anulado por el órgano arbitral) ha dejado de producir efectos. Estamos ante una peculiaridad procesal que ordena, en relación con el arbitraje, la LA (art. 22. 1º LA) y que se justifica, sin duda, en la necesidad de preservar los mecanismos de resolución de conflictos al tiempo que se les dota de seguridad jurídica. Por esta razón, acertadamente, el TSJ País Vasco desestima la primera causa de anulación alegada» (Ordeñana Gezuraga, Ixusco: "Del único fruto sano del manzano podrido o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija, de se fue el último tren o la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de cuestiones sentadas hasta la santidad o la naturaleza de la acción de anulación y el orden público-Sentencia TSJ País Vasco 23 abril 2020", en Notas de jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 3, julio-septiembre 2020, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2020, página 267). Igualmente, sobre estas mismas cuestiones pueden citarse las Sentencias de la de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante del 22 septiembre de 1999 (AC 1999\8761) y de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 1 de octubre de 2009 (JUR 2010\21472). En consecuencia, para tratar de evitar el arbitraje *ab initio*, el cuestionamiento no debe dirigirse al contrato en el que el convenio arbitral esté inserto como una cláusula o al que dicho convenio se refiera o del que traiga causa, sino al propio convenio arbitral, incluso sobre la base de las mismas razones que fundamentan la nulidad del contrato que lo contiene o al que se refiere (por ejemplo, cuando dicho contrato y la propia cláusula están afectados por la falta de capacidad de una de las partes o por un vicio del consentimiento: vid. Artuch Iriberrí, Elena: *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid: Eurolex, 1997, páginas 122 a 127; así como Garberí Llobregat, José: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Barcelona: Editorial Bosch, 2004, página 191). Luego «tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos» y deben ser: «[C]ontrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral. La separabilidad o autonomía significa, pues, que la ineficacia del convenio o acuerdo arbitral debe ser establecida independientemente de la del contrato» (Fernández Rozas, José Carlos y Elena Artuch Iriberrí, en "Validez y eficacia del convenio arbitral internacional", *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral*, Tomo 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 – Colección estudios nº 2, página 753). En este mismo sentido, por ejemplo y en cuanto se refiere concretamente a la invalidez o nulidad del convenio arbitral por falta de consentimiento, pueden verse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de: Madrid, del 22 de julio de 2013 (JUR 2013\284880); y Galicia, del 3 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5793). De este modo, no puede olvidarse que: «Autonomía de régimen no significa desconexión. El hecho de que el acuerdo arbitral tenga por objeto un contrato principal o incluso que se integre formalmente en él no puede desconocer» (Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 311). También puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha del 16 de enero de 2012 (JUR 2012\5246) que, al referirse a la relación entre el convenio arbitral y el contrato al que el mismo se encuentra incorporado, señala: «Existen dos contratos diferentes y, en principio, independientes [...]. Resulta obvio que puede existir el problema de la propagación de la nulidad de los negocios jurídicos de alguna forma conexos; por eso debe atenderse al examen del caso concreto. Por ello la Ley expresa que la nulidad "por sí sola" de uno de los contratos no implica la del otro». Y en términos similares, Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tomo I, "El contrato en general. La relación obligatoria"*, Madrid: Editorial Tecnos, 2017, página 94, señalan que «la nulidad tiene una tendencia propagadora, es decir, alcanza a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo (S. de 13 de abril de 1988). Sin embargo, dada la carencia de una norma positiva, no se pueden dar principios generales». Y de ahí que la separabilidad no signifique inmunidad del convenio arbitral frente a los cuestionamientos sobre su validez, sino que ésta se determina con independencia de la validez del mencionado contrato y conforme a su propia ley (sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, Fernández Rozas, José Carlos, Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa: *Principios generales del arbitraje*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch – Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, 2018, nº 91, página 150).

⁵² Así, pueden citarse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 15 de junio de 2015 (RJ 2015\4053) y 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848); y Madrid, del 16 febrero de 2016 (AC 2016\535). Igualmente, las Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona del 19 de abril de 2016 (JUR 2016\143386) y 28 de julio de 2017 (AC 2017\880). También puede verse, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga del 10 de junio de 2010 (JUR 2013\140886).

Por tanto, el convenio arbitral contenido como una mera cláusula en otro contrato o dependiente de este último por venir referido al mismo o traer causa debe analizarse como un acuerdo autónomo del citado contrato, de forma que la posible invalidez o nulidad de dicho contrato no conllevaría, automáticamente o por sí misma, la invalidez o nulidad del aludido convenio arbitral *«que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles [...]»*⁵³.

En definitiva, y a la vista de todo lo anterior, no cabe duda de que puede considerarse cabalmente que la *«separabilidad favorece la integridad de la vía arbitral al asegurar que el arbitraje sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación principal»*⁵⁴.

⁵³ Véase la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 9 de julio de 2007 (RJ 2007\4960). Y sin que el mencionado convenio arbitral tampoco se vea afectado, a priori, por *«los problemas en cuanto a la determinación de lo que sea objeto de tal contrato»* (así, entre otras, puede citarse la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante del 22 de septiembre de 1999 [AC 1999\8761] e igualmente, la Sentencia de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 1 de octubre de 2009 [JUR 2010\21472]). Asimismo, debe ponderarse que la doctrina de la separabilidad *«no supone la existencia de norma alguna aplicable a la interpretación del convenio arbitral que hurte al intérprete alguno de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, como es la interpretación sistemática»* (Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del 11 de octubre de 2022 [Sentencia número 16/2022, procedimiento de nulidad de laudo arbitral número 23/2022]).

⁵⁴ Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 311. Como destaca De Lorenzo, Manuel: "Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)", en Notas de jurisprudencia, *LA LEY Mediación y Arbitraje* n° 11, abril-junio 2022, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, página 365: *«Dicha solución, a priori, parecería chocar con la lógica, en la medida en que ésta impondría que aquello que carece de efecto alguno no puede servir de sustento o engendrar algo que sí lo tenga, conforme a la máxima ex nihilo nihil fit. Sin embargo, ello no se cumple en el ámbito arbitral, al menos no necesariamente, puesto que el sometimiento a arbitraje goza de una individualidad propia que le inmuniza, en principio, frente a las alegaciones relativas a una posible ineficacia del contrato que le da origen, quebrando su aparente accesoriadad respecto al mismo. Permitiendo esta idea de la separabilidad que los árbitros estén facultados para "declarar la invalidez del contrato principal sin el riesgo de que su decisión invalide también la fuente de su poder"»*. En esta misma dirección, puede verse Fernández Rozas, José Carlos: "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 718: *«Existe una necesidad práctica perentoria: desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. No es una novedad que los actos nulos en comercio internacional pueden producir determinados efectos que es necesario regular. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método de resolver esa concreta controversia es el arbitraje, al que no le afecta la causa de nulidad necesariamente. Este principio es hoy generalmente admitido en las legislaciones nacionales y en los convenios internacionales, aunque de manera quizá menos explícita»*. Por tanto, la separabilidad permite considerar que el convenio arbitral está separado y es autónomo del contrato en que se inserta o al que se refiere o trae causa, de manera que no se ve afectado, en principio, por la ineficacia de dicho contrato. Y de ahí que los árbitros puedan decidir sobre su propia competencia para resolver el litigio, incluso cuando se invoque la nulidad del convenio arbitral, permitiendo salvar con ello todo problema derivado de la mencionada regla del *nihil ex nihilo*. La separabilidad o autonomía es, pues, el instrumento técnico que hace posible que los árbitros tengan potestad para conocer sobre la misma validez del convenio o acuerdo arbitral y, por consiguiente, sobre su propia competencia; esto es, un instrumento al servicio del principio "competencia-competencia" (al respecto, puede verse Gómez Jene, Miguel: "Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia", en *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005, página 234). En consecuencia, el principio de la separabilidad *«hace posible el también "principio competencia de la competencia" (Kompetenz-Kompetenz), que la Ley Arbitral Española establece claramente también en el art. 22»* (Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña del 19 de marzo de 2015 [AC 2015\459]).

3. Subsistencia del convenio arbitral incluso tras la extinción del contrato en el que aquél está inserto como una cláusula contractual o, en su caso, al que se refiere o del que traiga causa

Al estar basada la doctrina de la separabilidad en que el convenio arbitral es un pacto autónomo del contrato principal, dicha doctrina permite igualmente afirmar que los efectos del citado convenio arbitral perduran, aun cuando el aludido contrato haya dejado de producir efectos⁵⁵. Y lo precedente, cualquiera que sea la causa de esta circunstancia (incumplimiento, realización de la condición resolutoria, cumplimiento del término final, desistimiento unilateral, etc.).

Es decir, sin que deba considerarse que *«la terminación de la vigencia del acuerdo matriz suponga, como consecuencia inmediata e inexorable, la pérdida de eficacia del sometimiento a arbitraje previamente pactado»*⁵⁶.

Luego ha de señalarse que la vigencia de dicho convenio arbitral no queda limitada a la del citado contrato, máxime si la redacción de tal convenio no presenta limitación alguna de naturaleza temporal⁵⁷. Y tal entendimiento expresado ha de mantenerse, incluso, aun cuando nos encontremos ante supuestos de terminación consensuada del mencionado contrato. O lo que es lo mismo, en aquellos casos en los que la finalización o extinción de la vigencia del aludido contrato se haya producido por mutuo disenso o resolución de mutuo acuerdo de las partes.

⁵⁵ En este sentido, por ejemplo, pueden traerse a colación las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: País Vasco, del 23 abril de 2020 (JUR 2020\151040); Castilla-La Mancha, del 22 de marzo de 2021 (AC 2021\1388); y Cataluña, del 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848). Dichas Sentencias declaran, en cuanto al fundamento de esta doctrina de la separabilidad o autonomía del convenio arbitral, que la misma *«se halla en que el convenio arbitral es un pacto independiente del contrato principal y sus efectos perduran aun cuando aquél ha dejado de producir efectos»*.

⁵⁶ De Lorenzo, Manuel: "Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)", en Notas de jurisprudencia, *LA LEY Mediación y Arbitraje n.º 11, abril-junio 2022*, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, página 365. Asimismo, puede citarse a Fernández Rozas, José Carlos: "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 714, quien indica que, por ejemplo, el principio de separabilidad *«explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato [...] que ha caducado»*. Igualmente, por ejemplo, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha del 22 de marzo de 2021 (AC 2021\1388), al señalar que: *«Significativo es que precisamente muchos arbitrajes pueden surgir como consecuencia de la finalización de un determinado contrato; es por ello que ambos, convenio arbitral y contrato principal, emanan de dos declaraciones de voluntad diferentes, dirigidas a fines diversos: el contrato a regular las relaciones patrimoniales entre las partes, el convenio arbitral, a desplazar la jurisdicción, encomendando la resolución de los conflictos a los árbitros»*. En esta misma dirección, por ejemplo, también puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 13 de mayo de 2022 (JUR 2022\262848).

⁵⁷ Al respecto, pueden citarse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 10 de junio de 2014 (JUR 2014\261217) y 24 de abril de 2018 (AC 2018\787). Además, esa vigencia temporal ilimitada del convenio arbitral es de carácter material, dado que afecta a la misma posibilidad de acudir al arbitraje como sistema de composición de controversias (en este sentido, puede verse la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional del 17 de enero de 2015 [RTC 2005\9]).

En este sentido, por ejemplo, podemos traer a colación algún supuesto en el que la terminación o finalización del referido contrato fue puesta de manifiesto en términos que podemos estimar lo suficientemente gráficos o rotundos como para que no pudieran dar lugar, en principio, a género alguno de duda al respecto, dada la contundencia manifiesta de los mismos. Y así, dichos términos empleados por las partes fueron los siguientes: *«no hay más que discutir ni posibilidad alguna de litigio»*⁵⁸.

⁵⁸ Sobre este concreto supuesto, podemos citar la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2 de marzo 2022 (JUR 2022\119040), en la que se establece, por lo que ahora aquí interesa, lo siguiente: *«Analizaremos, por el orden en que figuran enunciadas en el escrito de demanda, las pretendidas infracciones que se atribuyen al árbitro.*

1.- En primer lugar, considera la parte actora que el convenio arbitral no existe o no es válido, y hace descansar esta visión en el hecho de que el contrato de arrendamiento que contenía el compromiso de arbitraje había sido ya resuelto. No podemos compartir esta postura.

El contrato de arrendamiento de la vivienda alquilada por los hoy demandantes insertaba en su cláusula Decimoquinta una incontestable sumisión a arbitraje para la resolución de "cualquier controversia, discrepancia, aplicación o interpretación del presente contrato".

No puede sostenerse como hace la demanda que con la finalización del contrato -aun siendo de mutuo acuerdo- se produzca esa absoluta extinción de cualquier posibilidad litigiosa derivada. Los contratos despliegan sus efectos entre las partes con arreglo al contenido de lo pactado, sin perjuicio del complemento establecido en las leyes. En el presente supuesto, la resolución del arrendamiento mutuamente acordada implicará básicamente que dejan de ser efectivos los derechos de uso del inmueble para el arrendatario, y de percepción de la renta para el arrendador. Pero a falta de cualquier otro "cierre" expreso de las restantes proyecciones del contrato, no tiene por qué desaparecer todo derecho anudado a la relación contractual.

La lectura del contrato que se aporta con la demanda como documento Nº 1 evidencia (último párrafo de la cláusula quinta) que "A la firma de la rescisión del contrato de arrendamiento la parte arrendataria deberá entregar la vivienda en el mismo estado en la que se la encontró, obligándose en ese acto a abonar a la parte arrendadora los desperfectos que haya, previa valoración de estos". No puede generar ni la más remota duda el hecho de que el arrendador queda facultado -en este caso en virtud del propio contrato- para exigir del inquilino del abono de estos desperfectos -si los hubiese- sin que pueda interpretarse la expresión "en ese acto" como instante de cierre a cualquier posibilidad de ulterior reclamación. El arrendatario asume la obligación de sufragar los desperfectos, y tendrá ocasión de discutir su realidad o alcance en el pleito (en este caso arbitral) que los dirima, encontrando indiscutible alojamiento este debate o controversia en el texto del propio convenio arbitral dada su inclusión en el ámbito determinado en la cláusula Decimoquinta que antes hemos transcrito parcialmente. El procedimiento arbitral que se prevé como medio para dirimir las diferencias entre partes resulta ser el escenario pactado por las partes para discutir la realidad, causa, origen y dimensión de los daños que se reclamen.[...] El pronunciamiento, desde el punto de vista de su correspondencia con el convenio arbitral se ajusta perfectamente al cometido que proyectaba el contrato (válido), y que a estos efectos no puede decirse que hubiese desaparecido ni se hubiese extinguido con la resolución mutuamente acordada, pues precisamente desplegaba su ámbito de acción ante cualquier controversia que pudiera aflorar como consecuencia de la relación arrendaticia que llegó a su fin con la resolución. La obligación de abono de los desperfectos que resultasen probados no se extinguió con la entrega de llaves. Bajo ningún concepto puede afirmarse la extinción, ni por lo tanto la inexistencia ni tampoco la invalidez del convenio arbitral, por lo que este motivo ha de verse rechazado».

Esta Sentencia ha sido comentada por De Lorenzo, Manuel: "Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)", en Notas de jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 11, abril-junio 2022, Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, páginas 367 y 368, señalando al respecto que: *«El supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento por la sentencia a la que se refiere este comentario, no se refería a un convenio arbitral potencialmente nulo, sino a un compromiso cuya validez inicial era indiscutida. Si bien se argumentaba por el instante de la anulación el decaimiento sobrevenido de su eficacia, como consecuencia de la terminación consensuada del contrato subyacente. El TSJ despacha la primera causa de impugnación alegada, centrada en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, razonando que, no obstante la terminación de la vigencia del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión a la propiedad, ello no significa la desaparición de la obligación del arrendatario de abonar los desperfectos que pudiese haber ocasionado. Proyectando el convenio arbitral su eficacia a la resolución de cualquier controversia derivada del contrato, incluyendo la originada por esos daños, de manera que, sin citarla, el tribunal aplica la doctrina de la separabilidad para mantener la vigencia del sometimiento a arbitraje, de manera independiente a la suerte corrida por el contrato en cuyo seno se contiene ese pacto. Cabe entender que dicha solución, en todo caso, podría venir excepcionada en dos supuestos que hipotéticamente podrían producirse. El primero, si las partes realizasen, en el momento de plasmar por escrito la finalización del contrato por mutuo acuerdo, una declaración expresa dejando asimismo sin vigor el sometimiento a arbitraje; el segundo, si los actos de una parte que pudiesen dar lugar a una eventual reclamación formulada en su contra no hubiesen nacido como consecuencia de la relación contractual en sí misma considerada, sino por razón de otra causa (como sucedería, por ejemplo, si al extinguirse un contrato de arrendamiento, el antiguo arrendatario permaneciese en la vivienda pero no ya a título de tal, sino a título de precarista con tolerancia de la propiedad; causando desperfectos en el inmueble, pero posteriores a la intervención posesoria producida tras el cambio acaecido, siendo su responsabilidad exigible no ya por su fenecida condición de arrendatario, sino por la de mero poseedor, sin amparo en este caso en un convenio arbitral que permitiese acoger esa disputa».*

4. Competencia de los árbitros para propiamente decidir sobre la validez y eficacia del convenio arbitral

4.1. Regla de “la competencia sobre la competencia”

Dado que no depende la validez del convenio arbitral, a su vez, de la validez, ni de la vigencia, del contrato que lo contiene como una mera cláusula o del que depende por venir referido al mismo o traer causa de éste, debe entenderse que los árbitros disponen de plena competencia para decidir sobre la validez y eficacia del propio convenio arbitral, tal y como antes hemos indicado.

En este sentido, ha de tenerse presente que el mencionado artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje española consagra –según ya dijimos– la regla de “la competencia sobre la competencia” o de la “autocompetencia”⁵⁹. Esta regla es lo que en Alemania se conoce con la expresión “*Kompetenz-Kompetenz*”, que se encuentra plenamente asentada en el Derecho español⁶⁰.

Regla que establece que son los árbitros quienes deben decidir, en primer lugar y de oficio, sobre su propia competencia –potestad que expresamente se les atribuye en el reseñado precepto normativo contenido en el artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje española–⁶¹, la cual se hace también extensiva para la decisión de todas aquellas cuestiones que se refieran y guarden conexión con la existencia o validez del convenio arbitral⁶², lo

⁵⁹ En este sentido, puede verse De Benito, Marco: *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010, página 203; así como Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 2007, página 331.

⁶⁰ Regla que, como señala el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española, se denomina “*Kompetenz-Kompetenz*” y que califica de «*capital para el arbitraje*», teniendo los árbitros, conforme a la misma, «*potestad para decidir sobre su competencia*».

⁶¹ Igualmente, en el apartado IV de la misma Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española se reconoce «*la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia*».

⁶² Así, el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona del 3 de enero de 2019 (JUR 2019\47785) señala: «*El art. 22 al tratar la competencia de los árbitros establece: “Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”. En consecuencia, es en el Procedimiento Arbitral donde debe determinarse si concurren los requisitos para la validez del convenio arbitral AP Madrid (Sección 21) Auto 30 marzo 2016 F.J. Segundo). No se puede olvidar que entre los motivos de anulación del laudo previstos en el art. 41.1 de la L.A. está: “a) que el convenio arbitral no existe o no es válido”. Muestra de ello es la sentencia que indica la apelante: TSJC Sent. N° 26/2013 de 4 abril donde se trata como un motivo de impugnación del Laudo dictado la validez de la cláusula inserta en un contrato de Swap que anula vía impugnación del laudo». En la misma dirección, por ejemplo y entre otras muchas, pueden verse igualmente las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Galicia, del 22 de febrero de 2019 (JUR 2019\93049) y 29 octubre de 2020 (JUR 2020\358961); y Extremadura, del 4 de junio de 2020 (JUR 2020\233140) y 1 de febrero de 2021 (AC\2021\1393). Ahora bien, de la interpretación conjunta de los artículos 9, 11 y 22 de la Ley de Arbitraje española se extrae la consecuencia de que: «*La competencia de los árbitros no comprende la de decidir el sometimiento de la cuestión al procedimiento arbitral. Si fuera así, podrían decidir el sometimiento de la cuestión a arbitraje a pesar de que una de las partes no estuviera de acuerdo como aquí sucede y ya vemos como el art. 9 de la Ley requiere ineludiblemente que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido, convenio arbitral inexistente en éste caso*» (Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional del 17 de enero de 2022 [JUR 2022\64600]).*

que implica la facultad de fiscalizar el contenido y alcance del convenio, así como sobre que no concurren cualesquiera otras circunstancias cuya estimación les impida entrar en el fondo de la controversia⁶³.

Sin que tampoco sobre añadir que dichas cuestiones se encontrarían dentro del ámbito objetivo del propio convenio arbitral, puesto que exige una interpretación del mencionado convenio respecto a su naturaleza jurídica, requisitos exigibles y contenido⁶⁴, así como que los árbitros pueden resolver también todas las cuestiones que se hayan planteado en el procedimiento arbitral, al igual que aquéllas que sean consecuencia lógica y obligada de las mismas, y que se trataría también de extremos derivados del previo análisis o examen respecto a la naturaleza jurídica del propio convenio arbitral⁶⁵.

Y sin olvidar igualmente que dichas cuestiones estarían incluidas en el ámbito de libre disposición de las partes, tratándose de materias perfectamente arbitrables conforme al tenor de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje española⁶⁶.

De la misma manera, ha de sopesarse que tal “competencia sobre la competencia” descrita pueden los árbitros apreciarla y hacerla valer, incluso, de oficio o *sua sponte*⁶⁷.

Por tanto, resulta palmario que corresponde a los árbitros decidir sobre la excepción impugnatoria del convenio arbitral cuando se haya alegado la invalidez o nulidad del contrato en el que dicho convenio se inserta como una cláusula o del que dependa por venir referido o traer causa del mismo.

⁶³ En este sentido, y entre otras, pueden citarse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Madrid, del 8 de mayo de 2013 (JUR 2014\261305), 24 febrero de 2014 (JUR 2014\261279), 22 de noviembre de 2015 (JUR 2015\301732), 13 de diciembre de 2017 (AC 2017\2034), 13 de marzo de 2018 (AC 2018\545), 12 de junio de 2018 (AC 2018\1358), 13 de noviembre de 2018 (JUR 2019\22579), 7 de enero de 2020 (JUR\2020\92538) y 21 de diciembre de 2021 (JUR 2022\50422); Cataluña, del 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\1987) y 9 de noviembre de 2017 (RJ 2017\6075); Navarra, del 21 de mayo de 2018 (RJ 2018\3006); y Galicia, del 22 de febrero de 2019 (JUR 2019\93049). Igualmente, por ejemplo, puede verse el Auto de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona del 29 junio de 2018 (JUR 2018\206788).

⁶⁴ Así, puede verse el Auto de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias del 8 de julio de 2011 (JUR 2011\318909).

⁶⁵ Al respecto, y entre otras, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2 de noviembre de 2016 (AC 2016\1802) y 21 de febrero de 2017 (AC 2017\446). En esta misma dirección, y respecto de las cuestiones arriba indicadas, no ha de soslayarse la denominada “función pacificadora del arbitraje”, que «*lleva a interpretar flexiblemente el alcance del convenio arbitral y los poderes de decisión del Árbitro a la hora de delimitar el alcance del convenio y el objeto sobre el que ha de laudar*» (Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 3 de mayo de 2017 [AC 2017\727]).

⁶⁶ En cuanto a que se encuentran en el ámbito de la libre disposición de los particulares cuestiones tales como las relativas a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral, la validez o nulidad de los contratos, así como los incumplimientos contractuales y reclamaciones derivadas de los mismos, puede verse, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 16 de noviembre de 2011 (JUR 2012\131675).

⁶⁷ Como evidencia el precepto normativo del artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje española. Igualmente, puede verse González-Bueno, Carlos. “El Artículo 22”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, página 399.

Ahora bien, y por otro lado, debe ponderarse también que si el mencionado convenio arbitral resultara inválido o nulo conforme a su concreta normativa, tal posible invalidez o nulidad, en cuanto igualmente generadora de su inexistencia jurídica⁶⁸, haría innecesario el pronunciamiento de los árbitros sobre el resto de cuestiones que estuvieran debatiéndose por las partes, en la medida en que traería consigo, a su vez, la falta de competencia de los árbitros⁶⁹, por lo que la discusión de esas otras pretensiones en sede arbitral carecería igualmente de base o fundamento⁷⁰.

En consecuencia, esa pretendida invalidez o nulidad del convenio arbitral conforma una cuestión a resolver antes de poder entrar al análisis de todas esas restantes cuestiones controvertidas entre las partes que estuvieran pendientes de resolver, como «*cuestión de prioridad lógica jurídica a cualquier otra pretensión de las partes*»⁷¹.

⁶⁸ En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 22 de julio de 2013 (JUR 2013\284880) considera que se produce la inexistencia del convenio arbitral o nulidad del mismo, por ejemplo, si hay falta de consentimiento. Igualmente, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 22 de febrero de 2019 (JUR 2019\93049) habla de «*los casos de nulidad patente que pueden equipararse a la inexistencia*». Por otro lado, y entre otras, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra del 30 de abril de 2014 (JUR 2014\175060), con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo español, identifica como supuestos de inexistencia o nulidad radical aquellos en que falta «*alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil*». Asimismo, puede verse Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Introducción Teoría del Contrato*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007, página 561: «*Carece de utilidad porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que aquellas a las que conduce la nulidad radical y absoluta [...] La doctrina de la inexistencia experimentó, sin embargo, [...] una importante ampliación. Siempre que faltan de manera total y absoluta los elementos lógicamente necesarios para la realización del acto jurídico (por ejemplo, falta total y absoluta del consentimiento, de objeto o de causa), el acto en cuanto tal es inexistente. Esta concepción se encuentra seguramente presente en el art. 1261 CC [...] es decir, cuando faltan algunos de los requisitos señalados (consentimiento, objeto y causa), no es que el contrato sea nulo, es que "no hay contrato"*. Aunque dicho autor añade a continuación, en esa misma página 561 citada, lo siguiente: «*Sin embargo, con semejante punto de partida la diferenciación entre la inexistencia y la nulidad resulta extraordinariamente difícil*». Y finaliza ese mismo autor, en la página 563, indicando que: «*Desde este punto de vista, la categoría tal vez pueda ser mantenida, aunque señalando que en rigor se reconduce a una nulidad radical y absoluta, pues frente a ella, la idea de inexistencia es, como dice J. DELGADO, más bien un instrumento de carácter didáctico, que puede ser útil en algún caso para forzar los límites verdaderos o supuestos de una regulación dada sobre la nulidad*».

⁶⁹ Al respecto, debe ponderarse que «*la ratio essendi de la competencia arbitral radica en el convenio arbitral*» (entre otras, puede citarse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 29 de abril de 2013 [RJ 2013\7851]). Igualmente, puede verse Chillón, José María, y José Fernando Merino: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid: Editorial Civitas, 1991, páginas 798 y 799: «*Es necesario conectar, pues, la noción de competencia arbitral, en el sentido indicado, al pacto que le da vida, sin el cual los árbitros quedarían relegados al papel de simples ciudadanos sin poder alguno. La competencia arbitral –y correlativamente la incompetencia de los tribunales judiciales– es el efecto primario positivo de la convención o pacto arbitral. No basta con la constitución del tribunal arbitral, es necesario que éste tenga poder –competencia– para conocer y fallar el caso, en la medida y bajo las condiciones que las partes han determinado*». El convenio arbitral es la «*fuerza del arbitraje*», por lo que, de ser nulo o inválido, los conflictos derivados del contrato tendrían que «*resolverse por otros medios*» (Lacruz Mantecón, Miguel: *La impugnación del arbitraje*, Madrid: Editorial Reus, 2011, página 16).

⁷⁰ Sobre la incongruencia en ese supuesto, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 2 de julio de 2015 (RJ 2015\4485) y 9 de marzo de 2016 (RJ 2016\856).

⁷¹ Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 28 de junio de 2016 (JUR 2016\202868) y 24 de mayo de 2018 (AC 2018\790). En lo que atañe a la decisión sobre la invalidez o nulidad del aludido convenio arbitral, debe ponderarse que, como consecuencia de la anteriormente mencionada regla de la "competencia sobre la competencia" y, más en concreto, como resultado del "efecto positivo" de la misma se impide que pueda verse paralizado el procedimiento arbitral por la invocación de cualquier tipo de impugnación relacionada con la competencia de los árbitros y el convenio arbitral (sobre las anteriores cuestiones, puede verse De Benito, Marco: *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010, página 204; con cita de, entre otros, Virgós, Miguel: *Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958, en homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, Madrid: Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número extraordinario, 2006, página 29; así como de Gaillard, Emmanuel y John Savage: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1999, página 406). Y de ahí que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley de Arbitraje española, los árbitros podrán

Y más aún, si se tiene presente que la cuestión de la invalidez por nulidad absoluta o radical del convenio arbitral constituye un hecho impeditivo que, como tal y en general, ha de ser apreciado de oficio siempre y con independencia de cuál haya sido «la parte que lo ha introducido en el proceso: rige aquí el principio de adquisición procesal»⁷².

No obstante, y sin perjuicio de todo lo precedente, debemos atender igualmente al alcance e interrelación que guarda la regla de “la competencia sobre la competencia”, contenida en el mencionado artículo 22 de la Ley de Arbitraje española, respecto a los supuestos de: (i) inicio de un litigio judicial, con anterioridad a haber instado el procedimiento arbitral; y (ii) la existencia de un procedimiento arbitral en curso, durante cuyo desarrollo una de las partes intente iniciar actuaciones judiciales simultáneas.

Pues bien, a estos efectos debe tenerse presente que, como punto de partida, la jurisprudencia española considera que existen dos posiciones o tesis en cuanto al alcance de la citada regla de “la competencia sobre la competencia”:

«La primera sería la llamada “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.

La segunda sería la llamada “tesis débil”, según la cual el órgano judicial ante el que se plantea la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio»⁷³.

4.2. De haberse iniciado un litigio judicial antes de instar el procedimiento arbitral: “tesis débil”

Y sobre la base de estas dos tesis contempladas, esa misma jurisprudencia estima que la denominada “tesis débil” resulta conforme con el ordenamiento jurídico

resolver aquella referida cuestión relativa a la invalidez o nulidad del convenio arbitral «con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto», debiendo tenerse presente, además, que: «La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral». Y sin olvidar tampoco, por lo que respecta a ese momento de decidir, que el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española señala lo siguiente: «Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativa a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo».

⁷² Al respecto, puede verse la Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 9 de febrero de 2006 (JUR 2007\108740).

⁷³ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3021). Al respecto, y entre otras, pueden igualmente citarse las Sentencias de Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del 21 de mayo de 2018 (RJ 2018\3006) y 4 de diciembre de 2020 (RJ 2020\5657).

español como pauta de actuación en los casos en que, iniciado un litigio judicial, se plantea por declinatoria la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral⁷⁴:

«[Q]ue no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

Cuando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que “el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”. En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público [...]

Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el art. 11 de la Ley de Arbitraje y los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial»⁷⁵.

⁷⁴ Esto es, *arg. ex* los dos primeros apartados del artículo 11 de la Ley de Arbitraje española en relación con los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de un convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa. En efecto, la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción no cabe en el caso de haberse sometido las partes a arbitraje, ya que tal posibilidad sólo la establece el artículo 38 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil en el supuesto de falta de competencia internacional, o de jurisdicción, por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional, sin mención al arbitraje; y por su lado, el referido artículo 39 de dicha Ley de Enjuiciamiento establece que será necesaria la denuncia de tal falta de jurisdicción mediante el planteamiento de declinatoria (al respecto, y entre otras, puede verse la Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de febrero de 2022 [JUR 2022\163447]).

⁷⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3021). La Sentencia anteriormente reseñada añade, en cuanto a las razones que sustentan igualmente la apreciación de esa citada “tesis débil”, lo siguiente: «Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el art. II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, conforme al cual “el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”, con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio.

Una previsión similar se contiene en el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, que la propia exposición de motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador.

Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que “ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional”.

También es relevante en este sentido que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje a sobreeser el proceso judicial “a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz”, que se contenía en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010. El art. 11 de la Ley de Arbitraje quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria».

En suma, si se ha iniciado un litigio judicial en el que fue planteada, mediante declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, ha de tenerse presente que el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral, así como sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones⁷⁶.

A la vista de lo anterior, por tanto, tal enjuiciamiento no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción, sino que ha de examinar si el convenio es válido (es decir, si el acuerdo alcanzado constituye o no rectamente el mencionado convenio), eficaz (esto es, si el convenio adolece o no de defectos de forma o contenido que impiden ponerlo en práctica) y aplicable a la materia objeto del litigio (o lo que es lo mismo, si pese a existir tal convenio y estar formulado de manera correcta, la controversia o disputa que se pretende arbitrar se encuentra o no dentro de sus límites)⁷⁷.

4.3. De existir un procedimiento arbitral en curso, durante cuyo desarrollo una de las partes intente iniciar actuaciones judiciales simultáneas: “tesis fuerte”

Pero dicha jurisprudencia no se queda ahí, sino que destaca, además, que todo lo ya expuesto «es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje», la competencia «para pronunciarse sobre su propia competencia» reside en los árbitros mismos de manera indiscutible, conforme a lo expresamente previsto en el tan mentado artículo 22 de la Ley de Arbitraje española –en relación con lo igualmente dispuesto en el artículo 7 de dicha Ley–⁷⁸, y «su decisión sobre este punto sólo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo»⁷⁹.

⁷⁶ Y sin perjuicio de que, como dispone el artículo 11.2 de la citada Ley de Arbitraje española: «La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales»; de modo que, como señala el apartado III de la Exposición de Motivos de la citada Ley, «la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje».

⁷⁷ Sobre un análisis crítico de estas cuestiones tratadas por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 2017 puede verse Penadés, Manuel y Pedro Tent, en "Enforcement of Arbitration Agreements by National Courts: What Level of Review?", *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Editorial Wolters Kluwer International, 2019, páginas 3 a 17.

⁷⁸ En esta misma dirección, no se olvide que «las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje», sino que es fruto de su libérrima voluntad, no estando implicadas «las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate [...] en la elección de la vía arbitral», y sin que tampoco puedan «intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros» (así, puede verse el apartado 34 de la Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 1 de junio de 1999, caso *Eco Swiss China Time Ltd. contra Benetton International NV* [TJCE 1999\110]; y en idénticos términos, entre otras, también puede verse el apartado 13 de la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 27 de enero de 2005, caso *Guy Denuit y otros contra Mosaïque Voyages et Culture SA* [TJCE 2005\30]).

⁷⁹ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3021). En cuanto a la fase previa de formalización del arbitraje, ha de ponderarse que los órganos judiciales han de limitarse a comprobar la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual la partes *prima facie* se comprometen y sujetan a resolver las discrepancias entre las mismas a través de la institución arbitral. En otras palabras: no es propio que los órganos judiciales suplanten la decisión de los árbitros sobre su propia competencia, ni sobre el análisis de la validez del convenio arbitral –más allá de la referida verificación *prima facie*, de su existencia y validez–, y tampoco les corresponde la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia; y mucho menos, resultan aquellos órganos citados competentes para entrar a decidir respecto de la controversia misma. Todo

Es decir, la jurisprudencia española se decanta por la aludida “tesis fuerte” en los casos en que se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, a reserva de la eventual revisión de tal decisión de los árbitros por medio del ejercicio de la acción de anulación del laudo ante los correspondientes órganos judiciales⁸⁰.

De esta forma, dicha “tesis fuerte” permite que la solución alcanzada resulte plenamente respetuosa con la competencia exclusiva de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia dentro de los límites del procedimiento arbitral, lo que entraña, a su vez, que el órgano judicial afectado haya de abstenerse, con inmediata remisión de las partes al arbitraje instituido por ellas para solventar sus controversias.

CONCLUSIONES

En el Derecho español, la doctrina de la separabilidad permite distinguir el convenio arbitral del contrato en el que aquél se encuentre incorporado como una cláusula o al que se refiera o del que traiga causa, señalando las diferencias existentes entre tal convenio y dicho contrato, en cuanto que ambos son considerados como dos contratos autónomos y escindibles.

Igualmente, esta citada doctrina impide que la subsistencia del procedimiento arbitral quede sujeta a la voluntad de alguna de las partes intervinientes en dicho procedimiento, ya que cualquier alegación dirigida a cuestionar la validez y eficacia del mencionado contrato, al igual que la del convenio arbitral inserto en aquél como una cláusula o dependiente del mismo por venir a él referido o traer causa, habrá de solventarse también en el seno del propio arbitraje y, precisamente, en virtud de la aplicación del mentado convenio arbitral.

eso es competencia de los árbitros (en este sentido, por ejemplo, pueden verse las Sentencias de las Salas de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de los Tribunales Superiores de Justicia de: Cataluña, del 30 de julio de 2015 [RJ 2015\4455]; y Madrid, del 7 de enero de 2020 [JUR\2020\92538] y 22 de diciembre de 2020 [JUR 2021\99977]). A mayor abundamiento, debe tenerse presente que el apartado IV de la propia exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española señala al respecto lo siguiente: «Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio».

⁸⁰ En esta misma dirección, pueden igualmente citarse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del 21 de mayo de 2018 (RJ 2018\3006) y 4 de diciembre de 2020 (RJ 2020\5657). Asimismo, y por lo que respecta a dicha eventual revisión de la decisión de los árbitros, debe ponderarse que los órganos judiciales competentes para conocer de la citada acción de anulación, a la hora de precisar la existencia, el contenido y alcance de un convenio arbitral, no están vinculados, ni limitados, por la apreciación efectuada por los árbitros, puesto que la valoración sobre la existencia o no de convenio arbitral y su alcance es de la plena competencia de tales órganos judiciales, «como presupuesto mismo que es del arbitraje» (sobre todo lo anterior, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 3 de mayo de 2017 [AC 2017\727]).

De ahí que los árbitros sean, a priori, los llamados a resolver tales cuestiones relativas a la validez y eficacia del citado contrato, así como por lo que respecta al aludido convenio arbitral, dado que tienen plena competencia para solventar esta clase de controversias en virtud de la regla de “la competencia sobre la competencia” y la aplicación de la doctrina de la separabilidad. Y lo anterior, siempre que se haya iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, sin perjuicio de la eventual revisión de tal decisión de los árbitros a través del ejercicio de la acción de anulación del laudo ante los correspondientes órganos judiciales.

No obstante, ha de ponderarse que si se hubiera comenzado un litigio judicial en el que mediante declinatoria estuviese planteada la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, entonces el enjuiciamiento que tiene que efectuar el correspondiente órgano judicial sobre la validez y eficacia de este citado convenio, al igual que por lo que respecta a la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no estará sometido a restricción o limitación alguna.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y libros

- Arias, David. “Comentario al art.11”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005, páginas 102 y ss.
- Artuch Iriberry, Elena. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, páginas 122 a 127
- Bravo, Luis y Víctor Gamero. Sección 4, “Ley aplicable: determinación y aplicación” del Capítulo 2 “Convenio arbitral, jurisdicción y ley aplicable”, en *Memento de Arbitraje 2020-2021*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2020, número marginal 2360, página 132.
- Cadarso, Juan. “Comentario al art. 22”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2004, página 261
- Chillón, José María, y José Fernando Merino. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006, página 1138.
- Chillón, José María, y José Fernando Merino. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, páginas 115, 146, 193, 598, 602, 798 y 799.
- Cubillo López, Ignacio José. *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2016, página 499.
- De Benito, Marco. *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010, páginas 39, 48, 203 y 204.
- De Lorenzo, Manuel. “Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022)”, en *Notas de jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 11, abril-junio 2022*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2022, páginas 365, 367 y 368.
- De Palacio, Urquiola. “Sobre la responsabilidad de los árbitros”, en *Revista del Club Español del Arbitraje, nº 33/2018*. Madrid: Club Español del Arbitraje, 2018, página 13 y nota al pie número 20.

- Díez-Picazo, Luis. "Comentario al art. 9", en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2004, páginas 101 y ss.
- Díez-Picazo, Luis. "El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje", en *Estudios Legislativos, Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 1954, página 1156.
- Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Introducción Teoría del Contrato*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007, páginas 561 y 563.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tomo I, El contrato en general. La relación obligatoria*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, páginas 94 y 139.
- Esplugues Mota, Carlos. "Resolviendo cuestiones complejas con normas alambicadas. La regulación del convenio arbitral en el arbitraje internacional en España", en *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral, Tomo 1*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 – Colección estudios nº 2, páginas 708, 715 y 716.
- Fernández Rozas, José Carlos. "El convenio arbitral entre la estabilidad y el desatino", en *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, páginas 714, 715, 717 y 718.
- Fernández Rozas, José Carlos. "Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña", en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, Vol. IX, nº 2*. Madrid: Editorial Iprolex, 2016, páginas 581 a 608.
- Fernández Rozas, José Carlos, Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa. *Principios generales del arbitraje*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch – Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, 2018, nº 91, página 150.
- Fernández Rozas, José Carlos y Elena Artuch Iriberry. "Validez y eficacia del convenio arbitral internacional", en *Tratado de Derecho Arbitral: El convenio arbitral, Tomo 1*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 – Colección estudios nº 2, página 753.
- Gaillard, Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1999, página 406.
- Garberí Llobregat, José. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2004, página 191.
- Gil Minguiellón, Susana. *La Extensión de la Eficacia del Convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional*. La Rioja: Universidad de La Rioja, 2001, páginas 65 y 66.
- Gómez Jene, Miguel. "Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia", en *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005, página 234.
- González-Bueno, Carlos. "El Artículo 22", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, páginas 399, 411 y 412.
- Hinojosa Segovia, Rafael y Antonio Hierro Hernández-Mora. "El arbitraje comercial internacional en España: Marco legal y jurisprudencial", en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Colombia: Editorial Legis, 2009, página 386.
- Lacruz Mantecón, Miguel. *La impugnación del arbitraje*. Madrid: Editorial Reus, 2011, página 16.
- Montés, Vicente. "El convenio arbitral y sus efectos", en *La nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Recoletos Grupo de Comunicación-Diario "Expansión", Despachos Garrigues y Cuatrecasas, 2004, páginas 55, 56 y 60.

- Moscardó, Miguel y Alfonso Gómez-Acebo. "El convenio arbitral y sus efectos" en *La nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Recoletos Grupo de Comunicación-Diario "Expansión", Despachos Garrigues y Cuatrecasas, 2004, página 89.
- Ordeñana Gezuraga, Ixusco. "Del único fruto sano del manzano podrido o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija, de se fue el último tren o la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de cuestiones sentadas hasta la sociedad o la naturaleza de la acción de anulación y el orden público-Sentencia TSJ País Vasco 23 abril 2020", en *Notas de jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 3, julio-septiembre 2020*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2020, página 267.
- Ortega Giménez, Alfonso. "Verificación del convenio arbitral en el ejercicio de la acción de anulación-Sentencia TSJ Murcia de 26 diciembre 2019", en *Notas de Jurisprudencia, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 4, octubre-diciembre 2020*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer, 2020, páginas 270 a 276.
- Penadés, Manuel y Pedro Tent. "Enforcement of Arbitration Agreements by National Courts: What Level of Review?", en *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Editorial Wolters Kluwer International, 2019, páginas 3 a 17.
- Reglero Campos, L. Fernando. *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, página 188.
- Rivera, Julio César. "Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los Derechos de Argentina y España", en *Revista del Club Español del Arbitraje, nº 38/2020*, Madrid: Club Español del Arbitraje, 2020, páginas 43 y 44.
- Rojo Ajuria, Luis. "El artículo 8", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, página 115.
- Rosen, Janet A. "Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence", en *Fordham Int'l L. J., Vol. 17, nº 3*. Nueva York: 1993, página 609.
- Sánchez Lorenzo, Sixto Alfonso. "Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia en el Arbitraje Internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LXI (2009), 1*. Madrid: Editor-Boletín Oficial del Estado 2009, página 43.
- Schwebel, Stephen Myron. *International Arbitration: Three Salient Problems*. Cambridge: Grotius Publications, 1987, página 5.
- Soro Rusell, Olivier. *Los contratos como fuentes de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Madrid: Editorial Reus, Colección Monografías, 2014, páginas 130 y 131.
- Virgós, Miguel. *Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958, en homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*. Madrid: Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número extraordinario, 2006, página 29.
- Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 2007, páginas 311, 315 y 331.

Resoluciones judiciales

- Auto. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2003 [JUR 2003\132244]).
- Auto. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 7 de octubre de 2022 [JUR 2022\330407]).
- Auto. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 5 de mayo de 2022 [JUR 2022\196091]).

- Auto. (Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, 8 de julio de 2011 [JUR 2011\318909]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, 29 junio de 2018 [JUR 2018\206788]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, 24 de noviembre de 2017 [JUR 2018\71374]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5ª, 22 de marzo de 2018 [JUR 2018\150696]).
- Auto. (Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, 16 de octubre de 2020 [JUR 2021\80533]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Logroño, Sección 1ª, 2 de julio de 2021 [JUR 2021\396859]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, 9 de abril de 2008 [AC 2008\1702]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, 19 de abril de 2007 [JUR 2007\211780]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, 15 de marzo de 2011 [JUR 2011\190628]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, 24 de septiembre de 2020 [JUR 2021\47455]).
- Auto. (Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, 3 de enero de 2019, [JUR 2019\47785]).
- Sentencia. (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Pleno, caso *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*, 1 de junio de 1999 [TJCE 1999\110]).
- Sentencia. (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 4ª, caso *Guy Denuit y otros contra Mosaïque Voyages et Culture SA*, 27 de enero de 2005 [TJCE 2005\30]).
- Sentencia. (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 1ª, caso *Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L.*, 26 octubre 2006, [TJCE\2006\299])
- Sentencia. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, caso *República Eslovaca contra Achmea BV*, 6 de marzo de 2018 [TJCE 2018\66]).
- Sentencia. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, caso *República de Moldavia contra Komstroy LLC*, 2 de septiembre de 2021 [JUR 2021\284525]).
- Sentencia. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, caso *Suda contra Republica Checa*, 28 de octubre de 2010 [TEDH 2010\105]).
- Sentencia. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3ª, caso *Mutu y Pechstein contra Suiza*, 2 de octubre de 2018 [JUR 2018\259479]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Pleno, 12 de diciembre de 1981 [RTC 1981\36]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Pleno, 28 de junio de 2010 [RTC 2010\31]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Pleno, 11 de enero de 2018 [RTC 2018\1]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 17 de enero de 2005 [RTC 2005\9]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 17 de enero de 2015 [RTC 2005\9]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 15 de junio de 2020 [RTC 2020\46]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 15 de febrero de 2021 [RTC 2021\17]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 15 de marzo de 2021 [RTC 2021\55]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 15 de marzo de 2021 [RTC 2021\65]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 1ª, 27 de junio de 2022 [RTC 2022\79]).
- Sentencia. (Tribunal Constitucional español, Sala 2ª, 4 de abril de 2022 [RTC 2022\50]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 2002 [RJ 2002\2847]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2002 [RJ 2002\5256]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2003 [RJ 2003\ 5217]).

- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 27 de mayo de 2007 [RJ2007\3648]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2007 [RJ 2007\4960]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2008 [RJ 2009\8]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 23 de junio de 2010 [RJ 2010\4907]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 30 de diciembre de 2013 [RJ 2014\345]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 2 de julio de 2015 [RJ 2015\4485]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2016 [RJ 2016\856]).
- Sentencia. (Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3021]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Granada-, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 27 de noviembre de 2017 [JUR 2018\92627]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 11 de octubre de 2022 [Sentencia número 16/2022, procedimiento de nulidad de laudo arbitral número 23/2022]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 31 de mayo de 2022 [JUR 2022\206236]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 16 de enero de 2012 [JUR 2012\5246]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22 de marzo de 2021 [AC 2021\1388]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -Burgos-, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 3 de diciembre de 2019 [JUR 2020\74465]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 29 de abril de 2013 [RJ 2013\7851]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 16 de mayo de 2013 [RJ 2013\5394]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 6 de febrero de 2014 [RJ 2014\1987]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 15 de junio del 2015 [RJ 2015\4053]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de la Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 30 de julio de 2015 [RJ 2015\4455]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 9 de noviembre de 2017 [RJ 2017\6075]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 29 de octubre de 2018 [RJ 2018\5904]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 20 de octubre de 2020 [RJ 2020\5672]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 18 de enero de 2022 [RJ 2022\1236]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de mayo de 2022 [JUR 2022\262848]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 27 de mayo de 2022 [JUR 2022\302383]).

- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 4 de junio de 2020 [JUR 2020\233140]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 1 de febrero de 2021 [AC\2021\1393]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 29 de junio de 2022 [JUR 2022\272715]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 3 de diciembre de 2015 [RJ 2015\5793]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 27 de noviembre de 2018 [JUR 2019\36253]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22 de febrero de 2019 [JUR 2019\93049]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 29 octubre de 2020 [JUR 2020\358961]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias -Las Palmas de Gran Canaria-, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23 de julio de 2018 [JUR 2018\295671]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias -Las Palmas de Gran Canaria-, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 26 de mayo de 2022 [JUR 2022\255714]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 16 de noviembre de 2011 [JUR 2012\131675]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de marzo de 2012 [JUR 2012\149509]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23 mayo de mayo de 2012 [JUR 2012\227792]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 8 de mayo de 2013 [JUR 2014\261305]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22 de julio de 2013 [JUR 2013\284880]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 10 de diciembre de 2013 [JUR 2014\261085]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 24 febrero de 2014 [JUR 2014\261279]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 10 de junio de 2014 [JUR 2014\261217]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de noviembre de 2014 [JUR 2015\16346]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 17 de septiembre de 2015 [JUR 2015\242025]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 2 de noviembre de 2015 [JUR 2015\301732]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 5 de noviembre de 2015 [AC 2016\1]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22 de noviembre de 2015 [JUR 2015\301732]).

-
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 16 febrero de 2016 [AC 2016\535]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de abril de 2016 [AC 2016\741]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 10 de mayo de 2016 [AC 2016\1938]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 14 de junio de 2016 [JUR 2016\196234]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 28 de junio de 2016 [JUR 2016\202868]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 19 de julio de 2016 [JUR 2016\209874]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 2 de noviembre de 2016 [AC 2016\1802]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 4 de noviembre de 2016 [AC 2016\1803]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 8 de noviembre de 2016 [JUR 2016\1940]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 20 de diciembre de 2016 [AC 2017\296]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 21 de febrero de 2017 [AC 2017\446]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 21 de marzo de 2017 [AC 2017\480]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23 de marzo de 2017 [AC 2017\452]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 26 de abril de 2017 [AC 2017\560]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 3 de mayo de 2017 [AC 2017\727]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de diciembre de 2017 [AC 2017\2034]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de marzo de 2018 [AC 2018\545]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 abril de 2018 [JUR 2018\166161]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 24 de abril de 2018 [AC 2018\787]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 24 de mayo de 2018 [AC 2018\790]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 12 de junio de 2018 [AC 2018\1358]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 26 de julio de 2018 [AC 2018\1511]).

- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de noviembre de 2018 [AC 2018\1830]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de noviembre de 2018 [AC 2018\1832]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 15 de febrero de 2019 [JUR 2019\259556]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 18 de febrero de 2019 [JUR 2019\120857]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 12 de septiembre de 2019 [JUR 2019\296565]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 3 de diciembre de 2019 [JUR 2020\89473]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 7 de enero de 2020 [JUR\2020\92538]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 22 de diciembre de 2020 [JUR 2021\99977]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23 de diciembre de 2020 [AC 2021\1338]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 28 de abril de 2021 [AC 2021\1361]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 9 de septiembre de 2021 [JUR 2021\351482]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 26 de octubre de 2021 [JUR 2022\1666]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 10 de diciembre de 2021 [JUR 2021\383415]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 21 de diciembre de 2021 [JUR 2022\50422]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 2 de marzo 2022 [JUR 2022\119040]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 31 de mayo de 2022 [JUR 2022\229311]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 11 de julio de 2022 [JUR 2022\279911]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 de julio de 2022 [JUR 2022\280006]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 26 de julio de 2022 [JUR 2022\283853]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 14 de septiembre de 2022 [JUR 2022\329281]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 10 marzo de 2014 [AC 2014\483]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 21 de mayo de 2018 [RJ 2018\3006]).

- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 4 de diciembre de 2020 [RJ 2020\5657]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 10 de noviembre de 2011 [RJ 2012\10946]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4998]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23 abril de 2020 [JUR 2020\151040]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 20 de julio de 2022 [JUR 2022\278245]).
- Sentencia. (Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 27 de octubre de 2014 [JUR 2015\92667]).
- Sentencia. (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 17 de enero de 2022 [JUR 2022\64600]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, 22 de septiembre de 1999 [AC 1999\8761]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, 30 de septiembre de 2011 [JUR 2011\402429]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 19 de abril de 2016 [JUR 2016\143386]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, 28 de julio de 2017 [AC 2017\880]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, 21 de diciembre de 2010 [JUR 2011\87939]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, 30 de junio de 2017 [JUR 2017\218275]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, 19 de marzo de 2015 [AC 2015\459]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, 23 marzo 2009 [JUR 2009\248636]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, 8 de febrero de 2002 [JUR 2002\115536]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, 2 de marzo de 2002 [JUR 2002\118404]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, 9 de febrero de 2006 [JUR 2007\108740]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, 27 de diciembre de 2012 [JUR 2012\121378]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, 10 de febrero de 2022 [JUR 2022\163447]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, 23 de octubre de 2009 [JUR 2010\171396]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, 1 de octubre de 2009 [JUR 2010\21472]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, 10 de junio de 2010 [JUR 2013\140886]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 30 de abril de 2014 [JUR 2014\175060]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 27 de octubre de 2006 [JUR 2007\953]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, 15 de diciembre de 2010 [JUR 2011\127711]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, 15 de junio de 2021 [JUR 2021\284886]).
- Sentencia. (Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 6ª, 11 de marzo de 1993 [AC 1993\416]).

La transparencia de las instituciones arbitrales vs. la confidencialidad del arbitraje en Venezuela

María Alejandra González Yáñez

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 187-205

Resumen: La confianza en el arbitraje depende en gran medida de la transparencia de las instituciones administradoras de sus procedimientos, ya que es a través de ellas que los usuarios pueden constatar la evolución y utilización de este mecanismo para resolver controversias. La publicación de una normativa clara y de estadísticas, genera seguridad y aumenta la posibilidad de incorporación del mecanismo por parte de la comunidad jurídica y empresarial. El presente trabajo busca evidenciar los esfuerzos de los centros de arbitraje locales para lograr un mayor grado de transparencia y al mismo tiempo, mantener la confidencialidad propia del arbitraje.

Palabras clave: Confidencialidad, Transparencia, Arbitraje Institucional, Buenas Prácticas

The transparency of arbitration institutions vs. the confidentiality of arbitration in Venezuela

Abstract: *Confidence in arbitration depends to a large extent on the transparency of the institutions that administer their procedures since it is through them that users can verify the evolution and use of this mechanism to resolve disputes. The publication of clear regulations and statistics generates security and increases the possibility of incorporation of the mechanism by the legal and business community. The current essay seeks to demonstrate the efforts of local arbitration centers to achieve a greater degree of transparency and at the same time, maintain the confidentiality of arbitration.*

Keywords: *Confidentiality, Transparency, Institutional Arbitration, Good Practices*

Autora invitada

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (2010). Egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (2020). Estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Tecnológico de la Universidad Católica Andrés Bello (2023).

La transparencia de las instituciones arbitrales vs. la confidencialidad del arbitraje en Venezuela

María Alejandra González Yáñez

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 187-205

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Los reglamentos de los principales centros de arbitraje en Venezuela y las disposiciones relativas a la confidencialidad. 2. Transparencia y arbitraje institucional. 2.1. Obligaciones de las instituciones arbitrales en Venezuela. 2.2. Algunas formas de verificar la transparencia de las instituciones arbitrales. 3. Códigos de ética de las instituciones arbitrales. 4. Recomendaciones sobre transparencia previstas en el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019. 4.1. Recomendaciones sobre el contenido de las páginas web. 4.2. La publicidad de los casos. 4.3. La publicidad de los laudos. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje y en general los medios alternativos de resolución de conflictos tienen su fundamento en la confianza de sus actores. Las partes al suscribir una cláusula arbitral voluntariamente han decidido sustraer del conocimiento de los tribunales del Estado sus disputas, para que sean decididas por árbitros. Las instituciones arbitrales como entes centralizadores de la mayor cantidad de procedimientos de esta naturaleza deben contar con reglas claras tanto internas como externas, que brinden confianza a los usuarios respecto de su labor, ya que es a través de ellas que el arbitraje puede continuar su crecimiento y expansión. Los centros de arbitraje centralizan la información, permiten obtener estadísticas y tener certeza de las decisiones y criterios utilizados por los tribunales arbitrales.

En Venezuela la confidencialidad del arbitraje se encuentra regulado en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual señala que “salvo acuerdo en contrario de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo el contenido relacionado con el proceso arbitral”.

La confidencialidad es una de las características más nombradas del arbitraje y en nuestro criterio, guarda relación con el hecho de que, al menos en el arbitraje institucional venezolano, no existe la obligación legal de notificar a ninguna autoridad pública

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (2010). Egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (2020). Estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Tecnológico de la Universidad Católica Andrés Bello (2023).

el contenido del acuerdo de arbitraje ni la existencia de un procedimiento arbitral, por lo que, salvo acuerdo expreso de las partes, la confidencialidad será la regla desde el inicio del procedimiento hasta que se dicte el laudo arbitral

Durante los últimos años el tema sobre la transparencia en el arbitraje comercial ha tenido gran relevancia al contraponerse, de cierta forma, a la confidencialidad. Quienes defienden esta característica del arbitraje lo hacen sobre la base del resguardo de secretos industriales y la reputación de las partes intervinientes a quienes no les interesa que se conozcan sus desacuerdos contractuales, sin embargo, es importante diferenciar la confidencialidad del arbitraje como procedimiento, de la privacidad y el resguardo de información sensible por parte de las instituciones.

Dicha diferenciación permitirá llegar a la conclusión de que determinados aspectos del arbitraje pueden hacerse públicos sin vulnerar los derechos e intereses de las partes, y más bien al hacerlo se generaría información valiosa que, entre otras cosas, podría contribuir con la promoción del arbitraje. Algunos de los aspectos que podrían hacerse públicos bajo estos parámetros serían: los nombres de los árbitros, las características generales de las empresas intervinientes (por ejemplo, clasificarlas por sectores), las materias objeto del conflicto, los principios o bases más relevantes utilizados por los tribunales arbitrales para resolver la controversia y el laudo arbitral.

De tal manera que, si bien reconocemos y defendemos la confidencialidad en el arbitraje, en principio, salvo acuerdo expreso de las partes, el mismo tendría alcance solo respecto de aquello que puede perjudicar la reputación o secretos industriales de las partes, más no de aquello que puede ser provechoso desde el punto de vista académico, pues la divulgación de información y estadísticas también se vincula con el deber de transparencia de las instituciones arbitrales.

En las siguientes líneas abordaremos el tema de la transparencia de las instituciones arbitrales y la confidencialidad del arbitraje centrado en el caso venezolano, cuyo fin es contribuir para generar confianza de los usuarios hacia las instituciones, así como al constante crecimiento y utilización del arbitraje como medio de solución de controversias.

1. Los reglamentos de los principales centros de arbitraje en Venezuela y las disposiciones relativas a la confidencialidad

El Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas¹ (en adelante RGCACC) y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de

¹ Aprobado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, en Caracas a los veintinueve (21) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), y que entró en vigencia el veintiséis (26) del de mayo del 2022.

Conciliación y Arbitraje² (en adelante RCEDCA), incorporan normas relativas tanto a la transparencia de las instituciones, como a la confidencialidad de los procedimientos de arbitraje.³

En primer lugar, observamos que el RGCACC establece expresamente en el artículo 10 que:

Los árbitros, árbitro de emergencia, mediadores, coordinador de negociación, secretario del tribunal arbitral, expertos y personal del CACC tienen la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones, documentos, evidencias y de todo contenido relacionado con cualquier procedimiento administrado por el CACC .

Además, en este nuevo reglamento se agregó que “La Dirección Ejecutiva, puede con fines académicos, publicar laudos o decisiones relevantes una vez sea suprimida toda información considerada confidencial.”

Así mismo, en el artículo 47 del RGCACC se señala dentro de las obligaciones de los árbitros “garantizar a las partes confidencialidad, ecuanimidad e imparcialidad” y en el artículo 112 se establece el carácter confidencial del procedimiento de mediación en dicho centro.

En cuanto al RCEDCA encontramos que en el artículo 8.5 se establece que:

Todas las actuaciones realizadas durante la conciliación tendrán carácter confidencial. En consecuencia, ninguna de las partes podrá invocar en ningún proceso, ya sea arbitral o judicial, o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisiones de hechos u ofertas de avenencia realizadas por la otra parte en el proceso de conciliación, ni las consideraciones o recomendaciones propuestas por el conciliador, puesto que todas tienen estricto carácter confidencial .

Esta norma se refiere expresamente al procedimiento de conciliación tramitado en el CEDCA el cual es confidencialidad no solo frente a terceros sino también del arbitraje, ya que busca fomentar este mecanismo sin afectar el eventual arbitraje si la conciliación no llega a un feliz término.

De igual forma se hace referencia a la confidencialidad en la normativa relativa al secretario arbitral prevista en el artículo 27.11 literal c), donde se señala que este deberá “cumplir las mismas obligaciones de confidencialidad y privacidad que corresponden el Tribunal Arbitral” y en el artículo 38.6 sobre medidas cautelares, se establece que “el Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.”

² Aprobado por la Asamblea General de Socios del CEDCA y que entró en vigor el diecinueve (19) de febrero de 2020.

³ Cuando hablamos de los principales centros de arbitraje en Venezuela, nos estamos refiriendo únicamente al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA por ser los que más años llevan operando en el país y sobre los cuales existe más información disponible.

El artículo 42 del RCEDCA también resalta que “salvo acuerdo en contrario, toda actuación realizada por las partes o prueba aportada al proceso tendrá carácter confidencial”, sin embargo, una distinción respecto del RGCACC es que conforme a la normativa del CEDCA “cualquier interesado podrá solicitar copia del Laudo, previo pago del costo de reproducción, salvo que las partes expresamente hubieren acordado su confidencialidad”, lo cual es complementado por el artículo 42.5 que prevé que “el CEDCA contribuirá a la formación de jurisprudencia arbitral, haciendo público una vez suprimida toda información confidencial, los Laudos relevantes dictados bajo su Reglamento”.⁴

Como se observa, ambos reglamentos contemplan disposiciones que expresamente señalan la confidencialidad de los procedimientos, por lo que no quedan dudas sobre la relevancia que este asunto guarda para el arbitraje institucional venezolano.

2. Transparencia y arbitraje institucional

Cuando hablamos de transparencia nos referimos a la cualidad de ser transparente, definido por la Real Academia Española (RAE)⁵ como algo que es “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”. Desde el punto de vista institucional, la RAE señala que una institución transparente “proporciona información suficiente sobre su manera de actuar”. Como vemos, para hablar de transparencia debemos tomar en cuenta aspectos más objetivos que subjetivos, aquellos cuya constatación por la mayoría de quienes lo observan les permita concluir que están frente a algo que es claro o evidente.

La noción de transparencia también se utiliza de modo simbólico para dar nombre al carácter frontal y sincero de una persona u organización. Una persona transparente se muestra tal como es y no tiene secretos. En sentido similar, una organización transparente es aquella que hace pública su información. En ambos casos, se trata de una actitud que despierta confianza en los demás.⁶

Los principales centros de arbitraje en Venezuela están constituidos como asociaciones privadas sin fines de lucro, dependientes o vinculados estrechamente a cámaras de comercio nacionales o binacionales, cuyo régimen de funcionamiento se basa en lo señalado en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC)⁷ y en sus propios reglamentos internos.

⁴ Al respecto, el CEDCA ha publicado dos libros denominados Memoria Arbitral II (2014) y Memoria Arbitral III (2019), compilación de laudos dictados en los procedimientos administrados por el Centro.

⁵ Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Consultado el 16 de febrero de 2023 a través del siguiente enlace: <https://dle.rae.es/%20transparente?m=form>

⁶ Diccionario Definición.de, Consultado el 16 de febrero de 2023 a través del siguiente enlace: <https://definicion.de/transparencia/#:~:text=La%20noci%C3%B3n%20de%20transparencia%20tambi%C3%A9n,que%20hace%20p%C3%BAblica%20su%20informaci%C3%B3n.>

⁷ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial Ordinaria Nro. 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

En Venezuela, como en la mayoría de los países, no existe un organismo que regule el funcionamiento de los centros de arbitraje, los cuales, como cualquier otra asociación constituida en nuestro país, se rigen por sus propios estatutos y reglamentos; obligados como cualquier otro a cumplir con la normativa legal vigente respecto de los trámites registrales para su constitución, funcionamiento y publicidad.

Tal como lo señala Pedro Rengel: “no existe un modelo de organización interna al que deban ajustarse los centros de arbitraje (...) los centros de arbitraje tienen una amplia libertad y discrecionalidad para confeccionar tanto sus estatutos como sus reglamentos de arbitraje”.⁸

En países como Perú, donde se ha masificado el uso del arbitraje en las contrataciones con el Estado, se establecieron una serie de lineamientos y procedimientos para obtener y mantener el registro y acreditación de las instituciones arbitrales en esta materia⁹, así como un Registro Nacional de Árbitros (RNA), el cual tiene por objeto transparentar la información que consignen los profesionales que, a nivel nacional, se consideren aptos para desempeñarse como árbitros *ad hoc* en materia de contrataciones con el Estado.¹⁰ Sin embargo, la información que tenemos es que para las instituciones arbitrales privadas no existe una autoridad pública competente que administre un registro único a escala nacional.¹¹

En Costa Rica, por mencionar otro ejemplo, según lo establecido en la Ley que regula la materia de resolución alternativa de conflictos, los centros de arbitraje deben contar con autorización del Ministerio de Justicia¹² para poder dedicarse a la administración institucional de procesos de mediación, conciliación o arbitraje, el cual además establece sus requisitos de funcionamiento y ejerce una labor de fiscalización.¹³

Los principales centros de arbitraje institucional en Venezuela cuentan con su propia normativa interna (estatutos) y su normativa externa (reglamentos, códigos de ética, guías, etc.). En cada uno de estos instrumentos normativos se regulan cuestiones como el funcionamiento de los centros; facultades de los miembros operativos y de sus

⁸ Rengel Núñez, Pedro. *La responsabilidad de los Centros de Arbitraje*. El Arbitraje en Venezuela Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Caracas, editorial Sabias Palabras, C.A., 2013., Pág. 243.

⁹ Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado N° 019-2016-OSCE/CD. Consultado el 16 de febrero de 2023 a través del siguiente enlace: <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas2016/Modificacion%20Directiva%20019-2016-OSCE-CD-Acreditacion.pdf>

¹⁰ Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, acceso el 14/08/2020 <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/conciliacion-y-arbitraje>

¹¹ Artículo 7, numeral 2 del Decreto Legislativo 1071 establece “2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.”

¹² Artículo 72 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica. Ley Nro. 7727 del 9 de diciembre de 1997.

¹³ Artículo 3 del Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica N° 32152 de fecha 27 de octubre de 2004.

juntas o comités ejecutivos; mecanismo de incorporación de profesionales a las listas de mediadores y árbitros; causales de exclusión de las listas; reglas generales de procedimiento; reglas de conducta para las partes; árbitros y peritos, entre otros. Todo lo anterior, sin lugar a duda, forma parte del deber de transparencia de las instituciones y su conocimiento por parte de los usuarios genera mucha más confianza y credibilidad.

La transparencia también involucra medios de comunicación eficientes, de allí que instituciones dedicadas al estudio, promoción y práctica de los medios alternativos como el Club Español del Arbitraje (CEA) haya incorporado en su Código de Buenas Prácticas Arbitrales de 2019, la referencia a las páginas web de las instituciones. El objetivo principal es que los usuarios tengan la mayor cantidad de información disponible sobre los servicios y funcionamiento de los centros, de forma rápida y sencilla. Más adelante volveremos sobre este punto.

2.1. Obligaciones de las instituciones arbitrales en Venezuela

El artículo 13 de la LAC establece que todas las instituciones de arbitraje deben contar con:

1. procedimiento para la elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deben reunir los árbitros; las causas de exclusión de la lista; los trámites de inscripción y el procedimiento para su designación;
2. tarifas de honorarios para árbitros; y tarifas de gastos administrativos, las cuales serán revisadas y renovadas cada año;
3. normas administrativas aplicables al centro; y
4. cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro.

Estos requisitos se han ampliado por la propia práctica y globalización del arbitraje. Hoy en día, además de lo señalado en el artículo 13 de la LAC, se añade la necesidad de que la institución cuente con su propio Código de Ética,¹⁴ o que adopte alguno ya existente; guías para la conducción de casos y otros reglamentos como el de Junta de Controversias¹⁵ o Dispute Board, pues la dinámica actual exige la diversidad de productos y servicios por parte de las instituciones.

¹⁴ El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA reformó su Código de Ética el cual entró en vigor en febrero de 2020, para ampliar su regulación a los árbitros, las partes y los testigos que intervienen en los procedimientos. Reglamento consultado en fecha 16 de febrero de 2023 a través del siguiente enlace: <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>

¹⁵ Mecanismo preventivo y complementario al arbitraje o a cualquier otro procedimiento de litigio, en donde un grupo de expertos técnicos son los encargados de guiar a las partes casi de manera instantánea en la resolución de un desacuerdo, sin necesidad de que se vea afectado todo el desarrollo del proyecto o contrato en conjunto. La Junta de Controversias puede emitir recomendaciones, en principio, no vinculantes para las partes, o puede emitir decisiones vinculantes para las partes, dependiendo del tipo de Junta de Controversias escogida por las partes. Consultado en: <https://cedca.org.ve/junta-de-controversias/>

Ahora bien, aun cuando no lo encontramos plasmado en alguna norma jurídica venezolana relativa a arbitraje, dentro de las obligaciones de las instituciones creemos que también debe agregarse la de impartir información, comunicar, transmitir y capacitar en medios alternativos de resolución de conflictos (en adelante MARC's); continuo apoyo y trabajo conjunto con las Universidades para divulgar y dar a conocer las ventajas y oportunidades que representan el arbitraje, la conciliación y otros medios alternativos para descongestionar los órganos del poder judicial, así como cualquier otra actividad que traiga como consecuencia el aumento de conocimiento y el correcto uso de los MARC's para solucionar conflictos.

No podemos dejar de mencionar el deber de probidad, ya que, si bien hablamos de instituciones privadas, los medios alternativos forman parte del sistema de justicia, por lo que sus administradores y actores deben comportarse de acuerdo con los más altos estándares de rectitud, ética y apego a la Ley.

Es importante señalar también que la labor de los centros de arbitraje en Venezuela se limita a la "organización y administración de los arbitrajes institucionales que les sean sometidos, pero los centros de arbitraje no desempeñan funciones propiamente arbitrales, es decir, de decisión de las controversias",¹⁶ sin embargo, su labor es determinante en la conducción eficaz y eficiente de los procedimientos, por lo que no debe menospreciarse la actividad que realizan.

2.2. Algunas formas de verificar la transparencia de las instituciones arbitrales

Como hemos señalado, la transparencia es una cualidad de personas naturales o jurídicas, y en el caso de las segundas "una organización transparente es aquella que hace pública su información".¹⁷ En el plano de las instituciones de arbitraje existen dos puntos importantes a los cuales queremos hacer referencia por su vinculación con la transparencia, sin que esto quiera decir que son los únicos. Ellos son los mecanismos para la designación de árbitros y la publicación de estadísticas.

En cuanto a los mecanismos o formas de designación de árbitros por parte de las instituciones arbitrales, creemos que es muy relevante conocer claramente:

- a. Cuando y en qué supuestos puede ser designado un árbitro por la institución arbitral;
- b. Los requisitos, parámetros o circunstancias que se toman en cuenta para la designación de los árbitros;

¹⁶ Rengel Núñez, Pedro. *La responsabilidad de los Centros de Arbitraje*. El Arbitraje en Venezuela Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Caracas, editorial Sabias Palabras, C.A., 2013., Pág. 243.

¹⁷ Véase la nota 4.

- c. Si existe algún criterio a considerar por parte de la institución para designar un árbitro;
- d. Quién o cuál organismo es el encargado de designar a los árbitros en ausencia de las partes.

Al respecto, en el RCEDCA los supuestos en los cuales la institución designa árbitros son cuando (i) las partes no se ponen de acuerdo; (ii) una de las partes no asiste a la audiencia de designación; (iii) se solicita una medida cautelar *inaudita parte*. En cada uno de estos supuestos, la normativa indica de manera general, cómo se realiza la designación y quién la hace (Directorio del CEDCA). Por ejemplo, en el caso de la designación del árbitro de urgencia, el RCEDCA señala que “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” (artículo 38.2). En cuanto a los miembros del tribunal arbitral de fondo, hay algunas indicaciones sobre las listas de las cuales podría realizarse esa designación por parte de la institución, en aquellos casos en los que las partes no se pongan de acuerdo, estas son: (i) lista oficial; (ii) lista reducida; y (iii) lista final, dependiendo del caso, todas ellas definidas en el propio reglamento.

En cualquier caso, es de destacar que, en el RCEDCA, en ausencia de acuerdo entre las partes, el Directorio del CEDCA (su Junta Directiva) es el único llamado a realizar la designación.

Por su parte, el RGCACC establece dos figuras que pueden realizar la designación de árbitros en ausencia de las partes: (i) el Comité Ejecutivo; y, (ii) la Dirección Ejecutiva. Así, observamos que en el artículo 16 se establece que la designación del árbitro de emergencia será realizada por la Dirección Ejecutiva, y en el artículo 48 se establece que, en ausencia de acuerdo entre las partes, la designación del árbitro único será realizada por el Comité Ejecutivo, al igual que en los supuestos en los cuales una parte se abstenga de proponer árbitros. Además, el referido artículo 48 establece que, si las partes postulan árbitros que no formen parte de la lista de árbitros del CACC, estos deberán ser ratificados por la Dirección Ejecutiva.

Adicional a lo anterior, en el procedimiento de mediación bajo las reglas del CACC se establece que “Si las partes, de común acuerdo, postulan como mediador a una persona que no forme parte de la lista, le corresponderá a la Dirección Ejecutiva ratificar o no su nombramiento...”¹⁸

El otro aspecto al cual queremos hacer referencia es el relativo a la publicación de estadísticas e información por parte de los centros de arbitraje. Observamos que es una práctica generalizada de las principales instituciones a nivel nacional e internacional,

¹⁸ Artículo 109 del RGCACC

publicar informes anuales que dejen ver el desarrollo de los procedimientos administrados, de esta manera podemos conocer, entre otros: (i) el número de casos recibidos; (ii) porcentaje de casos resueltos en conciliación, mediación o arbitraje; (iii) porcentaje de casos desistidos; (iv) tiempo de duración promedio de los procedimientos; (v) materias sobre las cuales versaron los casos; (vi) porcentaje de casos en los cuales se solicitan medidas cautelares; (vii) conformación del tribunal arbitral; etc.

Si bien esta es una tarea que los propios centros realizan y publican generalmente en sus páginas web, existen otras organizaciones encargadas de recopilar data y agrupar la información de distintas instituciones arbitrales para luego hacerla visible a sus afiliados, tal es el caso de Dispute Resolution Data¹⁹ a través de la cual se pueden obtener reportes sobre arbitraje y mediación en distintas jurisdicciones del mundo a cambio de una suscripción. Las estadísticas, además de ser evidencia de transparencia de las instituciones, también son una fuente muy valiosa de información para las empresas financiadoras de arbitrajes, abogados dedicados a la materia y cualquier otro relacionado con interés en incursionar en estos procedimientos.

La publicación de estadísticas como obligación no está expresamente previsto en la Ley, sin embargo, vista la globalidad del arbitraje y su posibilidad de ser utilizado tanto en disputas nacionales como internacionales, resulta una necesidad para cualquier centro, que su trabajo se vea reforzado por la publicación oportuna y sistemática de información relativa a los casos administrados, para fomentar la confianza en la institución.

3. Códigos de ética de las instituciones arbitrales

En este apartado nos referiremos al Código de Ética²⁰ del CEDCA el cual se encuentra incluido en el Reglamento del mismo centro y desarrolla todo un apartado sobre la confidencialidad dentro del procedimiento. En él, se señala que, durante el arbitraje, los árbitros y los abogados deben garantizar que la información propia del caso no sea divulgada a terceros, a menos que las partes acuerden lo contrario. En este sentido, se regulan una serie de conductas que se deben evitar a los fines de cumplir con las directrices del Código, como son: a) divulgar información propia del caso que pueda afectar negativamente los intereses de terceros; b) que el tribunal comparta con terceros información del caso o el contenido del laudo antes de ser publicado; y, c) que los miembros del tribunal presten apoyo en los procedimientos posteriores al arbitraje, a menos que así lo requiera la ley.

¹⁹ Para conocer más de esta organización se puede consultar <http://www.disputeresolutiondata.com/>

²⁰ Nos referimos al Código de Ética del CEDCA 2020. Disponible en: <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>

Las normas del Código de Ética del CEDCA son de obligatorio cumplimiento por parte de los árbitros, los abogados que intervienen en los procedimientos y los testigos, y su finalidad es garantizar el desarrollo de un procedimiento arbitral justo, práctico y acorde a las demás características del arbitraje.²¹

Como corolario de lo anterior, es importante señalar que el RCEDCA incorporó en su más reciente reforma que el laudo arbitral deberá contener las costas del arbitraje, así como la proporción en la cual deben ser asumidas por las partes, tomando especial referencia la actitud, probidad y buena fe de las partes en el arbitraje, como indica el artículo 45.2, lo cual sin duda se relaciona con las normas de ética contenidas en el Código, por lo que su inobservancia podría generar “sanciones” a las partes.

Por su parte, en la más reciente reforma del RGCACC, se incorporó la referencia a las “Reglas de Actuación y Ética” que debe observar y suscribir el árbitro, mediador, árbitro de emergencia o coordinador de negociación, en los casos administrados por el CACC.²²

4. Recomendaciones sobre transparencia previstas en el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019

El Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019 (en adelante CBBPP) luego de recopilar una serie de experiencias prácticas y técnicas, propone a las instituciones, abogados, peritos y árbitros, ciertos estándares de conducta y procedimiento que objetivamente analizados pueden generar en los usuarios y público en general mayor confianza en el arbitraje institucional y aumentar la credibilidad de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Queremos en este punto referirnos a las recomendaciones sobre transparencia de las instituciones arbitrales, específicamente en cuanto al contenido de la página web, la publicidad de los casos y la publicidad de los laudos.

4.1. Recomendaciones sobre el contenido de las páginas web

Establece el CBBPP que toda institución arbitral publicará en su página web información sobre su estructura y funcionamiento, incluyendo: datos y enlaces de contacto; su historia y descripción general; las características, naturaleza y alcance de los servicios que ofrece, y los idiomas en los que los presta; sus Estatutos y toda la normativa o recomendaciones sobre su régimen de gobierno; su Código Deontológico; su Manual de Confidencialidad y Reglamento de Régimen Interno; los órganos que la conforman,

²¹ El Código expresamente señala: “El presente Código desarrolla y establece principios de conducta que son obligatorios para los árbitros, las partes y los testigos que participan en un procedimiento arbitral. El objetivo de estos es garantizar el desarrollo de un procedimiento arbitral justo, práctico y acorde a las demás características del arbitraje.”

²² Artículo 2.24 del RGCACC

los nombres de las personas que los componen; la asignación de funciones y responsabilidades de cada órgano y los procedimientos de elección de sus miembros; así como la duración de los mandatos; los nombres de las personas que patrocinan conferencias y eventos organizados por la Institución Arbitral, y los importes satisfechos por dichos patrocinadores en los últimos cinco años; el Reglamento de arbitraje; los aranceles y los honorarios de los árbitros, junto con un calculador que facilite el cálculo; las cuentas anuales y los informes de gestión de los últimos cinco ejercicios; las estadísticas detalladas sobre los asuntos que administra y los nombramientos de árbitros, diferenciando por edad, género y origen.

Como se observa, el Código es bastante amplio en la cantidad de información que considera debe ser del conocimiento público, orientado sobre todo a conocer a las personas que están detrás de las instituciones, cómo funcionan, quienes toman las decisiones, todo esto, a los fines de generar confianza y credibilidad. No obstante, creemos que, dependiendo de cada país o sede del arbitraje, aunado a la reputación de las instituciones y su trayectoria, estos aspectos podrían ser más o menos rígidos, ya que dependen de las realidades de cada uno.

En cuanto a los datos y enlaces de contacto, estamos totalmente de acuerdo con suministrar al usuario todas las vías posibles de comunicación con el personal interno de la institución, en este caso a la secretaría general que está estrechamente vinculada a la administración procesal del arbitraje, por otro lado, no creemos que esta obligación se extienda a los miembros de la Corte (cuando exista), o a los miembros del Consejo o Comisión de Nominaciones, ya que son órganos de jerarquía interna que deben ser lo más independientes posible de las partes, los abogados y los árbitros, pues sus decisiones podrían verse afectadas por vínculos estrechos con dichos actores.

La historia y descripción general de la institución es sumamente importante, ya que el origen de su nacimiento y el funcionamiento interno deben ser asuntos a los cuales debemos prestar mucha atención. La reputación de los miembros del Centro, sus directivos y hasta de los árbitros, mediadores, conciliadores o expertos, son aspectos que pueden reforzar la confianza o debilitarla, por lo que desde el punto de vista del usuario deberían ser determinantes a la hora de decantarse por uno u otro centro de arbitraje.

Cada institución tiene características propias que deben ser evaluadas cuidadosamente. Las materias de los procedimientos que pueden ventilarse, la ley que rige el funcionamiento del centro, el desarrollo de las más modernas tendencias internacionales, la infraestructura, la preponderancia de una fase previa o independiente de conciliación/mediación, procedimientos abreviados, la forma de designación de los árbitros, los estándares de calidad o el idioma son algunos de los puntos en los cuales se debe hacer mayor énfasis informativo pues deben ser conocidos previamente tanto por las partes como por los abogados a la hora de incluir una determinada cláusula arbitral en los contratos.

Es importante considerar que una vez que se ha pactado el arbitraje y un Centro en específico, el mismo será exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, salvo que ambas partes decidan lo contrario con posterioridad, pudiendo generar mayores problemas que soluciones. Es una labor de educación y transparencia que las instituciones deben llevar a cabo de la mejor manera posible, esforzándose siempre por comunicar y divulgar esta información tan relevante, pero también es labor de los usuarios recopilar la información necesaria y no tomarse estos asuntos con ligereza.

En el caso venezolano, los estatutos de cualquier asociación se encuentran en registros públicos (inmobiliarios o mercantiles dependiendo de su naturaleza) al alcance de cualquier interesado, por lo que el requisito de publicidad se encuentra satisfecho con la inscripción en el registro correspondiente. Así mismo, creemos que aun cuando no estén exhibidos en la página web de los respectivos centros, esto no le resta seriedad a la institución ya que cualquiera podría solicitarlos en el registro público o directamente a través de una petición a los órganos de gestión, quienes estarían obligados a compartirla por tratarse de información pública.

Más que como un requisito de la página web, consideramos muy relevante que cualquier interesado pueda conocer cuáles son los órganos que conforman las instituciones arbitrales, así como los nombres de las personas que los componen, el detalle de su hoja de vida, la asignación de sus funciones y responsabilidades de cada uno, así como la forma en la cual son elegidos. No debemos olvidar que la función primordial de los centros de arbitraje es la de servir de operadores del sistema de justicia, lo cual les impone un deber mayor de ética y transparencia.

La recomendación de divulgar la identidad de las personas (naturales o jurídicas) que patrocinen conferencias y eventos organizados por la institución arbitral, es un asunto de gran relevancia, no solo por la implicación fiscal de las posibles donaciones o contribuciones, sino por un tema de transparencia de fondos e independencia. En el caso venezolano, así como en la mayoría de los países, las instituciones arbitrales están vinculadas a cámaras de comercio, las cuales agrupan a gran cantidad de empresas nacionales y transnacionales, que se valen del relacionamiento para promocionar sus propios productos y servicios, sin embargo, en nuestra opinión, esto no deberían suponer un tratamiento especial hacia ellas, ya que el centro de arbitraje debe ser y permanecer independiente de todas las partes.

Es una práctica habitual por parte de los Centros recibir aportes y contribuciones de escritorios jurídicos o empresas con interés en promocionar los medios alternativos, es por esto que las instituciones arbitrales deben ser muy cuidadosas sobre los términos y condiciones para su recepción, estableciendo políticas internas claras que erradiquen la posibilidad de reclamar eventuales beneficios para sus socios o relacionados frente a la institución, ya que sin duda, dicha práctica debilitaría su credibilidad.

Ahora bien, más que incluir estos temas en la página web lo realmente importante es que las instituciones cuenten con políticas internas robustas, ajustadas a las normativas legales de cada país, lo cual es un aspecto de fondo que no se limita a la información pública y visible en una página web.

Sin lugar a dudas, las páginas web de los centros de arbitraje deben ser un canal directo de información para todo aquel que desee hacer uso de sus servicios o simplemente conocer acerca de los medios alternativos, por lo que siempre será recomendable que se publique la normativa interna (reglamento), tablas o baremos de costos (apéndices vigentes), así como las estadísticas sobre los casos recibidos, resueltos y sus detalles expurgados que permitan conocer *grosso modo* los casos tramitados, los árbitros intervinientes, la composición del tribunal arbitral, y las materias arbitradas. En nuestra opinión, es necesario no escatimar esfuerzos en buenas plataformas webs donde se brinde al usuario la mayor cantidad y calidad de información.

4.2. La publicidad de los casos

Este apartado se encuentra estrechamente vinculado a la información que de acuerdo al CBBPP debe estar disponible en las páginas web de los centros de arbitraje respecto de los casos, los cuales son: (i) Una referencia anonimizada sobre la naturaleza de las partes; (ii) Los nombres de los árbitros, sus posiciones dentro del tribunal arbitral, y la forma en la que fueron designados; (iii) Las recusaciones, de haber existido, y su resultado; (iv) Los secretarios administrativos, en su caso; (v) Los abogados representantes de las partes; (vi) El tipo de contrato, el derecho aplicable, el idioma y el lugar del arbitraje; (vii) La fecha de inicio del arbitraje, la de emisión del acta preliminar o primera orden procesal y la del laudo; y (viii) Cuando el laudo se haya dictado, su texto si es público o las razones para su confidencialidad.

Si bien no forma parte del tema central del presente trabajo, queremos hacer referencia a los arbitrajes de inversión tramitados ante el CIADI²³, ya que mucho se ha escrito sobre la publicidad de los casos cuando se tratan de arbitrajes con el estado o de contrataciones públicas. A propósito de este asunto, en la página web del CIADI se señala expresamente que ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje de ese centro contienen una presunción general de confidencialidad o transparencia aplicable a las partes. Por el contrario, las partes pueden adaptar el nivel de confidencialidad o transparencia a sus procedimientos.²⁴

²³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

²⁴ Acceso el 30/06/2020 <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Confidentiality-and-Transparency.aspx>

En este mismo sentido, la CNUDMI²⁵ publicó su Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (2014), el cual establece la obligación de poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda. Adicionalmente señala una serie de documentos que serán públicos, como por ejemplo las notificaciones, los escritos de demanda y contestación, listas de pruebas, declaraciones, peritos y testigos, y en especial, las órdenes procesales y los laudos.

En nuestra opinión, no quedan dudas que deben conocerse tanto las partes como los motivos de las disputas cuando se encuentren involucrados fondos públicos, ya que son de "interés colectivo", aún más los laudos que resuelvan dichos asuntos. Sin embargo, autores como Eduardo Silva Romero consideran que la transparencia "puede ser perjudicial para el Estado y sus ciudadanos y criticable desde varios puntos de vista"²⁶ de allí que formule cuatro críticas que podrían ser hechas a la transparencia:

En primer lugar, es posible expresar serias dudas en cuanto a la teoría política detrás de las reivindicaciones de transparencia. Parecería, en efecto, que la concepción política de la transparencia supone una democracia popular altamente participativa. Los ciudadanos, según esta postura, deberían poder controlar todas las acciones emprendidas por el aparato estatal. ¿Es realmente necesario que los ciudadanos controlen todas las acciones de la Administración? ¿No deberían los ciudadanos y el público en general simplemente confiar en los representantes políticos que han elegido?

Lo que es, para nosotros, evidente al respecto es, en segundo lugar, que el control de los ciudadanos y del público en general que resulta de la transparencia puede convertirse en un obstáculo importante en el desarrollo de la estrategia que un Estado adopte en un arbitraje internacional de inversiones.

(...)

En tercer lugar, otro efecto perverso de la transparencia puede ser el aumento de los tiempos y costos del procedimiento. Sobre el particular, los críticos de la transparencia señalan, especialmente, los plazos y expensas adicionales que la participación de amici curiae puede causar en el arbitraje.

(...)

Por último, la ideología de la transparencia ha causado un deseo desenfrenado de legislar sobre la materia tanto al nivel de los Estados como al nivel de la CNUDMI. Nosotros pensamos, sin embargo, que regular todo lo relativo al arbitraje internacional (i) es una actitud contraria a la flexibilidad que hace su esencia y (ii) le resta a la institución su finalidad de ser, como ya lo explicamos, un mecanismo alternativo de resolución de desavenencias.

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

²⁶ Silva Romero, Eduardo. *De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aleatorias*. Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional, Emmanuel Gaillard & Diego P. Fernández Arroyo (2013). Biblioteca de derecho de la globalización – CEDEP-Colección Textos de Jurisprudencia - Universidad del Rosario. Pág. 199.

En el caso del arbitraje comercial doméstico o internacional, la publicidad de los casos dependerá mucho de la voluntad de las partes y de la normativa interna de la institución administradora a la cual se sometan, pero en todo caso, vemos que la práctica generalizada es evitar publicar los nombres de los involucrados y omitir aspectos sensibles que no deberían ser revelados a terceros para salvaguardar los intereses particulares de las partes, así como sus secretos industriales.

Es importante distinguir entre la transparencia que debe revestir las actuaciones de los centros de arbitraje para generar confianza en los usuarios y la divulgación de información privada de los procedimientos y las partes. En el arbitraje entre particulares no están involucrados derechos de terceros ni fondos públicos, por lo cual los procedimientos deben estar reservados a las partes, sus apoderados y a las personas expresamente autorizadas por ellas.

El hecho de publicar estadísticas y mantenerlas actualizadas creemos que sería suficiente para generar la confianza esperada en la institución arbitral, ya que en la medida en que se publique la duración promedio de los casos, los tipos de arbitrajes sustanciados, las formas de terminación de los procedimientos (laudo o acuerdo), las materias tramitadas, y los demás aspectos mencionados en los párrafos anteriores, los usuarios podrán hacerse una idea bastante clara sobre el funcionamiento y desarrollo del centro.

4.3. La publicidad de los laudos

Establece el CBBPP que “toda institución arbitral publicará los laudos emitidos, en un plazo breve desde su aprobación, anonimizando los nombres de las partes, pero manteniendo los nombres de los árbitros y los abogados”, así mismo que “la institución arbitral publicará, de forma expurgada y anonimizando los nombres de las partes y de los árbitros, las decisiones motivadas sobre la recusación y sustitución de árbitros”.

Al respecto, debemos mencionar que el CEDCA, en el año 2014 y en el 2019 publicó la Memoria Arbitral II y Memoria Arbitral III respectivamente, libros de corte académico que contienen una compilación de los laudos arbitrales (parciales, cautelares y de fondo) que se han dictado conforme al reglamento de la institución. La estructura de estos libros consiste en una indicación de las materias tratadas, una reseña sobre los principios o bases más relevantes del caso particular, el nombre de los árbitros y las citas más importantes de la decisión, sin incorporar opiniones externas, valoraciones o los nombres de las partes.

Creemos que esas prácticas acercan mucho más a las partes, a los abogados y a los estudiantes al arbitraje institucional, ya que sirven de guía para futuros casos y más allá de que no constituyen una verdadera jurisprudencia por no ser vinculantes para otros arbitrajes, sí permiten conocer la forma en la cual se están decidiendo causas similares, así como los criterios de los árbitros que intervienen.

Este asunto debe ser concatenado con los reglamentos de los centros y los acuerdos de las partes durante el procedimiento. En el caso particular del CEDCA, los procedimientos y las partes que intervienen son confidenciales, pero los laudos son públicos. No obstante, las partes podrían acordar que se reserve su contenido, en cuyo caso creemos, tal cual como lo recomienda el CBBPP que solo sería posible publicar un resumen anonimizado o un extracto censurado de los laudos, manteniendo el nombre de los árbitros y los abogados.

De igual forma, vale la pena destacar que en la reforma del RGCACC del año 2022, se incorporó la posibilidad de que la Dirección Ejecutiva pueda, con fines académicos, publicar laudos o decisiones relevantes una vez sea suprimida toda información considerada confidencial.²⁷

No podemos olvidar que todo lo dicho anteriormente pierde sentido en el momento en que las partes deciden ejercer el recurso de nulidad contra el laudo arbitral ante la jurisdicción ordinaria, ya que según establece el artículo 43 de la LAC: “El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto.”

De igual forma, siendo que en Venezuela los árbitros no poseen la facultad de ejecutar sus propias decisiones, al momento de solicitar la ejecución forzosa de un laudo o de pretender ejecutar una medida cautelar decretada, se debe solicitar la colaboración del poder judicial, el cual tramitará la solicitud de conformidad con las normas aplicables, haciendo “público” el laudo, las partes y algunos documentos del proceso arbitral en el expediente judicial.

CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo hemos intentado dejar de relieve las distintas normas que regulan tanto la transparencia como la confidencialidad en el arbitraje y su aplicabilidad en el arbitraje institucional venezolano. Luego de habernos paseado por distintos supuestos y escenarios, podemos concluir que ambas características deben estar presentes y no son excluyentes una de otra.

La transparencia de las instituciones y la confidencialidad de los procedimientos son garantía para las partes y generan un mayor grado de confianza y seguridad jurídica para quienes deseen utilizar los medios alternativos de resolución de conflictos.

Una de las formas para que el arbitraje institucional siga creciendo en nuestro país, es que los centros implementen la mayor cantidad de buenas prácticas de transparencia que denotan su independencia e imparcialidad. En este mismo sentido, la confidencialidad es parte inseparable del arbitraje y se encuentra previsto en la LAC y en

²⁷ Artículo 10, Parágrafo Único del RGCACC.

distintas normas de los reglamentos internos, por lo que no podríamos hablar de arbitraje comercial sin mencionar la confidencialidad.

Confidencialidad no significa secretismo o misterio y herramientas tecnológicas como las páginas webs de los centros de arbitraje deben procurar ser fuente directa de información, así como las estadísticas actualizadas, que vendrían siendo su carta de presentación ante toda la comunidad jurídica y empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

Leyes

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial Ordinaria Nro. 36.430 de fecha 7 de abril de 1998. (Venezuela)

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Ley Nro. 7727 del 9 de diciembre de 1997 (Costa Rica).

Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, N° 32152 de fecha 27 de octubre de 2004 (Costa Rica).

Reglamentos y normativa de soft law

Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2022).

Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (2020).

Reglamento sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (CNUDMI 2014).

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019).

Doctrina

Rengel Núñez, Pedro. *La responsabilidad de los Centros de Arbitraje, El Arbitraje en Venezuela Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas, editorial Sabias Palabras, C.A., 2013.

Silva Romero, Eduardo. *De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas*. En *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard & Diego P. Fernández Arroyo. Biblioteca de derecho de la globalización – CEDEP- Colección Textos de Jurisprudencia - Universidad del Rosario. 2013

Páginas webs

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, acceso el 22/02/2023 <https://arbitrajeccc.org/>

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, acceso el 22/02/2023 <https://cedca.org.ve/>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 30/06/2020, <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Confidentiality-and-Transparency.aspx>

Diccionario <https://definicion.de>

Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/>

Dispute Resolution Data <http://www.disputeresolutiondata.com/>

¿Es realmente confidencial el arbitraje?, acceso el 30/06/2020 <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/es-realmente-confidencial-el-arbitraje/>

La Transparencia en el Arbitraje Internacional y en los Tratados Bilaterales de Inversión. <http://hdl.handle.net/10803/667357>

Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado de Perú <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/accesos-al-seace>

El artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial... ¿(Otro) Chorda Aquillis del procedimiento arbitral en Venezuela?

Mario Bariona G.*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 207-218

Resumen: Este ensayo analiza las debilidades del artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial y sus consecuencias negativas para la conducción de un procedimiento arbitral expedito, eficaz y confiable. A través de la comparación con otros cuerpos normativos internacionales de vanguardia, se demuestra la necesidad de una reforma del artículo y se propone una nueva redacción de este.

Palabras clave: Arbitraje; Ley de Arbitraje Comercial; Procedimiento Arbitral; Recusación de árbitros; Procedimiento de Recusación de Árbitros; Venezuela.

The article 40th of the Commercial Arbitration Law ... (Another) Chorda Aquillis in the arbitral procedure in Venezuela?

Abstract: *This paper examines the weaknesses of the article 40th of the Commercial Arbitration Law and its consequences for the adequate conduction of an expedite, trustful and effective arbitration procedure. Through a comparison with other international and vanguardist rules, it is highlighted the necessity of a remodeling of such article, also, a new draft of the article is suggested.*

Keywords: *Arbitration; Commercial Arbitration Law; Arbitral Procedure; Challenge of Arbitrators; Challenge of Arbitrators Procedure; Venezuela.*

Autor invitado

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Director de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Arbitro de la lista del Centro de Arbitraje Lideco de Uruguay. Arbitro de la lista del CEDCA y de la lista de la Cámara de Comercio de Caracas. Miembro del Club Español del Arbitraje. Profesor de Derecho Societario en el postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. Correo: mbariona@mbglegal.com

El artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial... ¿(Otro) Chorda Aquillis del procedimiento arbitral en Venezuela?

Mario Bariona G.*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 207-218

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Un desafortunado añadido. 2. Algunos cuerpos normativos y su regulación al respecto. 3. Elementos comunes a las regulaciones citadas. 4. El peligro de las recusaciones sin límites. 5. La figura de la recusación debe mantener diferencias si se aplica en sede judicial o en materia arbitral. 6. Límites usuales de contención a las recusaciones. 7. Sugerencias para una reforma del artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje en Venezuela ha superado diversos escollos, entre los cuales, una solicitud de avocamiento ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹ y diversos amparos constitucionales que dejaron sentencias terriblemente injustas creadoras de inaceptables precedentes en el arbitraje².

Cuando ya parecían atenuarse los tiempos aciagos de las decisiones judiciales perennemente contrarias al arbitraje, han surgido nuevos y cada vez más sofisticados enemigos de este medio alternativo de resolución de conflictos.

Sabemos que cuando usamos el tiempo verbal “pasado” estamos pecando por optimistas y que esas amenazas siguen latentes.

En el presente trabajo queremos tratar otro “talón de Aquiles” de nuestro procedimiento arbitral peligrosamente presente en el artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial vigente.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Director de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Arbitro de la lista del Centro de Arbitraje Lideco de Uruguay. Arbitro de la lista del CEDCA y de la lista de la Cámara de Comercio de Caracas. Miembro del Club Español del Arbitraje. Profesor de Derecho Societario en el postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. Correo: mbariona@mbglegal.com

¹ Caso Alimentos Polar Comercial C.A. Vs. Modexel Consultoria y Servicios C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abr/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>

² Caso Carroferla Media Group C.A. Vs. TCA Services C.A. <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-.HTML>

Nos referimos a la posibilidad de las partes de paralizar un procedimiento arbitral a su placer, mediante el planteamiento de una o más recusaciones en cualquier estado y grado del arbitraje.

1. Un desafortunado añadido

Esta posibilidad deriva del artículo 40 de la LAC, como indicamos anteriormente, y específicamente del primer párrafo del artículo indicado: *... "El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que un árbitro declare su inhibición, acepte la recusación **o se inicie el trámite de cualquiera de ellas**"...*

De seguidas reproducimos el artículo íntegramente:

Artículo 40. El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que un árbitro declare su inhibición, acepte la recusación o se inicie el trámite de cualquiera de ellas. La suspensión durará hasta que sea resuelta la incidencia, sin que tal paralización afecte la validez de los actos ejecutados con anterioridad a la misma. Igualmente, el proceso arbitral se suspenderá por inhabilidad o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo.

Si bien la figura de la recusación es indispensable, vital, en cualquier procedimiento donde haya un ser humano que deba adjudicar justicia a las partes intervinientes, su utilización debe ser reglamentada estrictamente para intentar evitar que se convierta en un instrumento de dilación del proceso.

Berardini sostiene que en algunos ordenamientos jurídicos se dispone que el curso del procedimiento no debe suspenderse en espera de una decisión sobre la recusación, para evitar las consecuencias del planteamiento de una solicitud que responda a intenciones puramente dilatorias³.

Es menester destacar que la redacción del artículo 40 LAC es muy particular en este sentido: En efecto, inicia con dos disposiciones que son comunes a diversos cuerpos normativos⁴, y la regulación en todas estas agrupaciones de normas, es que el arbitraje se suspende solamente cuando el árbitro se inhiba, acepte la recusación o cuando sea declarada finalmente con lugar por quien fuere competente para ello.

Nuestro desacuerdo con la norma contenida en el artículo 40 LAC, radica en el tercer supuesto de paralización del procedimiento arbitral cuando dispone: *... "o se inicie el trámite de cualquiera de ellas" ...*

Es evidente que fue una modificación aportada al último momento sobre una norma ya redactada obedeciendo al temor de algún redactor acostumbrado al (mal) uso de la recusación en los procesos de justicia ordinaria.

³ Bernardini Piero. *L'Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*. Segunda Edizione. Pg. 152. Giuffrè Editore SpA. Milano 2008. Traducción libre del autor.

⁴ *El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que un árbitro declare su inhibición, acepte la recusación...*

2. Algunos cuerpos normativos y su regulación al respecto

2.1. Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional⁵

Artículo 13. Procedimiento de recusación 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. **A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.** 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; **mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.** (Subrayado y negrillas nuestras).

2.2. Ley Española del Arbitraje⁶

Artículo 18. Procedimiento de recusación. 1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. 2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta. 3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

⁵ Ley Modelo de la Cnudmi Sobre Arbitraje Comercial Internacional. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

⁶ Ley Española del Arbitraje. Ley 60/2003 del 23 diciembre, de Arbitraje. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>

2.3. Ley General de Arbitraje de Perú⁷. Ley 26572

Artículo 31.- Procedimiento de recusación. - Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa **y siempre que no haya vencido el plazo probatorio**. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el Artículo 23o, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el Juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. **El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral**. (Subrayado y negrillas nuestras).

2.4. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional⁸. Ley 1563 de 2012

Artículo 17. Trámite de los impedimentos y las recusaciones. El árbitro que se declare impedido cesará inmediatamente en sus funciones y lo comunicará a quien o quienes lo designaron, para que procedan a reemplazarlo.

El árbitro o árbitros que fueren recusados se pronunciarán dentro de los cinco (5) días siguientes. Si el recusado o recusados aceptan la recusación o guardan silencio cesarán inmediatamente en sus funciones, hecho que se comunicará a quien hizo la designación para que proceda a su reemplazo. Si el árbitro rechaza la recusación, los demás árbitros decidirán de plano. Si fueren recusados todos los árbitros o carios, o se tratare de árbitro único, decidirá en la misma forma el juez civil del circuito del lugar donde funciones el Tribunal de Arbitraje, para lo cual se remitirá la actuación que deberá ser sometida a reparto en el término de cinco (5) días.

2.5. Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁹

Artículo 14
Recusación de árbitros

⁷ Ley Peruana de Arbitraje. Ley 26572. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26572-jan-3-1996.pdf>

⁸ Ley Colombiana de Arbitraje. Ley 1563 de 2012. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php>.

⁹ <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>

1. La solicitud de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha solicitud.

2. Para que sea admisible, la solicitud de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su solicitud, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación.

3. La Corte debe pronunciarse sobre la admisibilidad y, al mismo tiempo y si hubiere lugar a ello, sobre el fondo de la solicitud de recusación, después que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, la(s) otra(s) parte(s) y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros.

2.6. Reglamento CEDCA

Artículo 26. De la recusación de los árbitros 26.1. Los árbitros son recusables por cualquier motivo que sanamente apreciado genere dudas razonables respecto de su imparcialidad o independencia y que no haya sido revelado en su declaración de imparcialidad e independencia. La recusación deberá presentarse ante el Director Ejecutivo del CEDCA, mediante escrito en el cual se precisen los hechos y las circunstancias en que se fundamenta. 26.2. Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevenidas a su designación. Los nombrados por el Directorio del CEDCA o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes (i) a la fecha en que se notifique su designación; o (ii) a la fecha en que se tenga conocimiento del hecho que ponga en duda su imparcialidad. 26.3. El árbitro recusado dispondrá de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha en la cual él reciba el escrito de recusación, para manifestar su aceptación o rechazo. 26.4. Cuando un árbitro sea recusado, la parte no recusante podrá convenir en aceptar la recusación, en cuyo caso el árbitro recusado deberá renunciar. El árbitro recusado podrá también renunciar a su cargo en ausencia de tal acuerdo, sin que tal renuncia implique la aceptación de la procedencia de los motivos de la recusación. 26.5. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación, o si el o los árbitros recusados la rechazan o no se pronuncian al respecto, el Director Ejecutivo enviará al Directorio del CEDCA los recaudos pertinentes a los fines de que éste la resuelva. 26.6. El Directorio del CEDCA, si lo considera conveniente, podrá requerir la opinión del o de los árbitros no recusados y/o del Consejo Consultivo. Dicha opinión será confidencial y no vinculante.

2.7. Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas¹⁰

Artículo 52. Recusación. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje Comercial, la recusación de uno o más árbitros fundada en su falta de independencia o en cualquier otro motivo, será presentada por cualquiera de las partes ante la Dirección Ejecutiva, precisando los hechos y circunstancias en que se fundamenta la petición. Los árbitros no podrán ser recusados sino por causales sobrevenidas a su nombramiento. Para que proceda la recusación deberá ser formulada por la parte interesada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que la parte recusante haya tenido conocimiento de los hechos y circunstancias que fundamentan su recusación. La Dirección Ejecutiva otorgará un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación de la recusación, para que el árbitro sujeto a la misma, las partes y los otros miembros del tribunal arbitral, en el caso de arbitrajes de tres (3) o más árbitros, formulen sus observaciones. Vencido el plazo, el Comité Ejecutivo decidirá lo conducente. Si procede la recusación, fijará un plazo para que las partes designen el o los árbitros sustitutos.

Parágrafo Único: Decidida la recusación de alguno de los árbitros, el árbitro recusado tendrá derecho al cobro de un porcentaje sobre los honorarios fijados. Dicho porcentaje será directamente proporcional a la fase del proceso en la cual se hubiere conocido la circunstancia que amerite su separación del cargo, y será fijado por la Dirección Ejecutiva de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Parcial Administrativo. Los honorarios del nuevo árbitro designado serán los que resulten de restar el porcentaje cobrado por el árbitro recusado.

2.8. Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid CIAM¹¹

13. Recusación de árbitros 1. La recusación de un árbitro, fundada en la falta de independencia, imparcialidad o cualquier otro motivo, deberá formularse ante el Centro mediante un escrito en el que se precisarán y acreditarán los hechos en que se funde la recusación. 2. La formulación de una recusación no suspenderá el curso de las actuaciones a no ser que los árbitros o, en caso de árbitro único, el Centro, considere apropiado acordar dicha suspensión. En caso de que la recusación afecte a todos los árbitros, será el Centro quien decida sobre la suspensión del procedimiento. 3. La recusación deberá formularse en el plazo de quince días desde la recepción de la comunicación de la aceptación del árbitro a la que se acompañará la declaración de independencia e imparcialidad a que se refiere el artículo 10.2, o desde la fecha, si fuera posterior, en que

¹⁰ <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2022/05/REGLAMENTO-GENERAL-DEL-CENTRO-DE-ARBITRAJE-DE-LA-CAMARA-DE-CARACAS-2022.pdf>

¹¹ https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf

la parte conociera o hubiera debido conocer los hechos en que funde la recusación. 4. El Centro dará traslado del escrito de recusación al árbitro recusado y a las restantes partes. Si dentro de los diez días siguientes al traslado, la otra parte o el árbitro aceptasen la recusación, el árbitro recusado cesará en sus funciones y se procederá al nombramiento de otro con arreglo a lo previsto en el artículo 14 para las sustituciones. Reglamento de arbitraje 17 5. Si ni el árbitro ni la otra parte aceptasen la recusación, deberán manifestarlo por escrito dirigido al Centro en el mismo plazo de diez días y, practicada, en su caso, la prueba que hubiera sido propuesta y admitida, el Centro decidirá motivadamente sobre la recusación. 6. Al resolver la recusación, el Centro decidirá sobre la distribución de las costas del incidente, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

3. Elementos comunes a las regulaciones citadas

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo de normas relativas al procedimiento arbitral, hemos citado y reproducido un número significativo de leyes de arbitraje y de reglamentos de centros de arbitraje que nos permitieron alcanzar algunas conclusiones respecto a elementos que se repiten en ellos de manera significativa y que podrían llevar a pensar que hay una cierta línea común.

¿Cuáles son los elementos comunes a todos estos instrumentos normativos citados?

- i. Observemos que en algunos se regula expresamente que una petición de recusación NO SUSPENDE el procedimiento¹²,
- ii. Mientras que, en los restantes, aunque no esté normado expresamente, de las respectivas redacciones se entiende claramente que NO PROCEDE LA SUSPENSIÓN del procedimiento mientras se decide la recusación.

Palacios sostiene que debemos recordar que, conforme al artículo 29º inciso 4 de la LA, el trámite de la recusación no suspende las actuaciones arbitrales¹³.

Con ello queremos destacar al lector que la norma contenida en el artículo 40 de la LAC es poco frecuente y muy particular, puesto que, apartándose inclusive de la Ley Modelo, introduce un molesto elemento de paralización del procedimiento arbitral que normalmente, según vimos, es evitado en la gran mayoría de las normas relativas al procedimiento arbitral.

Aquellas leyes y reglamentos antes citados, que disponen que las eventuales recusaciones serán decididas por los demás árbitros no incurso en la recusación, implican la continuación del procedimiento arbitral.

¹² Por ejemplo, en la Ley Peruana de Arbitraje.

¹³ Palacios Pareja Enrique. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. 2011. Páginas 356 et seq.

Y es lógico que la recusación no implique automáticamente la suspensión del procedimiento arbitral por cuanto:

- Sería contrario al principio de celeridad del procedimiento.
- Las recusaciones en arbitraje son generalmente decididas por la Dirección Ejecutiva de cada centro de arbitraje o por los propios integrantes del tribunal arbitral, lo cual implica un buen grado de celeridad en la decisión. En otras palabras, el retardo normal que existe en la decisión sobre las recusaciones de jueces estatales, que sí podría justificar la necesidad de la suspensión de un procedimiento ante una recusación, no es esperable en un procedimiento arbitral institucional.

4. El peligro de recusaciones sin límites en el procedimiento

Pareciera que el funcionamiento de la consecuencia jurídica contenida en el artículo 40 de la LAC fue introducida a último momento teniendo en mente una visión puramente procesalista del procedimiento judicial de la justicia ordinaria.

Sin embargo, este trasplante aislado y no coordinado de una norma correspondiente al rígido proceso judicial estatal ignora las demás normas del Código de Procedimiento Civil que limitan el uso de la recusación para procurar así evitar que se convierta en una táctica dilatoria más.

La regulación del número máximo de recusaciones por instancia, limitándola a dos oportunidades, presente en el proceso judicial estatal venezolano no fue aportada a la Ley de Arbitraje Comercial.

Tampoco creemos que pueda invocarse por vía de analogía, que sería la única fuente de derecho utilizable para atraer tan útil norma al procedimiento arbitral.

Por ende, se dejó abierta una puerta al litigante poco escrupuloso de dimensiones inimaginables. Al establecer de manera imprudente, por decir lo menos, que el simple inicio del trámite de la recusación originará la inmediata suspensión del proceso, se entregó un arma de potencia desconocida a la parte que temerariamente, sin medir consecuencias, busca retardar el proceso, incrementar los costos de la contraparte y minar la moral de los intervinientes en el procedimiento arbitral.

Al tener en Venezuela una ley monista, en la cual no se hace diferencia entre el arbitraje doméstico y el internacional, es forzoso concluir que una norma como la del artículo 40 LAC puede desestimular potentemente la escogencia de nuestro sistema legislativo arbitral como sede de arbitrajes internacionales, colocándonos en considerable desventaja con otras jurisdicciones donde la recusación de árbitros es mucho más controlada y donde no suspende el procedimiento, sino que, al ser declarada con lugar, implicará la separación del árbitro recusado. Y si la decisión, en cambio, es favorable a la permanencia del recusado, los tiempos del proceso no habrán sufrido alteraciones provenientes, en muchos casos, de conductas maliciosas.

5. La figura de la recusación debe mantener diferencias si se aplica en sede judicial o si se aplica en materia arbitral

Entendemos que, la diferencia en el aspecto de la escogencia de los árbitros quienes, de alguna manera deben su designación a la voluntad de las partes, influirá decisivamente en el tratamiento de las recusaciones.

Comencemos por considerar que el juez estatal no está tenido a pasar por un proceso de escogencia de las partes, sino que el sistema de cada jurisdicción definirá si conocerá de manera aleatoria, o por turnos, de las causas que los justiciables deseen someter a su conocimiento.

En cambio, en el arbitraje, la voluntad de las partes adquiere un rol decisivo que comienza en el momento de la estipulación del compromiso arbitral, de la escogencia de la *lex fori* que regirá el procedimiento, del centro de arbitraje y del reglamento que regirá la disputa, en caso de ser elegido el arbitraje institucional.

Ello obligará a que la figura de la recusación de árbitros deba ser analizada y aplicada guardando debidas distancias de su uso en sede judicial y es también por ello que criticamos, una vez más, la inclusión de una figura tan destemplada respecto del procedimiento arbitral como lo es la suspensión del procedimiento con la simple proposición de una recusación.

6. Límites usuales de contención a las recusaciones

Como hemos venido sosteniendo en el presente trabajo, el artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial es una de las normas que debe experimentar una urgente reforma si deseamos que nuestro procedimiento arbitral se adecúe a los estándares de celeridad y eficiencia internacionales.

Sin embargo, proponemos de seguidas otros elementos importantes de contención del uso temerario de la recusación que deberán ser incorporados a nuestro sistema arbitral:

- Número máximo de recusaciones en un proceso. Sin ánimo de importar la norma contenida en nuestro Código de Procedimiento Civil, sería conveniente y deseable que por vía reglamentaria se produjera una limitación contundente a la cantidad de oportunidades en que pueden ser propuestas recusaciones en un procedimiento arbitral, incluyendo la instancia cautelar de emergencia, normalmente asignada a árbitros cautelares que cesan en sus funciones una vez decidida la fase cautelar, o al momento en que se constituye el tribunal arbitral propiamente dicho.
- Momento procesal donde cabe la recusación. Diversos principios y elementos lógicos del proceso aconsejan que el momento preclusivo para postular cualquier recusación sea al concluir la fase de instrucción del proceso arbitral.

Así lo dispone, por ejemplo, el ordinal 3 del artículo 29 de la Ley Peruana de Arbitraje cuando establece: Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación.

7. Sugerencias para la reforma del artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial

Proponemos la siguiente redacción de la norma para el caso de una eventual reforma del artículo que hemos comentado en el presente trabajo:

El trámite de recusación no originará la suspensión de las actuaciones arbitrales salvo cuando el árbitro recusado acepte la causal de recusación o sea declarada con lugar por quienes sean competentes para tomar tal decisión.

CONCLUSIONES

El artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial contiene una insidiosa disposición que permite el uso malicioso y temerario de la figura de la recusación, al implicar necesariamente la suspensión del proceso arbitral con la simple interposición de la solicitud, la cual, además puede ser presentada en cualquier estado y grado del proceso arbitral, inclusive habiendo concluido la etapa de instrucción del mismo y por un número ilimitado de veces, lo cual se puede convertir en otro peligroso "tendón de Aquiles" de nuestro procedimiento arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernardini Piero. L'Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali. Seconda Edizione. Pg. 152. Giuffrè Editore SpA. Milano 2008.
- Palacios Pareja Enrique. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. 2011. Páginas 356 et seq.

Breves anotaciones sobre la confianza como elemento subjetivo de la elección de la institución en el arbitraje institucional

Nayibe Chacón Gómez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 219-232

Resumen: Confiar es una acción que se realiza todos los días y a cada momento, que parte de la generación de confianza que se percibe de una persona, de una cosa, de una organización, en fin de cualquier elemento de la vida con que una persona se relacione. No existe un concepto único e inequívoco de confianza, y menos aún un concepto jurídico. Sin embargo, la literatura refiere a ciertos momentos o fases en las cuales surge y se configura la confianza, momentos que tienen su punto de partida en la construcción de premisas de confianza. Estas breves anotaciones pretenden establecer un conjunto de premisas de confianza que permitan la selección de una institución en el arbitraje institucional.

Palabras clave: confianza, elección de la institución o centro de arbitraje, negociación mercantil, árbitros, arbitraje institucional.

Brief notes on trust as a subjective element in the choice of institution in institutional arbitration

Abstract: *Trust is an action that is carried out every day and at every moment, which starts from the generation of trust that is perceived in a person, in a thing, in an organization, in short, in any element of life with which a person be related. There is no single and unequivocal concept of trust, let alone a legal concept. However, the literature refers to certain moments or phases in which trust arises and is configured, moments that have their starting point in the construction of trust premises. These brief notes are intended to establish a set of trustworthy premises that allow the selection of an institution in institutional arbitration.*

Keywords: *trust, choice of institution or arbitration center, commercial negotiation, arbitrators, institutional arbitration.*

Autora invitada

* Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM (2022-2023).

Breves anotaciones sobre la confianza como elemento subjetivo de la elección de la institución en el arbitraje institucional

Nayibe Chacón Gómez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 219-232

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La confianza como elemento de la toma de decisiones. 2. La confianza en la elección de la institución en el arbitraje institucional. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Es un lugar común en la mayor parte de la literatura jurídica que atiende los antecedentes y la justificación del arbitraje, sostener que en uso de la autonomía de la voluntad las partes en la contratación mercantil, deciden someter las posibles controversias que surjan con ocasión de ese contrato al procedimiento arbitral, dejando de lado los tribunales ordinarios. Para esta decisión se valoran una multiplicidad de elementos objetivos, pero un factor fundamental es la “confianza” que dimana del arbitraje, que permite dejar de la lado cualquier otra fórmula de solución de controversias.¹ No se puede olvidar, lo anotado por Fernández Caballero,² acerca de que el arbitraje se ha constituido como una respuesta al colapso de los órganos judiciales en muchos países, y a las dificultades que se pueden encontrar los ciudadanos para acceder a los tribunales.

Vásquez Palma³ sostiene que en la actualidad la “desconfianza” que impregnó durante años a las legislaciones latinoamericanas en materia de arbitraje ha sido superada, y desde hace décadas se ha fortalecido en el ámbito comercial tanto interno como

* Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM (2022-2023).

¹ Aunque no es del todo cierto que se pueda dejar completamente “de lado” la jurisdicción ordinaria, puesto que existen algunas labores dentro del procedimiento de arbitraje que corresponde su tramitación a los tribunales ordinarios del país en que se requiera cumplir, no se abordará este tópico, ya que excede el objetivo de este artículo. Sin embargo, es oportuno citar a Vásquez Palma quien afirma que “el arbitraje requerirá de la jurisdicción estatal una cierta colaboración para el éxito de sus actuaciones provocándose la complementariedad de ambos en diferentes planos, de manera que arbitraje y judicatura ordinaria sólo serán excluyentes entre sí en cuanto a la competencia para conocer y resolver de una determinada materia a partir del efecto negativo del convenio arbitral.” Vásquez Palma, María Fernanda. “Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”. *Revista chilena de derecho privado*, núm. 16, pág. 101. <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n16/art03.pdf>

² Fernández Caballero, Gracia. “El arbitraje institucional”. *El derecho y sus razones: aportaciones de jóvenes investigadores*, Bubok Publishing S.L. Editor, España, 2013, pág. 221. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/579606.pdf>

³ Vásquez Palma, María Fernanda. “Relevancia de la sede arbitral y criterios...”, ob. cit., pág. 76.

internacional esta figura, mediante el robustecimiento de un marco jurídico adecuado proclive para la creación y desarrollo de importantes sedes arbitrales, así como de un connotado grupo de profesionales incorporados a listas de árbitros y de expertos en esta materia.

Ahora bien, Brisebois⁴ hace la pregunta de rigor, ¿qué es la confianza?, la respuesta no es tan sencilla, ya que como el autor apunta, la confianza ha sido tratada por diferentes disciplinas, enlistado la literatura, la teoría de la organización, la lingüística, la psicología social, la teoría económica, la filosofía, las matemáticas, la sociología, la historia, y el derecho; por lo que en su opinión no es de sorprender que la palabra confianza esté acompañada de los más diversos calificativos.

Plantea el citado autor que la confianza ha sido descrita desde las perspectivas psicológica y sociológica como básica, cognitiva, emotiva, grupal, impersonal, institucionalizada, interpersonal, sistémica y organizacional; por lo que no resulta extraño que la confianza tenga la característica de la omnipresencia, pero que a la vez su concepto sea evasivo, por no afirmar que imposible de alcanzar una definición unitaria e inequívoca.

A los efectos de esta investigación, la confianza se debe entender como un eslabón imprescindible que se encadena a la autonomía de la voluntad y a la buena fe en la contratación comercial, que permite, en este caso concreto, elegir el arbitraje como fórmula para solucionar controversias surgidas en dicha contratación.

1. La confianza como elemento de la toma de decisiones

Las partes de una negociación comercial suelen tener consejeros y asesores, entre los que destacan los jurídicos, económicos y contables, que gracias a su conocimiento emiten opiniones en cada caso, sobre la viabilidad o no del negocio planteado, en muchos casos estos asesores se adelantan a los posibles escenarios durante la ejecución del negocio, y con posterioridad a él, presentando de forma anticipada situaciones que van desde el “mejor escenario”, que sería aquel en el cual las partes cumplen con sus obligaciones acordadas de manera convencional, en el tiempo indicado, sin necesidad de que sean establecidas prórrogas o disminuciones en el alcance del negocio; pero también se preparan para el “peor escenario”, aquel en el cual alguna de las partes falle su ejecución del negocio, y por tanto incumpla el contenido del mismo.

En todos esos supuestos la confianza tiene un rol de supremacía en la toma de decisiones, como un elemento subjetivo que forma parte del poder volitivo de las partes; por lo que, la confianza es una creencia acerca de cómo se espera que se comporten

⁴ Brisebois, Richard. “Sobre la confianza”. *Cuadernos Empresa y Humanismo (Serie de monografías)*, núm. 65, 1997, págs. 3-65. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3988/1/Cuaderno065.pdf>

los otros y que refiere a las probabilidades que los otros tienen de hacer o abstenerse de hacer ciertas cosas que afectan la esfera de intereses de la otra persona.

La doctrina consultada⁵ sostiene que la confianza como una percepción racional del individuo, depende de la información o de los datos, a los que se tiene acceso y del contexto próximo de interacción; de lo cual se desprende que la confianza supone una evaluación o cálculo estratégico sobre los otros que incluye un análisis de las características contingentes de las personas en las que se confía, de sus preferencias, del contexto en el cual los sujetos interactúan y de las estructuras e instituciones que los rodean.

En las relaciones comerciales, la presencia de la confianza se da desde las conversaciones precontractuales o previas a las negociaciones, puesto que cada parte debe confiar en la otra parte desde antes de llegar a existir una negociación mercantil o comercial, en la cual las partes podrían verse en la necesidad de tener que revelar detalles sobre el funcionamiento de su empresa e incluso tener que dar a conocer quiénes son sus socios y proveedores, así como su canal de distribución, también en una situación extrema, para lograr la confianza de la otra parte, llegar a poner al descubierto algún secreto de fabricación o producción.

Piénsese que las partes han logrado llegar a un acuerdo de negocio, que se va a documentar en un contrato, adicionalmente de las cláusulas propias del tipo de contrato que se trate, por ejemplo, una franquicia, una cuenta en participación, un contrato de licencia de uso de una marca comercial, entre otros, las partes incluirán en ese contrato la cláusula en la que acuerdan someter las posibles controversias a una jurisdicción en particular, esto sin duda es otra muestra de confianza en la decisión tomada, puesto que si bien todas las partes en virtud del principio de la buena fe, contratan para llegar a feliz término su relación contractual, el "peor escenario" siempre está al acecho, el incumplimiento del negocio documentado en el contrato, o de todas o algunas de las obligaciones de las partes, de manera intencional o no, es una realidad que siempre esta latente en la vida comercial de los negocios, tal como han debido haber sido adelantado por los consejeros o asesores de las partes.

El escenario práctico hipotético antes planteado, ha sido revisado por la doctrina, y desde el punto de vista teórico, Brisebois⁶ analiza los tres momentos de la confianza:

1º Momento es consiste en investigar las premisas de la confianza: antes de confiar uno pide que el otro sea competente y que diga la verdad; es decir, que sepa hacer lo que dice y que lo quiera hacer. Encargar un asunto a un incompetente no es confianza; puede ser ingenuidad tanto como incompetencia. El fruto

⁵ María Cecilia Güemes. "Confianza". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016, pág. 134. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3053/1750>

⁶ Brisebois, Richard. "Sobre la confianza...", ob. cit., pág. 8.

de esta actividad en el plano personal es lo que se suele llamar en el mundo sajón: *moral character* o *integrity*, y que es lo que lleva a la parte a establecer juicios de valor sobre la otra parte, sobre una institución, o sobre cualquier otra cosa, puesto que como se ha mencionado, la confianza o la desconfianza se encuentra presente en todo, dada su omnipresencia.

En este punto, resulta preciso indicar la compleja y extraña relación que hay entre la confianza y la desconfianza, puesto que como sostiene García Inda⁷ se trata de una relación en constante tensión y siempre atravesada por el interés, habitual y erróneamente atribuido a la desconfianza con acepción negativa pues, en realidad, el hecho mismo de construir confianza no es un acto ciego o ingenio, sino que, por el contrario, se trata de un acto que responde al propio interés.

2º Momento es el asentimiento al testimonio: la parte en una relación comercial no cree necesariamente en la otra parte, ni en las instituciones; dado que nadie puede obligar a creer. La parte cree lo que dice la otra parte o una institución porque la parte quiere creer, especialmente, si se tiene en cuenta que la acción de creer amerita cierta identificación con el otro.

3º Momento la acción de confiar: conlleva el hacerse dependiente del otro, el autor afirma que confiar es, en definitiva, darle al otro, que en este caso es la contraparte de la negociación y la institución arbitral, la libertad de responder de sí mismo. Vista así, la confianza aparece como un proceso dinámico de compromiso interpersonal. No es un resultado, sino la dinámica misma que lleva al establecimiento de una relación entre el fiador y el fiduciario. Este proceso es dinámico en el sentido de que radica en el dinamismo de las personas, y de ahí su naturaleza interpersonal. Por una parte se tiene al fiador que no está obligado a hacerse dependiente y, por otra, el fiduciario potencial que podría defraudar.⁸

Por su parte, Güemes⁹ plantea que en las sociedades modernas y amplias, la confiabilidad entre sujetos anónimos, que antes de negociación no se conocen, es generada fundamentalmente por las amenazas creíbles de las acciones coactivas que emanan de normas legales o sociales; es decir, las personas serán confiables en virtud de la existencia de una probabilidad real de sanción y castigo que estipulan las normas para quienes defraudan la confianza. "La eficacia en el cumplimiento de las leyes y la cultura de la legalidad suelen estar relacionada y predecir altos niveles de confianza. En otras palabras, la confianza puede ser leída como un resultante de sistemas legales que funcionan."¹⁰

⁷ García Inda, Andrés. "El Derecho y la confianza". *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 48, 2023, pág. 49. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/article/view/7338/5862>

⁸ Brisebois, Richard. "Sobre la confianza...", ob. cit., pág. 9.

⁹ Güemes, María Cecilia. "Confianza...", ob. cit., pág. 134.

¹⁰ Ídem.

Quando las partes en una relación comercial deciden sujetar las posibles controversias que surjan en atención a dicha relación a un procedimiento arbitral, prescindiendo del acceso a los tribunales de justicia ordinarios, lo hacen principalmente con base a la confianza que tienen tanto en el proceso arbitral, en la sede arbitral, en los posibles árbitros que serán seleccionados y designados, y muy especialmente, porque saben el tiempo que durará, así como tienen una aproximación bastante exacta del costo de este procedimiento; es decir, las reglas del juego están sobre la mesa, se encuentran al alcance de todos los interesados y han sido redactadas con meridiana claridad.

2. La confianza en la elección de la institución en el arbitraje institucional

Güemes¹¹ sostiene que la confianza requiere de las instituciones legales para su desarrollo, también el sistema legal demanda de la confianza social e institucional para su correcto funcionamiento.

Asimismo, la precitada autora menciona que la confianza precisa de normas sociales que incentiven comportamientos colectivos, esto es: un sistema legal y un proceso judicial justos (buenas leyes, juicios imparciales y procesos transparentes) pero, por sobre todo, un sistema legal eficaz (*enforcement*) que genere previsibilidad,¹² como se mencionó la posibilidad de prever los distintos escenarios en los cuales se podría desenvolver el negocio, y en los cuales es posible que se de algún incumplimiento que deba ser solucionado con intervención de un tercero; es decir, de un árbitro.

La elección del sometimiento de las controversias que se susciten en virtud de un contrato comercial, conforme a la legislación, entre otras posibilidades, puede ser dejado a una institución dedicada a tramitar el procedimiento de arbitraje, es decir, un arbitraje institucional, aquel que tiene lugar por la voluntad de las partes quienes han decidido encomendar a una institución especializada, de naturaleza corporativa, profesional o sectorial la administración del arbitraje.¹³ Escoger un arbitraje institucional frente al arbitraje independiente, conlleva el hecho de que las partes (o sus consejeros o asesores) se hayan paseado por las distintas ventajas que para el caso concreto, tiene un tipo u otro de arbitraje. En este sentido, siguiendo la lista presentada por Fernández Caballero¹⁴ se establecen las características del arbitraje institucional como beneficios de su utilización, a saber:

1. Garantía de calidad: el arbitraje institucional otorga mayor fiabilidad al arbitraje, al tratarse de un proceso supervisado y en el que se designa a un árbitro experto en la materia.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Fernández Caballero, Gracia. "El arbitraje institucional...", ob. cit., p. 223.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 225-226.

2. Rapidez: cuando se compara los tiempos en que se suelen tramitar los procedimientos en la jurisdicción ordinaria, se puede afirmar que el procedimiento arbitral se lleva a cabo en menos tiempo que uno judicial, pues hay una clara simplificación de trámites y los árbitros resultan atender con preminencia los asuntos que le son sometidos en el proceso arbitral de forma más expedita que un juez. A lo que se debe sumar que los árbitros deben cumplir con los plazos que se fijan por la Institución, so pena de incurrir en responsabilidad.

3. Eficacia de la resolución: las decisiones contenidas en los laudos arbitrales son obligatorias para las partes y sus causas de impugnación están limitadas por la ley. Asimismo, tienen la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial y pueden ser ejecutadas judicialmente.

4. Imparcialidad e independencia de los árbitros: los árbitros que actúan al amparo de una institución arbitral deben ser siempre imparciales y por ello velará la propia institución o centro de arbitraje, incorporando documentos de declaratoria de imparcialidad e independencia que deben ser suscritos por éstos al momento de su designación.

5. Facilidad y garantía en la designación de los árbitros: en aquellos casos en que las partes no han previsto la forma de designación de árbitros o no se ponen de acuerdo, en el arbitraje ad hoc se debe acudir a los tribunales para que procedan a dicho nombramiento; en el arbitraje institucional son las propias instituciones las que disponen de un órgano que se encarga de nombrar al árbitro o árbitros para el proceso, garantizando su imparcialidad.

6. Economización y certidumbre del coste: destaca el citado autor, que el coste de un proceso judicial, y vistos los costes de la mayoría de las instituciones arbitrales en funcionamiento, al menos en España, le permite asegurar que el arbitraje es en la mayoría de los casos un modo más económico de solucionar los conflictos.

Para determinar con certeza, la veracidad del factor económico a los efectos de elegir el arbitraje por encima de la jurisdicción ordinaria, en el caso concreto, los elementos a considerar destacan las tasas y aranceles judiciales; pero aún más relevante, es la cuestión del tiempo, en una relación de costo/beneficio, teniendo en cuenta que el beneficio es la rapidez en alcanzar una solución a la controversia; es decir, en función del menor tiempo que ocupa el proceso arbitraje vale más que los costos administrativos de la institución, e incluidos los honorarios de los árbitros, los cuales ya se encuentran regulados.

7. Confidencial: no se proporciona publicidad sobre los asuntos que se someten al arbitraje de una institución. Según Jiménez López¹⁵ la confidencialidad, junto

¹⁵ Jiménez López, Carol. "Límites del deber de confidencialidad de los árbitros". *Principia: Revista del Centro de Investigación y*

con la especialización de los árbitros, son señaladas como factores críticos e imprescindibles para que el conflicto pueda debatirse y resolverse de un modo mínimamente satisfactorio para los derechos e intereses. Adicionalmente, Valero Coello¹⁶ enfatiza en afirmar que el arbitraje es un procedimiento privado, en cuanto que, salvo pacto en contrario, las actuaciones únicamente implican a las partes y al árbitro o colegio arbitral, y el laudo arbitral solo se hará público si así lo deciden las partes.

8. Obligatoriedad del sometimiento a arbitraje tras el acuerdo: una vez que las partes han sometido válidamente la controversia a arbitraje, ninguna puede retirarse de manera unilateral del proceso; queda vedada la vía judicial para esa controversia, pudiendo oponerse esta excepción en caso de que la otra parte inicie un procedimiento judicial.

9. Simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral: las instituciones o centros arbitrales dictan reglas y procedimientos preestablecidos o documentos modelo que han sido perfeccionados con la experiencia, particularmente se destacan los modelos de la cláusula arbitral para ser incorporado en el contrato, que contiene todos los elementos necesarios para dejar clara la voluntad de las partes de someter las controversias surgidas en virtud de ese contrato a arbitraje, y así evitar las ambigüedades.

Según Palacio La Manna¹⁷, la cláusula arbitral es conocida por ser vía expedita alto nivel para la solución de controversias. No obstante, el solo hecho de estipular una cláusula arbitral en el contrato o en algún anexo no implica necesariamente que sea la vía arbitral de manera excluyente la única que pueda conocer de alguna solicitud, puesto que han sido reiteradas las oportunidades en que, por ambigüedad o errores al momento de la redacción de la cláusula, el resultado ha sido una interpretación que niega la vía arbitral; de aquí la importancia que tiene contar con estos modelos de cláusulas previamente redactadas con todos los extremos solicitados para su validez.

10. Asistencia Administrativa: las instituciones o centros de arbitraje prestan servicios administrativos e incluso de secretaría a los árbitros, tales como recibir los escritos de demanda y las contestaciones de las partes, fijar plazos para el procedimiento arbitral, conceder un plazo para dictar el laudo, entre otros, de una forma responsable.

Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávil, núm. 6, 2022, pág. 84. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/6/Principia_2022_6_83-96.pdf

¹⁶ Valero Coello, Rafael. "Recuperando la eficiencia en el arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36, 2018, pág. 365. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/9364>.

¹⁷ Palacios La Manna, María. "Elementos para la redacción eficaz de cláusulas arbitrales". *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, núm. 3, 2021, pág. 359. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AMDIPC/3/AMDIPC_2021_3_359-365.pdf

11. Asistencia logística a las partes y a los árbitros: las instituciones arbitrales suelen poner a disposición de los árbitros y de las partes locales apropiados, medios audiovisuales y de reproducción de documentos y personal auxiliar profesionalizado para las audiencias y para la práctica de pruebas.

12. Asesoría y supervisión de los árbitros: las instituciones arbitrales pueden participar activamente en la supervisión del arbitraje y de su buen funcionamiento, de gran ayuda para las partes y en especial para los árbitros.

Ahora bien, elegida la vía arbitral, y dentro de la tipología, un arbitraje institucional, para dirimir las controversias, es menester establecer cual institución o centro será el lugar en el cual se ventile la cuestión. Es de advertir que estas breves anotaciones no pretenden entrar a establecer posiciones sobre la importancia jurídica y práctica del contenido y alcance del concepto de la sede del arbitraje; se trata de entremeter los elementos que pueden ser valorados para realizar la elección de la institución o centro que tramite el procedimiento de arbitraje, y como un elemento tan subjetivo y si se quiere íntimo de cada persona, como es la confianza, tiene un papel preponderante dentro del ejercicio de la autonomía de voluntad de cada una de las partes.

Como manifiestan Ezcurra Rivero y Masnjak Marín¹⁸, el valor del arbitraje se encuentra en su capacidad para responder a las necesidades de quienes lo escogen como mecanismo de solución de controversias; cuando las necesidades cambian, el arbitraje también debe cambiar; y procurar mantener los elementos que pueden ser considerados como premisas de confianza, para que las partes sigan comprometiendo sus controversias a esta fórmula de solución.

En este orden de ideas, esta elección de la institución o centro arbitral que tiene lugar en la cláusula arbitral, es una reflexión de carácter particular de cada una de las personas intervinientes en el contrato, y dependerá ya no de la confianza con relación a la otra parte, ni de la confianza que se tenga del arbitraje como procedimiento en contraposición a los tribunales ordinarios, sino de la confianza que las partes le pueden otorgar a una institución o centro de arbitraje en particular.

Seleccionar una institución o centro de arbitraje y no otro, pasa a lo interno de cada persona, por la confianza que tiene de ese centro, por encima de otro; y dicha confianza puede estar fundamentada en un conjunto de criterios o aspectos objetivos que de forma concurrente crean un cúmulo de características que lo hacen confiable por encima de otros, y que a la vez se vinculan con la precitada lista de beneficios del arbitraje institucional, pero que no son los mismos. Vásquez Palma¹⁹ informa que en

¹⁸ Ezcurra Rivero, Huáscar y Masnjak Marín, Daniel. "Confidencialidad del arbitraje, transparencia y estado de derecho". *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, núm. 4, 2021, pág. 56. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/4/Principia_2021_4_55-78.pdf

¹⁹ Vásquez Palma, María Fernanda. "Relevancia de la sede arbitral y criterios...", ob. cit., pág. 84.

todos los casos la elección de la institución o centro de arbitraje deberá tomar en consideración la opinión de las partes y las circunstancias del caso a dirimir, incluyendo las consecuencias legales y prácticas derivadas de esta decisión.

En este sentido, tomando en cuenta lo anotado por Güemes²⁰, se pueden plantear estrategias institucionalistas y estructuralistas que busquen la generación de confianza, sobre las bases no solo de la ley (en este caso los reglamentos y manuales internos del centro arbitral para tramitar los procesos de arbitraje), sino especialmente el potencial de las instituciones o centros de arbitraje para crear un marco de previsibilidad y seguridad jurídica, y que permita en definitiva la solución de la controversia propuesta. Es así como la confianza gana terreno cuando los sujetos, en este caso partes de un contrato comercial, perciben que existe una cultura de la legalidad, de transparencia y acceso a la información de naturaleza pública, y el cumplimiento de los tiempos previsibles del procedimiento.

Se pueden plantear como elementos objetivos a valorar de la institución o centro de arbitraje dentro de las premisas de la confianza, haciendo énfasis en tres factores que pueden resultar determinantes para abonar en la creencia de que se trata de la institución o el centro de arbitraje más convenientes a los fines de las partes, que principalmente se corresponde con solucionar la controversia en el menor tiempo posible de la manera en que se satisfaga el mayor número de pretensiones. Estas premisas de la confianza serían:

- **1° Administración robusta y consolidada de la institución o centro de arbitraje:** existen tanto a nivel interno como internacional un número considerable de organizaciones que en la actualidad se han instaurado como instituciones o centros de arbitrajes, algunos de ellos especializados para atender a los agremiados de dicha organización, y otros, prestos a atender las cuestiones que le sean solicitadas. Dado esta oferta de instituciones, hay que partir de una premisa de confianza, que puede devenir de los años de experiencia en materia del procedimiento de arbitraje de dicha institución o centro, así como de la especialidad comercial en que se han versado.

Además de poder evidenciar que cuentan con las herramientas y mecanismos administrativos y gerenciales de suficiente capacidad para atender varios procedimientos a la vez. Si bien, los árbitros son los sujetos que conjuntamente con las partes, tienen un rol principal en el procedimiento de arbitraje, no es menos cierto, que todas las personas y los recursos materiales y tecnológicos con que puede contar la institución o centro arbitral resultan ser de suma importancia, especialmente para el oportuno cumplimiento de las diligencias administrativas. Nadie podría desmerecer la labor tras bastidores para poner a punto y que sea po-

²⁰ Güemes, María Cecilia. "Confianza...", ob. cit., pág. 134.

sible transmitir una gala de premios por televisión y redes sociales, pues *mutatis mutando*, ocurre lo mismo con el procedimiento de arbitraje, y de contar con una gestión administrativa consolidada, se puede derivar una premisa de confianza para la selección de una institución o centro.

- **2° Lista de árbitros especializados en temas comerciales que se identifican con la naturaleza del negocio de las partes:** según Alonso Puig²¹ los árbitros son un aspecto de vital importancia en el ámbito del arbitraje en general y, más especialmente, en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

De los árbitros depende en gran medida que el arbitraje responda a las expectativas de las partes de ver resuelta su controversia a través de un procedimiento riguroso y finalmente eficaz. Solamente si los árbitros demuestran una elevada capacidad de acción, particularmente en cuanto a conocimiento del asunto, dedicación y celeridad, y sobre todo si son imparciales, el arbitraje se consolidará como la alternativa ideal a la jurisdicción para la solución de conflictos entre las partes.²²

La imparcialidad e independencia manifestada por los árbitros mediante la suscripción del documento en el que se compromete durante todo el tiempo que dure el procedimiento de arbitraje a no mantener relación personal, profesional o comercial con las partes, lo cual permite evitar los posibles conflictos de intereses, y el deber de develar cualquier posible causa que pudiera dar lugar a su surgimiento, y que en definitiva podría debilitar la confianza.

Otro elemento a considerar entorno a los árbitros, es el deber de confidencialidad, acerca del cual Jiménez López²³ destaca que se trata de un deber de todos los intervinientes en un proceso arbitral de no relevar información de este a terceros; también conocido como el principio de confidencialidad, asigna al sujeto que se trate la obligación de no revelar libremente información alguna sobre el proceso en que participe, información conocida mediante el proceso arbitral, y cualquier decisión pronunciada por el tribunal arbitral; si bien se trata de una característica ventajosa del arbitraje institucional, y que la confidencialidad se espera de todos los involucrados, ocupa principalmente a los árbitros el mantenimiento de ese "sigilo" de la información y los datos que le sean revelados durante todo el procedimiento de arbitraje.

- **3° Expectativas cubiertas de tiempo de tramitación del procedimiento de arbitraje:** este aspecto corresponde principalmente a la percepción que tienen las partes del tiempo en el cumplimiento de lo que esperaban que fuera el procedimiento de arbitraje en la institución o centro seleccionado. Valera Coello permite hacer una aproximación sobre esas expectativas, al referir que si bien la elección

²¹ Alonso Puig, José María. "Los árbitros: selección, recusación y reemplazo". *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 53, 2007, pág. 162. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110667.pdf>

²² Ídem.

²³ Jiménez López, Carol. "Límites del deber de confidencialidad...", ob. cit., pág. 84.

de los árbitros a la mayor brevedad posible desempeña un papel crucial para la pronta obtención de un laudo arbitral justo, la constitución del tribunal arbitral no pone fin a las posibilidades de que el arbitraje se retrase en el tiempo, y por tanto, no se cumpla esa relación antes referida de costo/beneficio.

Según el precitado autor, a práctica demuestra que la observancia de plazos razonables para la realización de las múltiples actuaciones orales y escritas en que se estructuran en los procedimientos arbitrales quedará condicionada por la diligente actuación de los árbitros seleccionados; a lo que se le puede añadir que la institución o centro de arbitraje podría coadyuvar mediante la oportuna y diligente gestión administrativa.

Esta lista de elementos objetivos a valorar de la institución o centro de arbitraje dentro de las premisas de la confianza, no es exhaustiva, por lo que las partes podrían decidir tomar en consideración con base a sus propias experiencias otros aspectos que contribuyan a la creación de premisas de confianza, que le permitan llegar al momento de la redacción e incorporación en el contrato de la cláusula arbitral, una institución o centro para la tramitación del procedimiento dejando de lado otros.

CONCLUSIÓN

Rodríguez de Almeida²⁴ afirma que la confianza debe ser la clave de todas las relaciones sociales, económicas y jurídicas, y como han descrito otros autores, “no es el dinero si no la confianza lo que hace que se mueva el mundo.” En estas breves anotaciones se ha procurado plantear la importancia de la confianza que deben tener las partes no solo en el arbitraje como mecanismo para solucionar las controversias surgidas en una relación contractual comercial, sino también, y quizá más importante para la selección de una institución o centro arbitral.

Como se advirtió en el cuerpo de la investigación, no se trata de un estudio sobre la sede arbitral, sino de las premisas que se podrían considerar para generar confianza y elegir una institución o centro arbitral por encima de otro, haciendo referencia a la importancia que tienen los árbitros en este proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Puig, José María. “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 53, 2007, págs. 161-166. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110667.pdf>
- Brisebois, Richard. “Sobre la confianza”. *Cuadernos Empresa y Humanismo (Serie de monografías)*, núm. 65, 1997, págs. 3-65. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3988/1/Cuaderno065.pdf>

²⁴ Goñi Rodríguez de Almeida, María. “Confianza”. *Revista Internacional Jurídica y Empresarial*, núm. 1, 2018, pág. 16. <https://portalderevistas.ufv.es/index.php/rije/article/view/297>

-
- Ezcurra Rivero, Huáscar y Masnjak Marín, Daniel. "Confidencialidad del arbitraje, transparencia y estado de derecho". *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, núm. 4, 2021, págs. 55-78. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/4/Principia_2021_4_55-78.pdf
- Fernández Caballero, Gracia. "El arbitraje institucional". *El derecho y sus razones: aportaciones de jóvenes investigadores*, Bubok Publishing S.L. Editor, España, 2013, págs. 221-227. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/579606.pdf>
- García Inda, Andrés. "El Derecho y la confianza". *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 48, 2023, págs. 47-20. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/article/view/7338/5862>
- Goñi Rodríguez de Almeida, María. "Confianza". *Revista Internacional Jurídica y Empresarial*, núm. 1, 2018, págs. 15-17. <https://portalderevistas.ufv.es/index.php/rije/article/view/297>
- Güemes, María Cecilia. "Confianza". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016, págs. 132-143. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3053/1750>
- Jiménez López, Carol. "Límites del deber de confidencialidad de los árbitros". *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, núm. 6, 2022, págs. 83-96. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/6/Principia_2022_6_83-96.pdf
- Palacios La Manna, María. "Elementos para la redacción eficaz de cláusulas arbitrales". *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 3, 2021, págs. 359-365. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AMDIPC/3/AMDIPC_2021_3_359-365.pdf
- Valera Coello, Rafael. "Recuperando la eficiencia en el arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36, 2018, págs. 363-380. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/9364>
- Vásquez Palma, María Fernanda. "Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección". *Revista chilena de derecho privado*, núm. 16, 2011, págs. 75-134. <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n16/art03.pdf>

La Noción de Laudo Arbitral

Pedro Rengel Núñez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 233-254

Resumen: Si una decisión es o no laudo arbitral es muy importante porque sólo un laudo arbitral está sujeto a ser anulado y es capaz de ser reconocido y ejecutado. Ni las convenciones internacionales ni las legislaciones nacionales contienen una definición de laudo arbitral. Es la naturaleza y contenido del laudo y no su designación como tal lo que determina si se trata o no de un laudo. La moderna doctrina concibe el laudo arbitral como ejercicio del poder jurisdiccional de los árbitros, que no se agota en el laudo contencioso que decide el fondo o mérito de la disputa entre las partes, sino que abarca también los laudos de jurisdicción, que deciden sobre la jurisdicción o competencia del tribunal arbitral, los laudos cautelares contentivos de medidas preventivas, incluyendo las de emergencia, y los laudos por consenso o acuerdo de las partes.

Palabras clave: laudo arbitral, laudo final, laudo parcial, laudo de jurisdicción, laudo cautelar, laudo por consenso

The Notion of Arbitral Award

Abstract: *If a decision is an arbitral award or not is very important because only an arbitral award is subject to annulment and able to be recognized and executed. Neither international conventions nor national legislations contain a definition of arbitral award. It is the nature and content of the award and not its designation as such, what determine if there is an award or not. Modern doctrine conceive an arbitral award as the exercise of adjudicative power of arbitrators, which does not cease with an award deciding the merits of the dispute, but also encompasses jurisdiction awards deciding on competence of arbitral tribunal, precautionary awards and awards by consent of the parties*

Keywords: *arbitral award, final award, partial award, jurisdiction award, precautionary award, award by consent*

Autor invitado

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Miembro del Consejo Consultivo y profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2021-2023), Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del CACC, socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

La Noción de Laudo Arbitral

Pedro Rengel Núñez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 233-254

*El arbitraje fascina por la ambigüedad, factor de libertad
que le confiere su débil anclaje espacial,
por su indeterminación a la luz del derecho,
que lo convierte en un fenómeno que precede su esencia*

Bruno Oppetit - Teoría del Arbitraje

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. El concepto de laudo arbitral. 3 Las categorías o clases de laudo arbitral. 4. Laudo arbitral como ejercicio del poder jurisdiccional de los árbitros. 4.1 Laudo de jurisdicción. 4.2 Decisiones cautelares provisionales. 4.3 Laudos por consenso de las partes (*consent awards*). 5 La jurisprudencia nacional. 5.1 Caso Consorcio Barr S.A. 5.2 Caso Alberto Rosales. 5.3 Caso Uniseguros. 5.4 Caso Carrofertra Media Group. 6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La categorización de una decisión como laudo arbitral tiene vital importancia. Un laudo arbitral, y sólo un laudo arbitral, tiene efectos de cosa juzgada u otro efecto preclusivo, está sujeto a ser anulado bajo la legislación arbitral nacional aplicable, y es capaz de ser reconocido y ejecutado bajo las leyes arbitrales nacionales y convenciones internacionales de arbitraje.

Ocurre que ni las convenciones internacionales ni las legislaciones nacionales contienen una definición de laudo arbitral. La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificada por la mayoría de los países del mundo, no tiene una definición expresa de laudo arbitral. Virtualmente todas las legislaciones arbitrales nacionales, incluyendo la *Federal Arbitration Act* de los Estados Unidos de América, el *English Arbitration Act* del Reino Unido, la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado y el Código de Procedimiento Civil francés, que regulan el arbitraje en esos países, omiten definir el laudo arbitral.

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Miembro del Consejo Consultivo y profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2021-2023), Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del CACC, socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

Una excepción inusual la constituyen las leyes de arbitraje de Nueva Zelanda y de Singapur; esta última establece que laudo arbitral significa una decisión del tribunal arbitral sobre la cuestión de fondo de la disputa e incluye cualquier laudo interino, interlocutorio o parcial, pero excluyendo meras órdenes o direcciones. La mayoría de las reglas de arbitraje de las instituciones arbitrales igualmente carecen de una definición de laudo arbitral. Como excepción se mencionan las reglas de arbitraje del *Singapur International Arbitration Commission SIAC*, que en concordancia con la ley de arbitraje de ese país, definen el laudo arbitral como toda decisión del tribunal arbitral sobre la sustancia o fondo de la disputa, sea parcial o final.¹

La Ley Modelo de Arbitraje *UNCITRAL* (Ley Modelo *UNCITRAL*) tampoco proporciona una definición de laudo arbitral, aunque para su elaboración se propuso una, que no fue finalmente adoptada; básicamente establecía que laudo (*award*) significa un laudo final que disponga sobre todos los asuntos sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal arbitral que finalmente determine cualquier cuestión de sustancia o fondo, o acerca de su competencia, o cualquier otra cuestión de procedimiento, pero en este caso sólo si el tribunal arbitral la califica de laudo.²

En este trabajo analizaremos el tema de la definición de laudo arbitral, sus distintas denominaciones, su caracterización a partir de su naturaleza y como expresión del poder jurisdiccional de los árbitros, a la luz de la doctrina nacional y comparada, así como de nuestra jurisprudencia.

2. El concepto de laudo arbitral

El concepto de laudo arbitral ha sido objeto de debate, al igual que los intentos de definir los distintos tipos o categorías de laudo que existen; suelen describirse como laudo final, preliminar, interino, interlocutorio, parcial, sin tampoco definirse dichos términos. Definir laudo arbitral resulta aún más difícil dada la inexistencia de tal definición en los distintos instrumentos legales que gobiernan el arbitraje.³

Hay unas características formales mínimas para hablar de laudo arbitral según las legislaciones arbitrales nacionales y bajo la Convención de Nueva York, y es que debe ser dictado por escrito por los árbitros designados por las partes en un procedimiento arbitral conforme a un acuerdo arbitral entre ellas. No será nunca un laudo aquel instrumento emanado de las instituciones o centros de arbitraje, de la autoridad nominadora de árbitros, de unos expertos, de un secretario del tribunal arbitral o de cualesquiera otras personas que no sean los árbitros.⁴

¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer, Third Edition, Volume III, The Netherlands, 2021) 3164-3167

² Nigel Blackaby, Constantine Partasides, with Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, sixth edition, Oxford, 2015) 502, 503

³ *Fouchard, Gaillard Goldman on International Arbitration* (editado por Emmanuel Gaillard y John Savage, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999) 735, 736

⁴ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3169-3171

En Venezuela nuestra Ley de Arbitraje Comercial (LAC), inspirada en la Ley Modelo *UNCITRAL*, no da una definición de laudo arbitral. Se limita a establecer que el procedimiento arbitral culminará con un laudo dictado por escrito y firmado por el o los árbitros miembros del tribunal arbitral, señalando la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje.

La LAC también dispone que el laudo será motivado, salvo acuerdo en contrario de las partes, que será de obligatorio cumplimiento luego de notificado a las partes, que podrá ser anulado por las causales establecidas en la Ley y que será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable y podrá ser ejecutado forzosamente por el tribunal de primera instancia competente sin requerir exequatur, salvo que dicha ejecución sea denegada bajo las causales también establecidas en la Ley.

Refiriéndonos a los reglamentos de arbitraje de los centros de arbitraje venezolanos, el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA (RCACEDCA) no define lo que es un laudo arbitral, no va más allá de establecer su forma y contenido, incluyendo una síntesis de los motivos de hecho y de derecho que determinaron la decisión, y consagrar su carácter definitivo y de obligatorio cumplimiento, aunque contempla la posibilidad de que el tribunal arbitral, además del laudo que ponga fin a la controversia, dicte laudos previos o parciales en el transcurso del proceso (artículo 40.5).

Por su parte el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RGCACC) define laudo como la decisión parcial, interlocutoria o final dictada por el tribunal arbitral mediante la cual se resuelve de manera definitiva la controversia, formando parte del laudo cualquier aclaratoria, corrección o complemento del mismo.

Nuestra doctrina es coincidente en que es laudo arbitral aquel que decide la controversia y pone fin al procedimiento arbitral, tal como lo establece la LAC. Ricardo Henríquez La Roche señala que el procedimiento arbitral culminará con un laudo.⁵ Francisco Hung nos dice que el laudo arbitral constituye la forma en la cual los árbitros cumplen su obligación principal: decidir la controversia sometida a su conocimiento y decisión.⁶ En el mismo sentido se pronuncia Alberto Baumeister, quien apunta que el laudo es el pronunciamiento o providencia dictada por los árbitros con fuerza de cosa juzgada como culminación del proceso arbitral, siendo el acto procesal más trascendente en que se manifiesta la actividad jurisdiccional cumplida por los árbitros.⁷

⁵ Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2.000) 213

⁶ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001) 202

⁷ Alberto Baumeister Toledo, *Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable en los casos de Arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999) 141

Es decir, para estos autores la decisión de los árbitros que resuelve la controversia entre las partes y pone fin al procedimiento arbitral es sin duda un laudo arbitral, lo cual está en consonancia con lo previsto en la LAC. Cabe la pregunta de si es solamente esa decisión la que puede considerarse como laudo arbitral.

Por su parte James Otis Rodner asienta que la ley venezolana no tiene una definición de laudo sino que explica sus efectos al establecer que el laudo arbitral será aquel que termine el litigio y a partir del cual cesa la función del tribunal arbitral. Rodner señala que el laudo arbitral se refiere a la decisión definitiva y vinculante del tribunal arbitral que pone fin, en todo o en parte, al litigio, y que contra el laudo definitivo, sea total o parcial, es que procede el recurso de nulidad.

Para Rodner el laudo arbitral puede ser total o parcial, este último cuando decide en forma definitiva algunos puntos de la litis pero no todos. Es práctica en el arbitraje internacional en algunos casos emitir laudos parciales. Agrega Rodner que no constituyen laudos las decisiones interinas normalmente referidas al procedimiento arbitral, ni decisiones interlocutorias que no forman decisiones definitivas ni ponen fin a ningún aspecto del litigio, como podría ser el nombramiento de un experto.⁸

También Luciano Lupini da cuenta de que nuestra LAC no contiene una definición conceptual expresa de lo que debe entenderse como un laudo arbitral. Además apunta que el RGCACC sí define el laudo como la decisión del tribunal arbitral que decide en todo o en parte el mérito del procedimiento arbitral con carácter final y definitivo, y que conforme al RCACEDCA el término laudo hace referencia a la decisión, parcial o final, dictada por el tribunal arbitral. Destaca también Lupini que los árbitros pueden adoptar decisiones de corte procedimental o instrumental que no constituyen en pureza de criterio el laudo definitivo.

Para Lupini, más que aportar una definición doctrinaria, interesa destacar la naturaleza del laudo, que es la decisión de un panel arbitral escogido por las partes que pone fin a la controversia con carácter definitivo, inmutable y de obligatorio cumplimiento.

Según este autor, puede suceder que el panel arbitral deba pronunciarse sobre su incompetencia o la no arbitrabilidad de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en cuyo caso resulta claro que, siguiendo los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen al arbitraje, el tribunal arbitral puede dictar un laudo parcial definitivo anticipado. Parcial en el sentido de que no se refiere a la totalidad de las cuestiones sometidas a su decisión. Definitivo por cuanto se pone fin al procedimiento arbitral, cesan las funciones del tribunal y se abre la vía del recurso de nulidad. Anticipado por cuanto se

⁸ James Otis Rodner, *La Anulación del Laudo Arbitral*, en *Libro Homenaje a Humberto Cuenca* (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 6, Caracas 2002) 827, 828

produce en un momento anterior al que se produciría de esperar el desarrollo de todo el procedimiento cognoscitivo acerca de todas las cuestiones ventiladas, sin perjuicio de que los árbitros puedan tomar la decisión no en forma previa sino en el laudo definitivo.⁹

En este orden de ideas, sostiene Luis Alfredo Araque que la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje comercial, incluida nuestra LAC, hacen referencia a un laudo, lo cual excluye la posibilidad de que en un mismo proceso arbitral se puedan dictar diversos laudos, más aun siendo que, como lo dispone la Ley Modelo *UNCITRAL* y la gran mayoría de las leyes locales sobre arbitraje comercial, la emisión del laudo pone fin al procedimiento arbitral. Según este autor, en ninguna parte se habla de la posibilidad de multiplicidad de laudos, por lo que parece razonable concluir que un arbitraje debe culminar con la emisión de un laudo. Debe entenderse que Araque se refiere a que no puede haber varios laudos sobre el mismo aspecto de fondo de la controversia.

Trae a colación Araque el artículo 16.3 de la Ley Modelo *UNCITRAL*, que permite al tribunal arbitral decidir la excepción sobre su incompetencia como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo, y que si se declara competente las partes podrán solicitar al tribunal ordinario competente que resuelva la cuestión, sin que ello impida que el tribunal arbitral pueda proseguir sus actuaciones e incluso dictar su laudo.

Esta norma no se ha reflejado en las legislaciones locales, tampoco fue acogida por nuestra LAC. Para Araque se estaría creando un recurso contra un laudo preliminar dando injerencia al tribunal ordinario dentro del procedimiento arbitral y desvirtuando los fines del arbitraje.

Sin embargo, concluye Araque en que nada parece oponerse a que el laudo sea dictado de manera progresiva, mediante varios documentos o en varias fases, de acuerdo con las circunstancias del arbitraje concreto, pudiendo los árbitros optar por emitir un laudo parcial o interlocutorio, que en la medida en que no le ponga fin a la controversia, irá formando parte del laudo que la decida definitivamente, aunque sin que pueda ser objeto de acciones de nulidad ni ser ejecutado mientras no se haya resuelto la totalidad de la controversia.

La situación más común donde el tribunal arbitral puede considerar conveniente y adecuado a los intereses de las partes dictar un laudo interlocutorio o parcial sobre la incompetencia del tribunal arbitral o la no arbitrabilidad del litigio, en cuyo caso el arbitraje concluiría sin necesidad de someter a las partes a esfuerzos probatorios y económicos que resultarían inútiles.¹⁰

⁹ Luciano Lupini Bianchi, Naturaleza, Efectos, Requisitos y Modalidades del Laudo Arbitral, en *El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Impresión Sabias Palabras, Caracas 2013) 363, 384, 385

¹⁰ Luis Alfredo Araque, *Manual de Arbitraje Comercial*, (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011) 124-127

En sentido parecido se pronuncia Hernando Díaz-Candia, quien sostiene que los laudos parciales, que también llama interlocutorios, son aquellos que deciden ciertos asuntos sometidos a la consideración de los árbitros, pero no todos, y tienen efectos jurídicos razonablemente equiparables a los de una sentencia judicial interlocutoria. Los ejemplos más frecuentes de laudos interlocutorios son los que deciden sobre la propia jurisdicción-competencia del tribunal arbitral y los que deciden sobre medidas cautelares o preventivas.

Coincide Díaz-Candia en que una decisión arbitral debe considerarse o no un laudo con base en la sustancia y verdadera naturaleza de la decisión y no sobre determinaciones formales artificiales, y que si la decisión del árbitro hace las veces y tiene efectos equiparables a los de una sentencia judicial, interlocutoria o definitiva, debe considerarse un laudo. Sin embargo, este autor es de la opinión de que los laudos interlocutorios no son recurribles autónomamente mediante el recurso de nulidad, salvo que produzcan gravamen irreparable, de forma parecida a lo que dispone el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil para la apelación de sentencias interlocutorias.

Respecto a los laudos interlocutorios que declaren que el tribunal arbitral tiene jurisdicción-competencia no son atacables autónomamente mediante el recurso de nulidad, ya que no causan nunca un gravamen irreparable y la parte en desacuerdo podrá insistir en su argumento de falta de jurisdicción en el recurso de nulidad contra el laudo definitivo, siendo obvio que la jurisdicción-competencia del tribunal arbitral es un requisito esencial a la validez del laudo y por lo tanto la falta de jurisdicción debe siempre considerarse una causal de nulidad del laudo.

Para justificar la lógica de lo anterior, Díaz-Candia pone como ejemplo el caso de que la parte que impugne la jurisdicción del tribunal arbitral pierda ese argumento en un laudo interlocutorio y luego resulte victoriosa respecto al fondo en el laudo definitivo, con lo cual no tendrá interés en la falta de jurisdicción. Y al contrario, si el laudo definitivo le es desfavorable, siempre podrá insistir en la falta de jurisdicción en el recurso de nulidad del laudo.

Distinta se plantea la situación para Díaz-Candia en el caso de los laudos interlocutorios sobre medidas cautelares o preventivas, que pueden producir un gravamen irreparable y por lo tanto deben en su opinión ser objeto autónomo del recurso de nulidad.¹¹

Según nuestra LAC y nuestra doctrina, no hay duda de que es laudo arbitral aquel que decide el fondo o mérito de la controversia poniendo fin el arbitraje y cesando los árbitros en sus funciones. Pero esto no necesariamente significa que esa es la única

¹¹ Hernando Díaz-Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*, (Tercera Edición, Editorial Torino, Caracas 2016) 232-236

decisión que puede considerarse como laudo arbitral, pues como hemos visto, también está aceptado por la doctrina y contemplado en los reglamentos de arbitraje, que el tribunal arbitral pueda dictar laudos parciales que resuelvan, de manera previa, sólo algunos aspectos de la controversia, más no todos, de manera que no pondrían fin al arbitraje sino en todo caso, sólo respecto a lo decidido parcialmente.

Coincide la doctrina en que los laudos parciales suelen resolver en forma previa, cuestiones relativas a la competencia del tribunal arbitral y a la arbitrabilidad de la controversia. También se ha sostenido que los laudos parciales son como fases que van formando parte del laudo que en definitiva se dicte y ponga fin a la controversia, y que sólo contra este último y no contra los laudos parciales es que procedería el recurso de nulidad.

Además en la doctrina está claro que no constituyen laudo arbitral las simples órdenes de procedimiento que dicte el tribunal arbitral, que se refieren a aspectos procedimentales y que no resuelven aspectos sustanciales del litigio. Como lo expone Gary Born, hay un grado sustancial de unanimidad sobre las diferencias entre un laudo arbitral y una orden de procedimiento, y en la gran mayoría de los casos hay poca o ninguna disputa respecto a que una orden de procedimiento es una decisión meramente procedimental, logística o administrativa que no constituye un laudo arbitral ni está sujeta a anulación o a ejecución por la autoridad judicial.¹²

3. Las categorías o clases de laudos arbitrales

Es sabido que todo laudo es final, obligatorio y susceptible de ser impugnado mediante las vías contempladas legalmente. Señalan tratadistas del arbitraje que un tribunal arbitral no debe emitir un laudo final hasta estar satisfecho de que su misión se ha completado, de forma que si existen aspectos pendientes por decidir, el laudo emitido debe designarse expresamente como parcial. Un laudo parcial no es el último laudo, por lo que debe expresar claramente que es un laudo parcial. Se trata de un arma útil en el armamento del tribunal arbitral, una manera efectiva de determinar asuntos durante el curso del procedimiento arbitral que puede significar ahorro de tiempo y dinero a los involucrados.¹³

Según nos enseña el autor colombiano y árbitro internacional Eduardo Zuleta, el término laudo final es usado a veces para destacar que contra él ya no cabe ningún recurso, otras veces para denotar que es la última decisión del tribunal arbitral que pone fin al proceso arbitral y a la jurisdicción de los árbitros, mientras que los demás laudos que se profieran durante el curso del mismo arbitraje serían catalogados como laudos parciales, interinos o interlocutorios.

¹² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3172, 3173

¹³ Blackaby, Partasides, Redfern, Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 9.18-9.23

La acepción más acogida por la doctrina comparada es la de que es laudo final el que pone fin a una o más controversias planteadas, aunque no sea el último laudo que se profiera en el curso del arbitraje ni termine con la jurisdicción arbitral, de forma que pueda haber un laudo parcial que es final respecto a la cuestión litigiosa materia de la decisión pero parcial respecto de la totalidad de las controversias sometidas a arbitraje.

Menciona Zuleta algunos tipos de controversias que en el arbitraje comercial internacional podría resultar conveniente resolver de forma preliminar a través de un laudo parcial: las relativas a la jurisdicción del tribunal arbitral, a la ley aplicable, a la responsabilidad de las partes en forma separada a la determinación y liquidación de daños, y en arbitrajes multipartes para resolver de manera previa los asuntos comunes a un grupo de demandantes o demandados, dejándose las demás cuestiones para un laudo posterior.

El término laudo interino se ha prestado a confusión, unas veces se utiliza como sinónimo o equivalente de laudo parcial, y otras se confunde con órdenes interinas, interlocutorias o provisionales, que no definen de manera definitiva un asunto. En todo caso, la denominación que se le dé a la decisión es irrelevante a los efectos de determinar si constituye o no un laudo. No es el nombre ni la apariencia lo que le da al laudo su carácter de tal sino su contenido material.

Un laudo denominado interino que decida una parte de la controversia de manera definitiva califica como laudo parcial recurrible y ejecutable judicialmente, pero si sólo se trata de meras órdenes procesales o medidas adoptadas por el tribunal arbitral que no son finales y pueden ser revisadas por el tribunal arbitral, no calificarían como laudo y por tanto no serían recurribles o ejecutables judicialmente.

De esta forma, según Zuleta, sea que la decisión ponga fin a la totalidad de las controversias o sólo a algunas de ellas, será un laudo final que, o bien pone fin a todas las controversias, en cuyo caso sería un laudo final global o total, o bien pone fin solamente a algunas de las controversias, lo que sería un laudo final parcial.¹⁴

Nosotros pensamos que efectivamente todo laudo es final por su naturaleza, que es la de decidir un asunto en forma definitiva e inmodificable, aunque se puede identificar como laudo parcial cuando no decide todas las pretensiones sino sólo alguna o algunas de ellas, que se resuelven de manera previa, quedando pendiente la decisión de otras, que podrán resolverse o bien en otros laudos parciales o bien en un laudo que podría denominarse final en el sentido de que no dejaría pretensiones por resolver, cesando el tribunal arbitral en sus funciones y culminando el procedimiento arbitral.

¹⁴ Eduardo Zuleta, ¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino, en *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario* (AbeledoPerrot,) 60-68

Por otra parte, tenemos que sólo los laudos arbitrales pueden ser objeto de acción de anulación y pueden ser reconocidos y ejecutados de conformidad con las convenciones internacionales, particularmente conforme a la Convención de Nueva York. A tales efectos, pueden surgir varias interrogantes: ¿es éste un laudo? ¿podría una corte considerar que no lo es a pesar de que el tribunal arbitral lo denominó así? ¿podrían los jueces considerar que se trata de un laudo aunque el tribunal arbitral no lo haya llamado así?

Para Zuleta la ausencia de un concepto de laudo arbitral deja la definición y clasificación de los laudos en manos de la doctrina y de los litigantes, que deberán convenir a los jueces de que determinada decisión es o no un laudo y que por tanto tiene o no efectos de cosa juzgada y puede o no ser reconocido y ejecutado, teniendo las cortes judiciales la última palabra sobre el asunto, bien sea el tribunal competente de la sede arbitral para decidir el recurso de nulidad del laudo o del lugar de su reconocimiento y ejecución.¹⁵

Parece claro que es el contenido del laudo y no su designación como tal lo que determina si se trata o no de un laudo. Al respecto Zuleta cita los casos *Publicis* y *Bra-soil*, de las cortes de apelaciones de los Estados Unidos y de París, en los cuales se establece que el contenido de una decisión y no su designación es lo que determina su carácter final, y que independientemente de su clasificación como orden, la decisión era realmente un laudo.¹⁶

4. Laudo arbitral como ejercicio del poder jurisdiccional de los árbitros

La doctrina moderna se decanta por concebir la noción de laudo arbitral como aquella decisión producto de los diferentes tipos de poderes jurisdiccionales (*adjudicative powers*) de los árbitros para decidir la controversia. Bajo este modelo multidimensional, tales poderes jurisdiccionales de los árbitros no se agotan en la decisión final del fondo o mérito de la disputa entre las partes, denominado laudo contencioso (*contentious award*), sino que abarcan también decisiones sobre la jurisdicción o competencia del tribunal arbitral, el laudo de jurisdicción (*jurisdictional award*), decisiones o medidas cautelares provisionales de emergencia (*emergency precautionary measures*) y decisiones que plasman el acuerdo de las partes que resuelve la controversia (*consent award*).¹⁷

¹⁵ Eduardo Zuleta, *El Concepto de Laudo Arbitral* (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012) 31, 59, 60

¹⁶ Eduardo Zuleta, *El Concepto de Laudo Arbitral*, 43-45

¹⁷ Giacomo Marchisio, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2017) 16-19

4.1. El laudo de jurisdicción

El laudo de jurisdicción o de competencia es producto del ejercicio del poder jurisdiccional (*adjudicative power*) de los árbitros que les permite decidir si tienen jurisdicción para resolver la controversia sometida a su consideración. El laudo de jurisdicción no es un mero dispositivo administrativo o procedimental sino más bien es expresión de la voluntad de los árbitros de administrar justicia en el caso, con carácter accesorio o subordinado a la resolución del mérito de la disputa.

Este tipo de decisión usualmente es denominada laudo y es considerada capaz de afectar los derechos de las partes, tanto como un laudo contencioso que decida los aspectos de fondo de la controversia. También puede ser objeto de control judicial por vía del recurso de anulación o de reconocimiento y ejecución ante los tribunales competentes.¹⁸

Los tribunales arbitrales frecuentemente consideran y resuelven disputas sobre jurisdicción arbitral emitiendo decisiones aceptando o negando la jurisdicción, aunque puede haber incertidumbre acerca de si tales decisiones son laudos sujetos a anulación o a reconocimiento y ejecución judicial.

Se menciona el artículo 16 (3) de la Ley Modelo de Arbitraje *UNCITRAL*, que dispone que la excepción de incompetencia del tribunal arbitral puede decidirse como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo, sin aclarar si la decisión como cuestión previa sería un laudo, por lo que podría argumentarse que no lo es, y que si el tribunal arbitral decide como cuestión preliminar que tiene jurisdicción, cualquier parte puede solicitar que la corte competente decida el asunto, aunque mientras esté pendiente la decisión, el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo. Según Gary Born, la mejor lectura de la Ley Modelo es que la decisión de jurisdicción del tribunal arbitral debe caracterizarse como un laudo arbitral, independientemente de que sea positiva o negativa.

Este autor hace notar que bajo el derecho arbitral francés las partes pueden solicitar la revisión judicial del laudo de jurisdicción. La casación francesa tiene establecido que tal revisión es *de novo*, es decir, considerando todos los elementos de hecho y de derecho.¹⁹ Esa revisión judicial es por la vía del recurso de anulación del laudo. En efecto, bajo los artículos 1.492 y 1.520 del Código de Procedimiento Civil francés, tanto en arbitraje interno como en arbitraje internacional con sede en Francia, es causal de nulidad del laudo arbitral que el tribunal arbitral se ha declarado erradamente competente o incompetente.

¹⁸ Giacomo Marchisio, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, 160, 161

¹⁹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3182, 1190, 1191

También Born reseña que bajo la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado está disponible la revisión judicial del laudo de jurisdicción, sea que la decisión afirme o niegue la competencia, mientras que bajo la legislación arbitral alemana no hay revisión judicial de una decisión negativa de jurisdicción del tribunal arbitral. Bajo la ley inglesa la decisión de jurisdicción del tribunal arbitral es un laudo revisable judicialmente conforme a las disposiciones del *English Arbitration Act* de 1996, tanto de manera preliminar (sección 32) como bajo causal de nulidad tanto del laudo de jurisdicción como del laudo final sobre el fondo o mérito de la controversia (sección 67).

Bajo el *Federal Arbitration Act* y el *case law* de los Estados Unidos también la decisión de jurisdicción del tribunal arbitral es un laudo revisable judicialmente, y al respecto Born nos brinda un exhaustivo análisis.²⁰

4.2. Decisiones cautelares provisionales

Históricamente se había considerado que las medidas cautelares o preventivas, sean dictadas por árbitros de emergencia o por el tribunal arbitral constituido, por ser típicamente provisionales, no eran decisiones finales que pudieran considerarse como laudos arbitrales. Aunque se ha considerado que la ejecución de medidas provisionales es de mucha importancia en el procedimiento arbitral, contemplándose normalmente el auxilio o colaboración del poder judicial para su ejecución, se discute si se trata de laudos arbitrales, a los efectos de su reconocimiento y ejecución en lugar distinto a la sede arbitral bajo la Convención de Nueva York, o a los efectos de la procedencia del recurso de anulación.

Gary Born sostiene que la mejor visión del asunto es que las medidas provisionales deben ser ejecutables como laudos arbitrales bajo las disposiciones aplicables sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, y también pueden ser objeto de revisión judicial por vía de la acción de nulidad. Donde existen mecanismos especiales de ejecución de medidas, su caracterización como laudos queda suplantada.

Igual sucede en el caso de medidas dictadas por árbitros de emergencia, porque resuelven un aspecto de la disputa, el remedio interino solicitado. Se trata de medidas que pueden tener un impacto no menor en los derechos de las partes que una decisión sustantiva final y no deben estar menos sujetas que ésta a anulación o reconocimiento y ejecución.

Se habla del riesgo de que tratar estas medidas provisionales como laudos y admitirse la intervención judicial podrían ser disruptivas o dilatorias del procedimiento arbitral. Born descarta este riesgo por cuanto dicho control judicial no implica considerar el fondo o mérito del asunto ni tampoco la suspensión del procedimiento arbitral.²¹

²⁰ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 1206-1216, 1304-1308

²¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2703-2704, 3177-3182,

Como lo expresa el autor Marchisio, los procedimientos arbitrales de emergencia, así como las medidas provisionales dictadas por tribunales arbitrales, constituyen una expansión de las funciones o poderes jurisdiccionales de los árbitros, y aunque técnicamente hablando no son parte del procedimiento sobre el mérito del caso, califican como un tipo parecido al de un procedimiento judicial, y en el caso de las medidas dictadas por árbitros de emergencia, con la misma naturaleza del llevado a cabo por tribunales arbitrales constituidos para resolver la disputa.²²

En el arbitraje comercial internacional los poderes jurisdiccionales de los árbitros son similares a los de las cortes estatales; siendo que la efectividad de dichos poderes depende de la posibilidad de ejecutarlos, se entiende la tendencia a colocar la etiqueta de laudo a diversos tipos de decisiones con la visión de asegurar su ejecución.²³

4.3. Laudos por consenso de las partes (*awards by consent*)

El laudo por consenso o por acuerdo de las partes es un tipo de laudo presente tanto en el arbitraje internacional como en nuestro arbitraje doméstico. La Ley Modelo *UNCITRAL* en su artículo 30 contempla el laudo por consenso, estableciendo que si durante las actuaciones arbitrales, es decir, dentro de un procedimiento arbitral, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, y si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. El laudo así dictado tendrá la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Aunque en nuestro país la LAC no adoptó esta norma de la Ley Modelo, el RCA-CEDCA en su artículo 11 establece que si las partes llegan a un acuerdo, tanto en el procedimiento de conciliación independiente o en el contemplado como una fase dentro del procedimiento arbitral, dicho acuerdo será transformado en laudo, salvo acuerdo en contrario de las partes, y a tales efectos se designará como árbitro único al conciliador del caso, quien deberá darle forma de laudo arbitral al acuerdo alcanzado a los fines de que será reconocido y ejecutado como laudo de manera eficiente. En caso de que la conciliación se logre después de instalado el tribunal arbitral, podrán las partes presentarle el acuerdo para que se le dé forma de laudo.

Por su parte el RGCACC sólo contempla la posibilidad de transformar en laudo el acta de mediación donde conste el acuerdo que las partes hayan logrado dentro de un procedimiento de mediación independiente. No contempla expresamente esta posibilidad dentro del procedimiento arbitral, aunque en nuestra opinión nada impide que las partes así lo convengan y acuerden con el tribunal arbitral.

²² Giacomo Marchisio, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, 266

²³ Giacomo Marchisio, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, 268

El Reglamento de Arbitraje de la CCI en su artículo 33 también contempla el laudo por acuerdo de las partes, estableciendo que si las partes llegan a un arreglo después de constituido el tribunal arbitral, se dejará constancia de dicho arreglo en un laudo, siempre y cuando las partes así lo soliciten y el tribunal arbitral esté de acuerdo con dictarlo.

Es obvia la ventaja de que un acuerdo alcanzado por las partes dentro de un arbitraje se transforme en laudo, para tener un grado de certeza y ejecutabilidad superior a la de una simple transacción privada ejecutable como un contrato. Aunque sería argumentable que este tipo de decisión, al ser de las partes, podría carecer del carácter jurisdiccional de un laudo, la mejor visión del asunto es considerarla como un laudo arbitral que pueda ser reconocido y ejecutado bajo la Convención de Nueva York y bajo las legislaciones arbitrales nacionales.

Se ha sugerido que el tribunal arbitral está obligado a cumplir lo solicitado por las partes, es decir, a emitir el laudo por acuerdo de las partes. Esto sería una concepción errada del rol jurisdiccional de los árbitros, ya que si bien las partes son libres de transar sus reclamos como quieran, no tienen derecho a que el tribunal arbitral ejerza su autoridad para aprobar la transacción. Si bien un tribunal arbitral no podría insistir o continuar el arbitraje en contra del mutuo acuerdo de las partes en transar la disputa, sí podría declinar emitir un laudo por consenso, en cuyo caso simplemente emitirá una orden terminando el arbitraje por decisión de las partes y sin laudo.²⁴

La doctrina comparada considera que otra expresión de la función jurisdiccional de los árbitros se encuentra en los laudos por consenso de las partes. Son decisiones arbitrales que reconocen el acuerdo alcanzado por las partes durante el curso del arbitraje. Su categorización como laudos asegura que la convergencia de los intereses de las partes tenga el mismo efecto que un laudo contencioso, permitiendo la homologación de un arreglo privado que representa la voluntad de las partes, respetando las normas imperativas aplicables y el orden público.²⁵

Una vez que el acuerdo o transacción de las partes ha sido revisado por el tribunal arbitral, se transforma en laudo arbitral. Se trata de decisiones complejas integradas por dos distintos niveles, el acuerdo de las partes y el laudo arbitral, el primero siendo requisito indispensable del segundo. El laudo por consenso presupone la existencia de una disputa interpartes y no puede ser emitido fuera del procedimiento arbitral.

Cuando las partes han alcanzado un acuerdo, el tribunal arbitral le añade el segundo nivel en ejercicio de su función jurisdiccional y no meramente registrando lo que las partes han acordado, lo cual se reflejaría en una simple orden procesal declarando la discontinuación del procedimiento arbitral.

²⁴ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3270-3275

²⁵ Giacomo Marchisio, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, 270

En definitiva el laudo por consenso es producto de la revisión del acuerdo de las partes que realiza el tribunal arbitral para constatar su conformidad con normas imperativas aplicables y con el orden público, y solamente respecto a la disputa sometida a su consideración, de manera que es un corolario importante de la función jurisdiccional de los árbitros.²⁶

5. La jurisprudencia nacional

Ya vimos como de acuerdo a nuestra doctrina y nuestra ley y reglamentos de arbitraje el laudo arbitral es tanto aquel que decide la controversia y pone fin al arbitraje, cesando los árbitros en sus funciones, como también es posible que hayan laudos parciales que decidan de manera previa al laudo final, sólo algunas de las disputas o reclamos, y que no ponen fin al arbitraje, quedando pendiente la decisión sobre otras cuestiones. También vimos que en general se reconoce que todo laudo arbitral puede ser objeto de recurso de nulidad y de reconocimiento y ejecución judicial, aunque se discute si el laudo parcial puede ser recurrible de inmediato o sólo cuando se dicte el laudo final que resuelva la controversia y ponga fin al arbitraje. Veamos que ha dicho nuestra jurisprudencia al respecto.

5.1. Caso Consorcio Barr, S.A.

Se trata de una sentencia del Tribunal Superior Cuarto Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas de fecha 18-6-2010, que declaró sin lugar una acción de amparo constitucional contra un laudo arbitral interlocutorio cautelar de fecha 5-4-2010 dictado por árbitro único de emergencia en un procedimiento arbitral CEDCA, que decretó una medida cautelar de embargo preventivo contra la accionante en amparo.

La sentencia acoge la calificación de laudo arbitral cautelar de la decisión del árbitro único, que contenía una medida preventiva de embargo. Sin embargo, al pronunciarse sobre la competencia del Tribunal Superior para conocer el amparo, aunque cita el artículo 43 de la LAC, que establece que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad ante el Tribunal Superior, el juez sentenciador, sin explicar por qué no aplicaba dicha norma, que habría hecho inadmisibles el amparo por existir la vía ordinaria del recurso de nulidad, optó por declararse competente como Juez Superior de Caracas para conocer la acción de amparo constitucional interpuesta.

Seguidamente la sentencia entró en el fondo y determinó que en el decreto cautelar recurrido en amparo se observa que el Tribunal Arbitral examinó detalladamente los hechos que determinaban la urgencia del decreto de la medida y que además las partes

²⁶ Giacomo Marchisio, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, 211, 212

acordaron un arbitraje institucional sometido al Reglamento del CEDCA, con lo cual aceptaron la posibilidad contemplada en su artículo 35.2, de que el Directorio Ejecutivo designara un tribunal arbitral ad-hoc para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas, salvo que se diere garantía suficiente y eficaz.

En resumen, de esta sentencia se observa que el laudo cautelar mediante el cual se dicta una medida preventiva, tiene la naturaleza de laudo arbitral, y que es impugnabile, aunque en este caso no lo fue por vía de recurso de nulidad, como pensamos que debió haber sido, sino mediante acción de amparo constitucional, sin que la sentencia aclare por qué. En todo caso, por ambas vías la revisión y control judicial se realiza bajo los mismos parámetros, es decir, atendiendo a si se ha violado la garantía del derecho a la defensa y del debido proceso y el respeto al orden público.

5.2. Caso Alberto Rosales

En este caso una sentencia del Tribunal Superior Séptimo Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas de fecha 16-9-2015, declaró con lugar un recurso de nulidad y anuló un laudo arbitral preliminar dictado en un arbitraje CEDCA.

Se trata de un laudo de jurisdicción donde el tribunal arbitral declaró carecer de competencia para conocer la demanda arbitral, con base en que el acuerdo arbitral comprendía solamente cuestiones derivadas de un contrato de sociedad y no se extendía a supuestos de responsabilidad extracontractual por hecho ilícito como los reclamados por el demandante.

La contraparte en este caso había alegado la falta de jurisdicción del tribunal superior para conocer el recurso de nulidad porque en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, los árbitros serían los únicos que podrían resolver sobre su propia competencia y en consecuencia sus decisiones sobre jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de un litigio que se le haya planteado no podrían ser revisadas. La sentencia rechazó este alegato citando en su apoyo la célebre sentencia del caso Astivenca, según la cual, la posibilidad de que los órganos arbitrales se pronuncien sobre su propia competencia en ningún caso excluye el control de los tribunales en el marco de un recurso de nulidad contra el laudo arbitral, de conformidad con los artículos 43 y 44 de la LAC.

La sentencia concluyó que la locución "*Cualquier controversia*" empleada en la cláusula arbitral no se refiere a algún tipo de controversia en particular, sino más bien a todas las que pudieran presentarse, por lo que la cláusula arbitral abarca toda controversia en general que pudiera presentarse en relación con la ejecución de lo acordado en el pacto social, incluyendo el hecho ilícito que pudiera cometer el administrador si éste violara las disposiciones estatutarias. En tal sentido la sentencia declaró que la demanda arbitral en cuestión podía ser conocida por un tribunal arbitral conforme al Reglamento del CEDCA, según lo acordado por las partes en la cláusula arbitral referida.

Es cierto que, como hemos analizado más arriba en este trabajo, en algunas jurisdicciones como la alemana, una decisión negativa de jurisdicción como la de este caso, no sería revisable judicialmente, pero la doctrina dominante es que la decisión de jurisdicción del tribunal arbitral debe caracterizarse como un laudo arbitral, independientemente de que sea positiva o negativa, estando disponible la revisión judicial del laudo de jurisdicción, sea que la decisión afirme o niegue la competencia.

Está claro de esta sentencia que el laudo de jurisdicción dictado en este caso, por su naturaleza de laudo arbitral dictado por los árbitros en un procedimiento arbitral, resolviendo sobre la jurisdicción del tribunal arbitral para resolver la controversia según el acuerdo arbitral entre las partes, es susceptible de recurso de nulidad, sin menoscabo de la potestad de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, pero también sin menoscabo del control judicial a la que está sujeto el laudo arbitral por vía del recurso de nulidad previsto en la LAC.

5.3. Caso Uniseguros

En este caso se trata de otra sentencia del Tribunal Superior Cuarto Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 19-10-2017, que decide esta vez un recurso de nulidad contra un laudo arbitral parcial de jurisdicción en un procedimiento arbitral CEDCA.

En este caso la recurribilidad del laudo parcial fue defendida por la recurrente con base en el artículo 43 de la LAC, que según argumentó la recurrente, no distingue entre laudos definitivos y laudos parciales para ejercer el recurso de nulidad y que en aplicación del debido proceso y la tutela judicial efectiva, la diferencia entre un laudo parcial y uno definitivo no debería significar la imposibilidad de recurrir el laudo parcial.

Del otro lado, la contraparte sostuvo la improcedencia del recurso de nulidad contra el laudo parcial, bajo el argumento de que conforme a los artículos 29 y 44 de la LAC el recurso de nulidad sólo podía interponerse contra laudos definitivos que culminen el procedimiento arbitral, pues de lo contrario se estaría violando el principio contenido en el artículo 27 de la LAC según el cual en el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias.

En esta sentencia el Tribunal Superior fue de la opinión de que el recurso de nulidad contra laudos arbitrales es procedente sólo contra laudos definitivos que pongan fin a la controversia. Citando a Rodner, el Tribunal Superior entiende por laudo parcial aquel que decide una o varias de las controversias pero no pone fin al procedimiento arbitral, y por laudo final o definitivo aquel que sí pone fin al procedimiento arbitral. La sentencia asienta que de la lectura de los artículos 43, 44, 45, 46 y 47 de la LAC sobre la anulabilidad del laudo, se aprecia que el legislador sólo previó la recurribilidad o anulabilidad de los laudos arbitrales que ponen fin al procedimiento arbitral.

Expone la sentencia que la imposibilidad de recurrir la nulidad del laudo parcial no constituye violación a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y el debido proceso, sino que por el contrario, consiste en la correcta aplicación de la LAC, que no prevé esa posibilidad, lo cual redundaría en seguridad jurídica y respeto al acuerdo de las partes que decidieron someter sus controversias a arbitraje y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

La sentencia, citando en su apoyo a Díaz-Candia, afirma que la consecuencia lógica de un laudo arbitral que no pone fin al procedimiento arbitral, como el laudo que declara o reconoce la competencia del tribunal arbitral para decidir la controversia, es que el arbitraje continúa hasta que el tribunal arbitral dicte el laudo definitivo, y en ese momento la parte interesada puede ejercer el recurso de nulidad.

Por último la sentencia agrega que, admitir el recurso de nulidad contra el laudo parcial sería como admitir una incidencia, un recurso de apelación, no admisibles en el procedimiento arbitral, y concluye declarando improcedente el recurso de nulidad interpuesto.

En resumen, observamos que esta sentencia sigue el criterio de que el laudo parcial de jurisdicción, cuando no pone fin al procedimiento arbitral porque afirma la jurisdicción arbitral, no es susceptible de recurso de nulidad de inmediato sino que la impugnación de la jurisdicción debe hacerse contra el laudo final, es decir, aquel que ponga fin al procedimiento arbitral.

5.4. Caso Carroferita Media Group

En este caso se trata de una sentencia del Tribunal Superior Séptimo Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 4-5-2021, que también versa sobre una acción de amparo constitucional contra un laudo arbitral cautelar dictado por árbitro único de emergencia en un procedimiento arbitral CEDCA.

La accionante en amparo alegó no contar con el recurso de nulidad, que sólo procedería contra el laudo definitivo que sería dictado por Tribunal Arbitral que se constituya y que decida el fondo de la controversia. Por su parte, el árbitro de urgencia en este caso intervino y alegó que el amparo debía declararse inadmisibles por existir el recurso de nulidad previsto en la LAC como recurso ordinario contra las decisiones arbitrales de urgencia.

Sin embargo la sentencia, aunque reconoce que la decisión cautelar tiene carácter de laudo arbitral, consideró que el recurso de nulidad está consagrado para aquellas decisiones emanadas del Tribunal Arbitral cuyo laudo contenga decisión definitiva del arbitraje, y no está expresamente destinado a resolver las actuaciones cautelares en sede arbitral, menos aun cuando emanan de un tribunal arbitral de urgencia.

En su sentencia el Juez Superior además asentó que la solicitud de protección constitucional fue interpuesta contra un tribunal arbitral de urgencia cuya decisión, para nosotros en errado criterio de la sentencia, se equipara a las de los órganos jurisdiccionales de primera instancia y en consecuencia se declaró competente para conocer de la acción de amparo constitucional, por ser el superior jerárquico del Tribunal Arbitral querrellado.

Sobre lo dispuesto en el artículo 43 de la LAC, la sentencia consideró que dicha norma se refiere al recurso de nulidad que puede interponerse contra el laudo arbitral definitivo, mas no hace mención en forma alguna al recurso que pudiera corresponderle al laudo interlocutorio que se dicte en el caso de las medidas en un procedimiento cautelar que decide un tribunal arbitral de urgencia, distinto en principio al tribunal arbitral que va a conocer del fondo de la controversia surgida entre las partes.

Concluyó la sentencia que, siendo las medidas cautelares materia que bien puede causar gravámenes a la parte contra la que se dictan, que siempre se han tratado de manera autónoma al trámite de la causa principal, con la garantía de poder recurrir de las decisiones que al respecto se dicten, el Tribunal Superior se declaró competente para conocer de la acción de amparo constitucional.

En definitiva la sentencia declaró con lugar el amparo constitucional, anulando el procedimiento cautelar de urgencia y el laudo arbitral cautelar y su corrección. La sentencia consideró que el Reglamento del CEDCA no contempla un lapso procesal para hacer oposición a la medida cautelar acordada ni contempla un lapso probatorio en el procedimiento cautelar, lo cual perjudica el legítimo derecho a la defensa y vulnera el debido proceso, aunque a la vez reconoce que el árbitro de emergencia fijó un lapso para la oposición de la medida e indicó que la parte podía valerse de los medios de prueba que considere pertinentes, pero al parecer no consideró que se hubiese cubierto el vacío procesal reglamentario encontrado.

En resumen, esta sentencia sigue el criterio de que un laudo cautelar que contenga una medida preventiva tiene la naturaleza de laudo arbitral. También sigue el criterio de que contra un laudo arbitral, en este caso un laudo cautelar o interlocutorio, que no pone fin al procedimiento arbitral, no es aplicable el recurso de nulidad, aunque sí puede estar sujeto al control judicial por vía del amparo constitucional.

6. CONCLUSIONES

1. La categorización de una decisión como laudo arbitral tiene vital importancia. Un laudo arbitral, y sólo un laudo arbitral, tiene efectos de cosa juzgada u otro efecto preclusivo, está sujeto a ser anulado bajo la legislación arbitral nacional aplicable, y es capaz de ser reconocido y ejecutado bajo las leyes arbitrales nacionales y convenciones internacionales de arbitraje.

2. No existe una definición única de laudo arbitral. El concepto de laudo arbitral y los intentos de definir sus distintos tipos ha sido objeto de debate. Se habla de laudo final, definitivo, preliminar, interino, interlocutorio, parcial. En todo caso la decisión arbitral podrá considerarse laudo, independientemente de la etiqueta que tenga, dependiendo de su naturaleza y contenido material.
3. Es importante diferenciar laudo arbitral de meras órdenes de corte procedimental o instrumental, pues el laudo puede ser objeto de control y ejecución judicial mientras que las simples órdenes de procedimiento no.
4. Cabe la pregunta de si el laudo arbitral es sólo el que decide la controversia y pone fin al procedimiento arbitral, cesando la función de los árbitros, o si también es laudo aquel que decide una o más controversias de manera previa pero no todas las sometidas a la decisión de los árbitros, de manera que no pone fin al procedimiento arbitral.
5. Todo laudo arbitral por definición es final y definitivo respecto a lo decidido en él. Es muy aceptada la categorización de laudo final en cuanto pone fin al procedimiento arbitral y a la controversia, cesando los árbitros en sus funciones, y la de laudo parcial, preferible a la de laudo interlocutorio o interino, en cuanto a que sólo resuelve parte de la controversia pero no pone fin al procedimiento arbitral, quedando pendientes otras cuestiones por resolver en posteriores laudos parciales o en un laudo final.
6. La moderna doctrina concibe el laudo arbitral como ejercicio del poder jurisdiccional (*adjudicative power*) de los árbitros, que no se agota en el laudo contencioso que decide el fondo o mérito de la disputa entre las partes, sino que abarca también los laudos de jurisdicción (*jurisdictional award*) que decide sobre la jurisdicción o competencia del tribunal arbitral, los laudos cautelares contentivos de medidas preventivas, incluyendo las dictadas por árbitros de emergencia, y los laudos por consenso o acuerdo de las partes (*consent awards*).
7. Nuestra jurisprudencia ha aceptado como laudo arbitral cautelar aquel que dicta medidas preventivas, incluso por árbitros de urgencia, así como laudo parcial de jurisdicción aquel que decide sobre la jurisdicción o competencia de los árbitros. Aun cuando en principio un laudo arbitral puede ser impugnado por vía del recurso de nulidad, el criterio jurisprudencial es el de que los laudos parciales, sean de jurisdicción o cautelares, como no son decisión definitiva del arbitraje, no pueden ser objeto de recurso de nulidad, que está reservado al laudo final, aunque laudos cautelares si han sido revisados e incluso anulados en acción de amparo constitucional.
8. Nuestra jurisprudencia también es del criterio de que la decisión sobre la competencia de los árbitros en un laudo de jurisdicción, si le pone fin al arbitraje porque

niega la jurisdicción es susceptible de recurso de nulidad, y cuando no ponga fin al arbitraje porque afirma la jurisdicción, será revisable pero no en ese momento sino en el recurso de nulidad contra el laudo final.

BIBLIOGRAFÍA

- Araque, Luis Alfredo, *Manual de Arbitraje Comercial*, (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011)
- Baumeister Toledo, Alberto, Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable en los casos de Arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999)
- Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, with Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, sixth edition, Oxford, 2015)
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer, Third Edition, Volume III, The Netherlands, 2021)
- Díaz-Candia, Hernando, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*, (Tercera Edición, Editorial Torino, Caracas 2016)
- Gaillard, Emmanuel, Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration* (Kluwer Law International, The Netherlands, 1999)
- Henríquez La Roche, Ricardo, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2.000)
- Hung Vaillant, Francisco, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001)
- Lupini Bianchi, Luciano, Naturaleza, Efectos, Requisitos y Modalidades del Laudo Arbitral, en *El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Impresión Sabias Palabras, Caracas 2013)
- Rodner, James Otis, La Anulación del Laudo Arbitral, en *Libro Homenaje a Humberto Cuenca* (Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 6, Caracas 2002)
- Zuleta, Eduardo, ¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino, en *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario* (AbeledoPerrot,)
- Zuleta, Eduardo, *El Concepto de Laudo Arbitral* (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012)
- Marchisio, Giacomo, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2017)

Arbitraje Expedito y Debido Proceso: En búsqueda del justo equilibrio

Wilfredo Monsalve García*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 255-284

Resumen: La expansión del arbitraje ha devenido en la creación de diversas modalidades que intentan afrontar las nuevas exigencias del comercio. Entre ellas se encuentra la necesidad de los comerciantes de obtener soluciones rápidas y eficaces a sus disputas, que les permitan continuar con su giro comercial. Por ello el arbitraje expedito ha cobrado mayor relevancia en los últimos años, como una respuesta óptima a la luz de la nueva realidad del comercio. Sin embargo, queda abierta la cuestión de si el procedimiento arbitral expedito puede hallar un punto de equilibrio con las garantías procesales y el principio de autonomía de voluntad.

Palabras clave: Arbitraje expedito, debido proceso, autonomía de la voluntad.

Expedited Arbitration and Due Process: In search of a fair balance

Abstract: *The expansion of arbitration has led to the creation of various modalities that attempt to meet the new demands of commerce. Among them is the need of traders to obtain quick and effective solutions to their disputes, allowing them to continue with their business. For this reason, expedited arbitration has become more relevant in recent years, as an optimal response in light of the new reality of commerce. However, the question remains open as to whether the expedited arbitration procedure can find a point of balance with due process and the principle of party autonomy.*

Keywords: *Expedited arbitration, due process, party autonomy.*

Autor invitado

* Universidad Central de Venezuela, Abogado (UCV); Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje; Socio estudiante correspondiente -40 del Club Español del Arbitraje.

Arbitraje Expedito y Debido Proceso: En búsqueda del justo equilibrio

Wilfredo Monsalve García*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 255-284

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Arbitraje expedito. 1.1. Comentarios generales. 1.2. Arbitraje expedito en Venezuela. 1.2.1. La constitucionalización del arbitraje en Venezuela y la comprensión del arbitraje expedito 1.2.2. Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas 1.2.3. Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje 2020 (CEDCA). 1.2.4. Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo. 2. Debido proceso y arbitraje. 2.1. Debido proceso en el arbitraje doméstico. 2.1. Debido proceso en el arbitraje internacional 3. El equilibrio entre arbitraje expedito y debido proceso. 3.1. Paralelismos entre el arbitraje expedito y la eficacia de los laudos arbitrales. 3.1.1. *Noble Resources International Ltd. c. Shanghai Good Credit International Trade Co., Ltd.* 3.1.2. AQZ c. ARA 3.2. El derecho a ser oído en el marco de un arbitraje expedito. 4. Autonomía de la voluntad. 4.1. Notas sobre jurisprudencia internacional. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un medio heterocompositivo del que disponen los particulares para hacer valer su derecho a la tutela jurisdiccional eficaz. Entre sus características se encuentra la celeridad del procedimiento, la cual ha sido uno de los alicientes del arbitraje.

Alcanzar soluciones rápidas siempre ha sido uno de los deseos de los comerciantes. El hecho de tener un proceso -sea judicial o arbitral- en curso, suele afectar el normal desenvolvimiento de la actividad comercial de las empresas, sean pequeñas, medianas o grandes corporaciones.

Por ello el arbitraje se ha perfilado como el medio idóneo para que los comerciantes resuelvan sus disputas domésticas e internacionales¹. Así el arbitraje se ha nutrido

* Universidad Central de Venezuela, Abogado (UCV); Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje; Socio estudiante correspondiente -40 del Club Español del Arbitraje.

¹ Véase Maria João Mimoso, "Accelerated Arbitration: An Expedited Method of Resolving Disputes", en . Jin, & C. E. P. Tache (Eds.), *Experientiam et progressionem in Comparative and International Law: Contributions to the 2nd International Conference on Comparative and International Law*, Bucharest, 2022: 55. <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/4409/pp.55-66.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

de la propia sabiduría del comercio, preferida por los comerciantes², para crear un procedimiento cada vez más adecuado para este tipo de disputas³.

La tendencia actual parece indicar que el arbitraje está volviendo a sus raíces mediante la simplificación de procedimientos que permiten a los comerciantes resolver sus controversias en un lapso de tiempo más corto⁴. De allí que el arbitraje expedito⁵ nace como una modalidad de procedimiento aún más atractiva para los comerciantes.

Cuando las partes acuden a un arbitraje expedito, el laudo puede ser dictado incluso en semanas. Esto parece un aspecto beneficioso para los comerciantes que suscriben compromisos arbitrales, bien sea en sus contratos o mediante acuerdo de arbitraje separados.

Sin embargo, resulta interesante analizar la interacción del arbitraje expedito y las garantías inherentes a todo proceso previstas en la Constitución de 1999 y reconocidas por el foro arbitral internacional. De allí surge nuestro interés por determinar si un procedimiento acelerado es acorde con ciertos principios procesales elementales.

1. Arbitraje expedito

1.1. Comentarios generales

El arbitraje expedito se caracteriza por ser un procedimiento más breve, conducido por un árbitro único que dicta un laudo con las mismas características de los laudos dictados en el procedimiento arbitral ordinario.

En Venezuela el arbitraje expedito ha sido definido por el Dr. James Otis Rodner como aquel en que:

² Juan Fernando Galofre Cessareo, "Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, ¿una efectiva codificación de la nueva lex mercatoria?", *Foro de Derecho Mercantil*, 32 (2011): 128. "...los comerciantes buscan ser gobernados por la experiencia del comercio en sí, antes que por leyes rígidas, como las nacionales".

³ José Rafael Bermúdez y Claudia Madrid Martínez, "Usos y costumbres: Más allá del arbitraje y la lex mercatoria", en *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, volumen I. Caracas: UCAB-ULA-UCV-Universidad Monteávila-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012: 295. <http://ve.ontier.net/ja/bermudezy-madrid-martinez-usos-mercantiles.pdf>. "...es a través del arbitraje que los comerciantes van creando su propio sistema regulatorio". Véase también Bernardo Cremades Sanz-Pastor, "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Themis Revista de Derecho*, 11 (1988): 10.

⁴ Javier Tarjuelo, "A New Trend in International Arbitration", *Dispute Resolution International*, 2 (2017): 105. El autor siguiendo a Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Kluwer Law International, 2015), indica que "la necesidad de laudos rápidos y eficaces puede estar retrotrayendo el arbitraje moderno a sus raíces, ya que, históricamente, las decisiones sobre litigios entre comerciantes solían dictarse en un plazo muy breve". (Traducción libre para este estudio)

⁵ También conocido como arbitraje abreviado, arbitraje sumario o arbitraje acelerado según se le haya determinado nominalmente en el reglamento del centro de arbitraje del que se trate. La nomenclatura también varía dependiendo del autor. Hemos observado que algunos autores que citamos en partes posteriores de este estudio se refieren a la figura -de modo más informal- bajo el nombre de *fast track arbitration*, expresión que ha sido adoptada oficialmente por el *Asian Arbitration Centre*. En aras de la uniformidad, optamos por emplear la terminología "arbitraje expedito" para hacer referencia a esta modalidad de procedimiento arbitral.

...por acuerdo entre las partes o por la aplicación de las reglas de un centro de arbitraje, el procedimiento se abrevia mediante la eliminación de ciertos actos procesales, el recorte en algunos plazos, inclusive el plazo para dictar el laudo, y el proceso se lleva a cabo con un solo árbitro en lugar de usar un cuerpo colegiado de árbitros. El resultado de un procedimiento expedito, al igual que un procedimiento ordinario, es un laudo que resuelve la controversia y agota la jurisdicción arbitral⁶.

Los arbitrajes expeditos son, como señalamos en la introducción, una respuesta a las exigencias del comercio internacional. También son una solución para problemas como el creciente número de procedimientos en curso ante instituciones arbitrales en todo el mundo⁷, el aumento de duración de los procedimientos y sus elevados costos⁸.

La respuesta ante estas necesidades procedimentales del arbitraje ha sido la creación de normas específicamente dirigidas a regular los procedimientos expeditos en los centros de arbitraje más reconocidos del mundo.

Los principales criterios que toman en cuenta los reglamentos de centros de arbitraje para que un arbitraje sea expedito son la cuantía de la controversia; el acuerdo de las partes de recurrir a un procedimiento abreviado y la suficiente urgencia en la resolución del conflicto⁹.

La primera institución en establecer un procedimiento arbitral expedito fue la *Geneva Chamber of Commerce*¹⁰ en 1992 y progresivamente otros centros de arbitraje han creado sus propias normas para regular esta modalidad de arbitraje¹¹.

Por ejemplo, la *International Chamber of Commerce* ha establecido una serie de normas dedicadas al desarrollo del arbitraje expedito. El artículo 30 de las *ICC Rules* (2021) dispone que:

1. Al acordar someterse al arbitraje según el Reglamento, las partes aceptan que este Artículo 30 y las Reglas de Procedimiento Abreviado establecidas en el Apéndice VI (conjuntamente, las "Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado") prevalecerán sobre los términos del acuerdo de arbitraje que sean contrarios a éstas.
2. Las Reglas de Procedimiento Abreviado establecidas en el Apéndice VI serán aplicables

⁶ James Otis Rodner, El arbitraje abreviado bajo las Reglas CNUDMI (UNCITRAL); el arbitraje sumario; el arbitraje digital", *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, 2 (2022): 106. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AVANI/2/AVANI_2021_2_99-116.pdf.

⁷ *Ibid.*, 100.

⁸ Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part one)", *Practical Law Arbitration Blog*, Thomson Reuters (2021). <http://arbitrationblog.practicallaw.com/expedited-arbitration-autonomy-and-due-process-part-one/>. Véase también Carsten van de Sande, "Expedited Arbitration Proceedings Might Have Side Effects", *Börsen-Zeitung*, 40 (2017): 13. https://www.hengeler.com/fileadmin/user_upload/PDF/Artikel/Boersen-Zeitung_25.02.2017_Schiedsverfahren.pdf.

⁹ Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part one)", *ob. cit.*

¹⁰ Actualmente opera bajo el nombre *Swiss Arbitration Centre* que, según veremos más adelante, también tiene normas que regulan procedimientos expeditos.

¹¹ Irina Tymczyszyn, "Using fast track arbitration for resolving commercial disputes", *Corporate and Commercial Disputes Review*, 6 (2018): 27. <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/corporate-and-commercial-disputes-review---issue-6-pdf.pdf?revision=594f30fc-5ce2-48ae-b377-ddc0ec384345&revision=5248360961277387904>.

cuando: a) la cuantía de la controversia no supere el límite fijado en el Artículo 1(2) del Apéndice VI en el momento de la comunicación a la que se hace referencia en el Artículo 1(3) de dicho Apéndice; o b) las partes así lo acuerden.

3. Las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado no serán aplicables si:

- a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento se celebró con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado;
- b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado; o
- c) la Corte, a solicitud de una parte antes de la constitución del tribunal arbitral o de oficio, determina que resulta inapropiado aplicar las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado de acuerdo con las circunstancias del caso¹².

El procedimiento de arbitraje expedito está desarrollado minuciosamente en el Apéndice VI de las *ICC Rules*. Un aspecto importante a considerar es que, bajo las *ICC Rules* el procedimiento expedito será conducido -en principio- por un árbitro único, con independencia de lo que hayan establecido las partes en el compromiso arbitral¹³.

También la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) ha elaborado un conjunto de reglas relacionadas con el arbitraje expedito que cristalizaron en el Reglamento de Arbitraje Acelerado de UNCITRAL, publicado en 2021.

Según el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje Acelerado de UNCITRAL, el procedimiento expedito sólo tendrá lugar cuando las partes lo acuerden expresamente¹⁴.

Junto a su Reglamento de Arbitraje Acelerado, la UNCITRAL ha publicado una nota explicativa sobre estas normas. Allí se define al arbitraje acelerado o expedito como “un procedimiento simplificado y sencillo que se desarrolla en un período de tiempo abreviado y que permite a las partes poner fin definitivamente a una controversia ahorrando costos y tiempo”¹⁵.

¹² Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje. Reglamento de Mediación*, Cámara de Comercio Internacional, Londres, 2022: 37.
<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>.

¹³ Lo que guarda directa conexión con la norma del artículo 30.1 de las *ICC Rules*. Adicionalmente, téngase en cuenta el comentario general de Matilde Flores, “Expedited Procedure under the 2017 ICC Rules: Does the ICC’s Priority for Efficiency and Cost Effectiveness Come at the Expense of the Parties’ Rights?”, *Kluwer Arbitration Blog* (2019). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/13/expedited-procedure-under-the-2017-icc-rules-does-the-iccs-priority-for-efficiency-and-cost-effectiveness-come-at-the-expense-of-the-parties-rights/>: “Estas nuevas disposiciones se encuentran entre las innovaciones más notables del Reglamento de la CCI de 2017, y forman parte de los esfuerzos de la CCI por aumentar la eficiencia y la transparencia de los arbitrajes. Sin embargo, **algunos aspectos de estas Disposiciones pueden hacer que sus usuarios se pregunten si la CCI ha logrado el equilibrio adecuado entre tiempo y rentabilidad, por un lado, y garantías procesales y otros derechos sustantivos, por el otro**”. (Traducción libre para este estudio / Resaltado añadido)

¹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021). Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI. Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado*, Naciones Unidas, Viena, 2021. El artículo 1 es del siguiente tenor: “Cuando las partes hayan acordado que las controversias entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI (“el Reglamento de Arbitraje Acelerado”), tales controversias se resolverán de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su versión modificada por el presente Reglamento de Arbitraje Acelerado y con sujeción a las modificaciones que las partes puedan acordar”.

¹⁵ Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ob. cit., 48.

La nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de UNCITRAL reconoce las complejidades y el correcto balance que debe existir entre procedimientos arbitrales expeditos y garantías procesales. En efecto, la nota indica que el Reglamento logra un equilibrio entre la eficiencia del proceso arbitral y la necesidad de preservar las garantías procesales y el trato equitativo¹⁶.

Por su parte, las *Rules of Expedited Arbitrations* de la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), cuya última versión entró en vigor a partir del 1 de enero de 2023, siguen, al igual que sus versiones previas, una posición similar a la del Reglamento de Arbitraje Acelerado de UNCITRAL¹⁷.

Aunado a ello, la SCC sugiere una cláusula modelo¹⁸ mediante la cual las partes facultan a la SCC para decidir si aplicar las Reglas de Arbitraje Acelerado o las reglas de arbitraje estándar¹⁹.

Las *SIAC Rules* (2016) del *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) regulan el procedimiento arbitral expedito en el artículo 5, en forma similar a las *ICC Rules*. Además también recomienda una cláusula modelo para arbitrajes expeditos²⁰.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, "SCC Expedited Arbitration Rules", 2023, 3. Disponible en https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-12/scc_expedited_arbitration_2023_english.pdf. "Under any arbitration agreement referring to the Rules for Expedited Arbitrations of the SCC Arbitration Institute or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an emergency arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties".

¹⁸ La cláusula combinada, que establece la aplicación del Reglamento de Arbitrajes Simplificados como primera opción es del siguiente tenor: "Toda disputa, controversia o demanda que derive del presente contrato o que guarde relación con éste, o con la ruptura, extinción o invalidez del mismo, será resuelta definitivamente por medio de Arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (la "CCE"). Resultará aplicable el Reglamento de Arbitrajes Simplificados, **salvo que la CCE, a su discreción, determine, tomando en consideración la complejidad del caso, la cuantía de la disputa y otras circunstancias, que se aplicará el Reglamento de Arbitraje**. En este último caso, la CCE decidirá asimismo si el Tribunal Arbitral estará compuesto por uno o tres árbitros". (Resaltado añadido) Ver Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, "Model Clause", disponible en <https://sccarbitrationinstitute.se/en/model-clauses/model-clause-spanish>.

¹⁹ Ver Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part one)", ob. cit.

²⁰ La cláusula modelo sugerida por el SIAC es la siguiente: "Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC") in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre ("SIAC Rules") for the time being in force, which rules are deemed to be incorporated by reference in this clause. The parties agree that any arbitration commenced pursuant to this clause shall be conducted in accordance with the Expedited Procedure set out in Rule 5.2 of the SIAC Rules. The seat of the arbitration shall be... The Tribunal shall consist of one arbitrator. The language of the arbitration shall be..." Ver en Singapore International Arbitration Centre, "Expedited Procedure Model Clauses", disponible en <https://siac.org.sg/expedited-procedure-model-clauses>.

En resumen, la tendencia encaminada hacia la disminución de costos y duración de los arbitrajes ha sido adoptada por los reglamentos de los principales centros de arbitraje del mundo figurando entre ellos, además de los que hemos mencionado, los de ICDR²¹, HKIAC²², ACICA²³, DIS²⁴ y *Swiss Arbitration Centre*²⁵.

1.2. Arbitraje expedito en Venezuela

El arbitraje expedito no es extraño en Venezuela. De hecho, los principales reglamentos de los centros de arbitraje que operan en el país contienen disposiciones sobre arbitraje expedito. Estas disposiciones, en mayor o menor grado, están influenciadas por los reglamentos de los centros de arbitraje a los que nos hemos referido antes.

Antes de referirnos a las principales disposiciones de los reglamentos de centros de arbitraje nacionales sobre arbitraje expedito, formularemos algunas consideraciones preliminares sobre la constitucionalización del arbitraje en el país y la comprensión de los procedimientos expeditos.

1.2.1. La constitucionalización del arbitraje en Venezuela y la comprensión del arbitraje expedito

La interpretación sistemática y armónica de la Constitución venezolana supone tener en cuenta la estructura del sistema de justicia, dentro del cual está el arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo 253 *eiusdem*. Aún más, esa interpretación sistemática de la Constitución implica tomar en consideración el principio pro arbitraje, consagrado en el artículo 258.

La constitucionalización del arbitraje reafirma el principio de libertad de los particulares que les permite gestionar sus negocios y vida jurídica realizando todo aquello que no les esté vedado por la ley. Esta libertad no es una concesión, sino que siempre ha pertenecido al hombre y el pacto social le ha permitido conservarla.

²¹ El *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) se rige por las *Rules of International Dispute Resolution Procedures*, vigentes desde el 1 de marzo de 2021. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar.

²² El *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) regula el arbitraje expedito en *Administered Arbitration Rules* (2018). https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules_English.pdf. Aunque el procedimiento expedito ha sido establecido en sus reglamentos desde 2008.

²³ El *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA) regula los procedimientos arbitrales expeditos en sus *ACICA Expedited Arbitration Rules*, vigentes desde el 1 de abril de 2021. https://acica.org.au/wp-content/uploads/2022/11/ACICA_Rules_2021-WFF7.pdf.

²⁴ El *German Arbitration Institute* (DIS) regula el procedimiento expedito mediante las *DIS Arbitration Rules*, en vigor desde el 1 de marzo de 2018. https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Arbitration-Rules_012023.pdf.

²⁵ El *Swiss Arbitration Centre* regula el procedimiento expedito a través de las *Swiss Rules of International Arbitration* (2021). <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/07/Swiss-Rules-2021-EN.pdf>. Véase Lucja Nowak y Nata Ghibradze, "The ICC Expedited Procedure Rules – Strengthening the Court's Powers", *Kluwer Arbitration Blog* (2016). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/13/reserved-for-13-december-the-icc-expedited-procedure-rules-strengthening-the-courts-powers/>.

En el seno de esa libertad se consolida el principio de autonomía de voluntad, también de raigambre constitucional, que se concreta en diferentes aspectos de la vida del hombre. Entre esos aspectos se incluye, desde luego y conforme con la Constitución, la gestión del conflicto privado.

La gestión del conflicto implica que los particulares pueden resolver sus disputas empleando el medio que consideren más adecuado. A excepción de las materias excluidas expresamente por el legislador, rige el principio de libertad.

Si las partes consideran que la mejor manera de resolver sus disputas es mediante arbitraje expedito, se trata de una decisión privada y poco ayudaría la intervención estatal. Este es el núcleo volitivo del arbitraje del que deriva la libertad para designar árbitros y estructurar el procedimiento²⁶.

Todos los medios de solución de disputas tienen características particulares. Dentro de ellos existen modalidades distintas. ¿Es acaso reprochable el procedimiento arbitral porque los lapsos procesales establecidos por el reglamento de la institución arbitral no son idénticos a los del CPC?

Desde luego la respuesta debe ser negativa. En efecto, el estatuto que rige a los jueces les obliga a apegarse irrestrictamente a las normas imperativas, sin que puedan alterar en forma alguna la consagración positiva de los procedimientos judiciales²⁷.

En contraste, los árbitros gozan de mayor libertad debido a las exigencias y necesidades concretas de las partes²⁸. Aunque, como hemos hecho notar en este breve estudio, ello no significa que puedan apartarse de las garantías procesales constitucionales esenciales del Estado de derecho.

Luce apropiado recordar que "aunque en la ley positiva existe la posibilidad de las prórrogas, **la abreviación** o la reapertura de las dilaciones judiciales, estas son solo posibles en cuanto la ley las autorice"²⁹. (Resaltado añadido)

Mientras que en los arbitrajes el acuerdo de las partes tiene preeminencia y permite la modificación de estos aspectos con fundamento en la voluntad de las partes que recurren a este medio de solución de controversias³⁰.

²⁶ Véase José Pedro Barnola et al., "La tramitación del procedimiento arbitral", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013: 305.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

²⁹ *Ibíd.*, 316.

³⁰ Ídem.

El carácter convencional del arbitraje y su flexibilidad hacen que tengamos que replantearnos ciertas nociones que tienen rígidos tratamientos en sede judicial. Una de ellas, de especial relevancia para estas anotaciones, es la de lapso procesal.

El lapso procesal arbitral no tiene naturaleza de orden público. Al contrario, está dotado del mismo carácter flexible y disponible que el arbitraje en general. Atributo que se debe a su origen convencional, por lo que es "susceptible de modificación por el mutuo acuerdo de las partes, aún durante el procedimiento arbitral"³¹.

Bajo esta lógica, al condenar el procedimiento arbitral expedito por no ajustarse a los estándares tradicionales de resolución de disputas de los arbitrajes regulares o de los tribunales judiciales, se debilita al principio constitucional pro arbitraje.

De seguidas veremos algunas de las normas claves sobre procedimientos arbitrales expeditos contenidas en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas de 2022; el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de 2020 y el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo de 2020.

1.2.2. Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas 2022

El Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas establece el arbitraje expedito en el Libro IV, bajo la denominación de procedimiento abreviado. El artículo 84 del RCACC establece lo siguiente:

Quando el monto estimado de la solicitud de arbitraje no exceda de cincuenta mil dólares estadounidenses (USD 50.000,00) o su equivalente en bolívares según el ordenamiento jurídico vigente a la fecha de su presentación, el arbitraje se regirá por las normas previstas en este libro.

Esta norma es similar al artículo 30 de las *ICC Rules*. Sobre ellas se ha comentado que el hecho de que el arbitraje expedito opere automáticamente, no excluye la posibilidad de que las partes establezcan en su acuerdo de arbitraje -o incluso una vez que la disputa ha surgido- que la controversia sea resuelta mediante el procedimiento ordinario³².

Aunque cuando se cumple el presupuesto de la norma se active automáticamente el procedimiento expedito, los árbitros se reservan la facultad de decidir si la controversia es susceptible de ser resuelta mediante esta modalidad³³.

³¹ Ídem.

³² Javier Tarjuelo, "A New Trend...", 109.

³³ Ídem. En efecto, "las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado no se aplicarán si la Corte de la CCI, a instancia de parte, antes de la constitución del tribunal arbitral, o de oficio, determina que en las circunstancias del caso no procede aplicarlas".

La forma en la que los distintos centros de arbitraje domésticos e internacionales regulan el arbitraje expedito, esto es, mediante cláusulas automáticas o cláusulas optativas³⁴, no impide que sean las partes las que determinen definitivamente si el arbitraje será expedito u ordinario³⁵.

Asimismo, el criterio de los árbitros con base a las particulares características de la controversia resulta determinante al momento de ir a un arbitraje expedito³⁶.

1.2.3. Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de 2020

El Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje se refiere al arbitraje expedito en el Título III. El tratamiento de la aplicabilidad del arbitraje expedito ha sido formulado en una cláusula opcional, contenida en el artículo 46.1 del reglamento que indica:

Quando se trate de controversias que no excedan el monto establecido en el Apéndice de Costos y Honorarios vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje y en las cuales no estén involucrados más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado, se aplicará el Procedimiento Expedito previsto en este título, salvo acuerdo en contrario de las partes. El Procedimiento Expedito también puede ser aplicado a controversias de mayor cuantía o con multiplicidad de partes cuando éstas así lo convengan.

Se trata de una norma dispositiva, que establece una cláusula optativa de arbitraje expedito cuando las controversias no excedan el monto establecido para el momento en que se introduce la solicitud de arbitraje.

³⁴ Fatih Serbest, "Fast-Track Arbitration - Should it be Encouraged in Int. Commercial Disputes?", *Conference: Reopening the Silk Road in the Legal Dialogue between Turkey and China*, (Estambul: Mamara University, 2012): 313. https://www.serbest.av.tr/dosyalar/dosya_12305_Fast_Track_Arbitration_Should_it_be_Enco.pdf. Siguiendo a Serbest: "Existen dos enfoques diferentes para la aplicabilidad de los procedimientos acelerados: 1) Opt -out y 2) Opt - in. Esta división es el resultado directo del esfuerzo de los centros de arbitraje por desarrollar e incorporar procedimientos expeditos en la cláusula compromisoria. Las instituciones arbitrales han dedicado una importante labor de planificación previa al contrato y han establecido métodos de filtrado de controversias adaptados a cada tipo y tamaño de litigio". (Traducción libre para este estudio)

³⁵ Javier Tarjuelo, "A New Trend", 110. "...las partes tienen la oportunidad de acordar la aplicabilidad o no de las normas del procedimiento acelerado independientemente del *modus operandi* (automático o electivo) y del umbral establecido por cada institución al principio".

³⁶ Deborah J. Hylton, "Expedited Arbitration: Where Practicality Meets Principle", *Business and Corporate Litigation Committee Newsletter* (2020). https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/committee_newsletters/bcl/2020/202002/fa_3/. Como indica acertadamente la autora: "Para decir lo obvio, los procedimientos acelerados se aplican mejor cuando las compensaciones inherentes son apropiadas para los asuntos en cuestión. Los asuntos que se adaptan bien a los procedimientos acelerados pueden incluir las primeras etapas o las cuestiones de cierre en una relación más larga, incluso en algunas situaciones de creación de valor mutuo en las que ambas partes están motivadas para obtener certeza y seguir adelante. Los asuntos de alto riesgo, como las amenazas existenciales y las amplias repercusiones sobre numerosas personas, probablemente no se adaptan bien a la solución de compromiso". (Traducción libre para este estudio) En sentido similar observa Carsten van de Sande, *ob. cit.*, refiriéndose a las partes que: "Si no quieren comprar gato por liebre, antes de acordar una cláusula de arbitraje de la CCI las partes contratantes tendrán que considerar cuidadosamente si las disputas que puedan surgir del contrato son adecuadas para ser decididas por un solo árbitro, o si sería mejor optar por no aplicar el Reglamento de Procedimiento Abreviado".

Lo que indica, con meridiana claridad, que el CEDCA ha querido que las partes puedan decidir llevar su caso, independientemente de la cuantía, mediante un procedimiento arbitral ordinario salvo convención contraria, haciendo una clara excepción en los casos de arbitraje complejo³⁷.

1.2.4. Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo de 2020

El Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo³⁸ regula el procedimiento abreviado en el libro IV. En concreto, el artículo 110 se refiere a los supuestos de aplicación del procedimiento arbitral abreviado. Tales supuestos son:

1. Cuando las controversias no excedan el monto establecido en el Anexo I vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje.
2. Cuando no esté presente más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
3. Cuando las partes no hayan pactado expresamente su no aplicación.
4. Cuando las partes convengan su aplicación en controversias de mayor cuantía a la contenida en el Anexo I.

La regulación del procedimiento arbitral abreviado en este reglamento se rige por una cláusula automática. Según la cual, al cumplirse el supuesto de hecho normativo, se activará la consecuencia jurídica que es la tramitación del arbitraje mediante un procedimiento abreviado.

De los párrafos siguientes del mismo artículo 110 se deduce el poder del Comité Ejecutivo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo.

Tal poder se refleja en caso de que una de las partes no quiera que el procedimiento sea abreviado, deberá manifestarlo en la solicitud de arbitraje o en la contestación. El Comité Ejecutivo tomará la decisión definitiva a este respecto.

Además el Comité Ejecutivo de este centro de arbitraje, está facultado por el reglamento para acordar la no aplicación del procedimiento arbitral abreviado atendiendo a las particularidades de cada caso.

³⁷ Véase James Otis Rodner, "El arbitraje complejo" en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013): 319 y ss.

³⁸ La presentación y explicación de varias de las normas de este reglamento puede consultarse en David Moucharfiéh Parra, "Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo", en José Getulio Salaverría Lander (Coord.), *XII Jornada Anibal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2022): 93-108.

En cuanto al número de mediadores y árbitros, el artículo 110 establece que el procedimiento abreviado deberá realizarse -como regla³⁹ solo con un mediador y un árbitro único con independencia de lo convenido por las partes en el compromiso arbitral⁴⁰.

Aunque es posible que el Comité Ejecutivo acuerde, en situaciones excepcionales y previa audiencia de las partes, establecer un tribunal compuesto de tres árbitros. Esto deberá hacerlo teniendo en cuenta las particularidades, exigencias y complejidad de cada caso.

2. Debido proceso y arbitraje

2.1. Debido proceso en el arbitraje doméstico

El arbitraje en Venezuela tiene base constitucional en los artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999 que establecen el principio pro arbitraje⁴¹. También la jurisprudencia⁴² ha reconocido al arbitraje como parte integrante del sistema de justicia y el valor del principio pro arbitraje.

El hecho de que en el arbitraje se sustraiga la jurisdicción del poder judicial y la ejerzan árbitros no implica un divorcio entre las disposiciones fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano. Al contrario, para que el laudo arbitral sea imperturbable y goce del efecto vinculante que le caracteriza es necesario que se cumplan ciertos parámetros que sustenten su validez⁴³.

Por otra parte, el artículo 26 de la Constitución de 1999 consagra el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, sin hacer distinción alguna respecto de la naturaleza del órgano que ejerce la función jurisdiccional:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

³⁹ Aunque, como lo indica expresamente el referido artículo: "Excepcionalmente, atendiendo a las circunstancias en concreto de cada caso, el Comité Ejecutivo previa audiencia de las partes, podrá acordar la designación de un Tribunal Arbitral de tres árbitros".

⁴⁰ Una norma similar puede encontrarse en el artículo 2.1 del Apéndice VI del Reglamento de Arbitraje de la *International Chamber of Commerce*: "La Corte podrá, no obstante cualquier disposición contraria del convenio arbitral, nombrar un árbitro único".

⁴¹ Véase Adriana Vaamonde, prólogo a *El ABC del arbitraje comercial*, de Luis Alfredo Araque Benzo (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010), 3. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf>.

⁴² Un estudio completo sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia puede ser consultado en Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira Santana, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, 1 (2020): 323-365.

⁴³ De esta manera se minimiza la intervención judicial en la eficacia jurídica y la ejecución material de los laudos arbitrales, cuyo único cauce jurídicamente admitido es el recurso de nulidad previsto en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Por ello, la tutela jurisdiccional eficaz debe ser entendida como un derecho que puede ser garantizado tanto por tribunales judiciales como arbitrales. De allí que se cuestione la clásica terminología de tutela judicial efectiva, que solo toma en cuenta a los llamados tribunales ordinarios⁴⁴.

Enseguida el artículo 27 de la Constitución de 1999 indica que:

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.

La comprensión necesaria de la constitución como sistema requiere la interpretación conjugada y armónica de sus disposiciones. Es por eso que, junto a las normas antes mencionadas, se debe considerar el derecho al debido proceso establecido en el artículo 49 de la Constitución de 1999.

Por supuesto que del derecho al debido proceso derivan otros que es menester tomar en cuenta a los efectos de este estudio. A grandes rasgos el derecho al debido proceso se divide en:

1. Derecho a la defensa
2. Presunción de inocencia
3. Derecho a ser oído
4. Derecho al juez natural
5. Derecho a no confesión contra sí mismo
6. Principio de legalidad
7. Principio Non bis in ídem

Estos principios, que constituyen garantías constitucionales procesales fundamentales en el Estado de derecho⁴⁵, componen el acervo del derecho humano al debido proceso y son de obligatorio cumplimiento en toda clase de procesos jurisdiccionales.

Como afirma Rengel Núñez, estos principios "ineludiblemente rigen también en los procedimientos llevados ante tribunales arbitrales en ejercicio de la jurisdicción arbitral prevista en la Constitución"⁴⁶. De manera que la observancia del debido proceso es obligatoria para los árbitros.

⁴⁴ Véase Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y constitución: El arbitraje como derecho fundamental" en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005).

⁴⁵ María Candelaria Domínguez Guillén, "La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Privado*, 31 (2016): 239. Tal y como afirma la profesora Domínguez Guillén: "...no obstante la flexibilidad que se predica respecto del procedimiento arbitral, el mismo debe contar con las garantías procesales necesarias para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de quienes deciden acudir a tal figura sustitutiva de la jurisdicción ordinaria, por expreso mandato constitucional aplicable incluso al arbitraje dado que se trata de una cláusula intrínseca a todo Estado de derecho".

⁴⁶ Pedro Rengel Núñez, "Arbitraje y garantías constitucionales procesales", *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, 2 (2021): 163-168.

Esto evita la injerencia indebida del poder judicial en la autonomía de la institución arbitral y al mismo tiempo aumenta la predictibilidad de las decisiones en materia comercial. Recordemos que aunque un arbitraje sea doméstico o nacional no está exento de una potencial solicitud de exequátur en país extranjero⁴⁷.

El arbitraje debe ir acompañado del respeto a las garantías procesales constitucionales. Tal como afirma Rengel Núñez:

...ni la autonomía del Derecho Arbitral, ni la independencia de la jurisdicción arbitral respecto a la de los tribunales judiciales, ni la limitada revisión judicial a la que están sujetos los laudos arbitrales, quiere decir que el Derecho Arbitral y la justicia y jurisdicción arbitral, constitucionalmente consagradas, tengan pretensiones de estar al margen de la justicia y jurisdicción constitucional. Eso sería impensable en Venezuela y me temo que en el resto del mundo⁴⁸.

No partir del respeto a las garantías procesales constitucionales iría en detrimento de los atributos propios del arbitraje, que por su buen desarrollo en Venezuela y el resto del mundo se ha consolidado como un medio adecuado de resolución de conflictos, especialmente comerciales.

En efecto, la flexibilidad característica del arbitraje no puede nunca tomar la forma de:

...una violación al derecho a la defensa, ni la producción de sorpresas en la introducción de pruebas sin que la otra parte tenga el derecho a contradecirlas. No debe atraparse desprevenida a ninguna de las partes mediante descubrimientos o decisiones procedimentales o sustantivas imprevistas, desbalanceadas o incomprensibles...⁴⁹

De lo anterior se deduce que el respeto al debido proceso es un deber tanto de tribunales judiciales como arbitrales y por tanto debe procurarse su garantía en ambas sedes.

De hecho, los arbitrajes administrados por instituciones arbitrales se rigen por reglamentos que no coliden en forma alguna con las normas imperativas de la Ley de Arbitraje Comercial y que "establecen normas supletorias que coadyuvan a ordenar el procedimiento y asegurar las garantías de un debido proceso"⁵⁰.

⁴⁷ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, (Wolters Kluwer Law & Business: 2014): 3179.

⁴⁸ Pedro Rengel Núñez, "Arbitraje y garantías constitucionales procesales", 158.

⁴⁹ Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, (Caracas: Legis, 2011): 101.

⁵⁰ Ricardo Henríquez La Roche, "La tramitación del procedimiento arbitral", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013): 285.

Cuando tomamos en cuenta la contracción del procedimiento que se produce en los arbitrajes expeditos, llaman especialmente la atención el derecho a la defensa y el derecho a ser oído. Ambos derechos, podría pensarse, son susceptibles de ser vulnerados en un arbitraje expedito.

Una clave para comprender el correcto balance entre los arbitrajes expeditos, la autonomía de la voluntad y el debido proceso es que la fuerza vinculante de los reglamentos de los centros de arbitraje “deviene de la voluntad de las partes cuando ellas señalan esa entidad en el compromiso o cláusula arbitral a los fines de tramitar el conflicto de intereses”⁵¹.

Si en los arbitrajes regulares se debe tomar muy en cuenta el respeto al debido proceso, aún más debe enfatizarse este asunto en los arbitrajes expeditos⁵². Sobre todo porque la eficacia de los procedimientos arbitrales expeditos “reside en última instancia en los procedimientos de ejecución y anulación ante los tribunales nacionales”⁵³.

2.2. Debido proceso en el arbitraje internacional

La definición de debido proceso en el arbitraje internacional es de contenido difuso y se basa en principios de justicia procesal. De hecho, los principales centros de arbitraje no utilizan directamente la expresión debido proceso⁵⁴.

Los países que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL y los que no lo han hecho, así como los reglamentos de las principales instituciones de arbitraje del mundo, coinciden en que el debido proceso tiene -al menos- dos elementos básicos: el derecho a ser tratado con justicia y el derecho a tener oportunidad razonable de presentar su caso y hacer frente al de su contraparte⁵⁵.

De lo anterior derivan varios derechos que se vinculan al debido proceso en el arbitraje internacional. Entre ellos se encuentra el derecho a ser oído, el derecho a presentar argumentos y/o evidencia y el derecho a ser juzgado por un árbitro imparcial e independiente⁵⁶.

⁵¹ Ídem.

⁵² Irene Welser y Christian Klausegger, “Fast Track Arbitration: Just fast or something different?”, *Austrian Arbitration Yearbook* (2009): 267. https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag_Welser_2009.pdf.

⁵³ Gary B. Born y Jonathan W. Lim, “AQZ v ARA: Singapore High Court Upholds Award Made under SIAC Expedited Procedure”, *Kluwer Arbitration Blog* (2015). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/09/aqz-v-ara-singapore-high-court-upholds-award-made-under-siac-expedited-procedure/#:~:text=The%20Singapore%20High%20Court's%20decision,for%20challenge%20of%20the%20award>.

⁵⁴ Cfr. Simon Sloane y Emily Wyse Jackson, “Due Process and Procedural Irregularities: Challenges”, en *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, (Londres: Law Business Research Ltd., 2021): 59.

⁵⁵ *Ibid.*, 60.

⁵⁶ *Ibid.*, 60-64.

Una de las normas que incide particularmente en el debido proceso es la del artículo V de la Convención de Nueva York (CNY), que establece las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales a instancia de la parte contra la cual se invoca la decisión.

La parte deberá comprobar que se ha producido alguno de los supuestos previstos en el artículo V de la CNY⁵⁷. Destaca especialmente el artículo V.1.b) que establece que para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral es necesario que la parte contra la cual se invoque el laudo pruebe ante la autoridad competente del Estado receptor:

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...⁵⁸

Por lo tanto, los árbitros deberán tener presentes los principios básicos derivados del debido proceso en el sentido de hacer cumplir, mediante el ejercicio de su autoridad, los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes⁵⁹.

3. El equilibrio entre arbitraje expedito y debido proceso

El arbitraje expedito es relativamente novedoso y presenta retos particulares. Entre ellos, el correcto equilibrio entre la velocidad y costos del procedimiento, además de algunos elementos fundamentales del arbitraje tales como el respeto al debido proceso y la autonomía de voluntad⁶⁰.

Con lapsos procesales reducidos los litigantes tienen menos tiempo para preparar sus casos, lo que implica que quizá en algunas oportunidades no se realice una correcta exposición del caso de una de las partes⁶¹.

⁵⁷ Naciones Unidas, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York: 2015. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>. a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o 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; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o 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 arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

⁵⁸ Naciones Unidas, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York (1958): 9-10. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

⁵⁹ Bernardo Cremades, "The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration", *Arbitraje*, 3 (2016): 667.

⁶⁰ Cfr. Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part one)".

⁶¹ Por este motivo es necesario que se tomen las previsiones necesarias. Las partes deberán cooperar en el proceso, mientras que los árbitros y abogados deberán ser aun más diligentes en un procedimiento más concentrado y exigente.

Además, la disminución de costos y tiempo que ofrece el arbitraje expedito elimina muchas de las incidencias que tendrían lugar en un arbitraje ordinario, lo que podría aparentar una violación del derecho a ser oído⁶².

La mala comprensión del arbitraje expedito podría llevar a la parte inconforme a intentar un recurso de nulidad con base a lo previsto en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial. Especialmente, tomando como fundamento el literal b) de la referida norma que indica:

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.** (Resaltado añadido)

Esta es una norma espejo del artículo V.1.b) Convención de Nueva York. Lo que inmediatamente sugiere que la parte inconforme también podría intentar una solicitud de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral ante el tribunal judicial competente del Estado receptor.

También es posible que en los arbitrajes internacionales la parte inconforme con la decisión arbitral intente conseguir la denegación de reconocimiento y ejecución del laudo con base en el artículo V.1.d) de la Convención de Nueva York⁶³.

3.1. Paralelismos entre el arbitraje expedito y la eficacia de laudos arbitrales

3.1.1. Noble Resources International Ltd. c. Shanghai Good Credit International Trade Co., Ltd

En el caso de la controversia entre Noble Resources International Ltd. y Shanghai Good Credit International Trade Co., Ltd⁶⁴ el acuerdo de arbitraje estableció que el procedimiento SIAC tendría lugar en Singapur, ante un tribunal compuesto por tres miembros y que se aplicarían las *SIAC Rules* vigentes en ese momento.

⁶² Dietmar Czernich, Franco Ferrari y Friedrich Rosenfeld, "Chapter 1: General Report", en *Due Process As A Limit To Discretion In International Commercial Arbitration*, 2 (2020), cit. en Peter J. Pettibone, "Due Process Considerations in Expedited Arbitrations", *Indian Journal of Arbitration Law*, 1 (2021): 181 y ss. http://www.ijal.in/wp-content/uploads/2022/02/10_Due-Process-Consideration-in-Expedited-Arbitrations_PP.pdf.

⁶³ Como lo señaló tempranamente Matilde Flores, "Expedited Procedure under the 2017 ICC Rules: Does the ICC's Priority for Efficiency and Cost Effectiveness Come at the Expense of the Parties' Rights?": "...la cuestión es si permitir que el tribunal de la Corte nombre a un tribunal de tres miembros a su discreción, protege adecuadamente los derechos y el consentimiento de las partes. Gran parte de la respuesta dependerá de la práctica desarrollada por la Corte de la ICC y por los tribunales estatales que tratan los procedimientos de ejecución y anulación. De particular relevancia es la interacción entre las disposiciones y el artículo V(1)(d) del Convenio de Nueva York, que establece como motivo para denegar el reconocimiento de un laudo el hecho de que la composición del tribunal arbitral no se hubiera "ajustado al acuerdo celebrado entre las partes".

⁶⁴ Cfr. Sacchit Joshi y Brijesh Chhatrola, "Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?", *Kluwer Arbitration Blog* (2018) <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/12/expedited-procedure-vis-vis-party-autonomy-enforceable/>.

Noble inició un proceso de arbitraje contra Good Credit y solicitó la aplicación del procedimiento expedito, que implicaría la resolución de la disputa por un árbitro único, a pesar de lo convenido previamente por las partes en el acuerdo de arbitraje.

Good Credit se opuso a esta solicitud y exigió la designación de tres árbitros. A pesar de ello, la solicitud de Noble para aplicar el procedimiento acelerado fue aprobada por el Vicepresidente del SIAC, quien nombró a un árbitro único.

Luego la *Shanghai No.1 Intermediate Court* se negó a reconocer y hacer cumplir el laudo, tomando como fundamento el artículo V.1.d) de la Convención de Nueva York.

La decisión no se enfocó en el procedimiento expedito, sino en que la composición del tribunal no cumplió con el acuerdo de arbitraje de las partes. El Tribunal de Shanghai concluyó que la designación de un único árbitro por parte del SIAC fue contraria al acuerdo explícito de las partes de tener un tribunal colegiado⁶⁵.

3.1.2. AQZ c. ARA

En el caso AQZ c. ARA⁶⁶ los hechos son similares, aunque cambia la forma de obstaculizar la eficacia del laudo, que en este caso fue un recurso de nulidad. También cambia la decisión del tribunal judicial.

En este caso el Tribunal Superior de Singapur rechazó un recurso de nulidad intentado contra un laudo dictado bajo el Procedimiento Acelerado de las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC).

El asunto en disputa fue la venta y compra de carbón indonesio. El objeto de la controversia era si las partes habían celebrado un segundo contrato. El comprador presentó una demanda de arbitraje en virtud de las Reglas del SIAC al día siguiente de la presentación de la demanda, y el procedimiento continuó con la designación de un único árbitro en virtud del procedimiento expedito.

Luego de las audiencias, el árbitro dictó el laudo y el vendedor solicitó la anulación ante el Tribunal Superior de Singapur. El vendedor alegó que la designación de un único árbitro en virtud del procedimiento expedito no estaba en armonía con lo previsto en el acuerdo de arbitraje.

El tribunal rechazó este argumento y decidió que la designación de un único árbitro se adecuaba al acuerdo de arbitraje y que el procedimiento expedito se había llevado a cabo de manera correcta y con arreglo a las reglas aplicables.

⁶⁵ Cfr. James Rogers y Katie Chung, "Summary awards and expedited procedures – Strike out or home run?", *International Arbitration Report*, 10 (2018): 14 y ss. <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/20180416---pdf-file---international-arbitration-report---issue-10.pdf?revision=&revision=4611686018427387904>.

⁶⁶ Cfr. Gary B. Born y Jonathan W. Lim, "AQZ v ARA: Singapore High Court Upholds Award Made under SIAC Expedited Procedure"

3.1.3. El derecho a ser oído en el marco de un arbitraje expedito

El arbitraje expedito modifica algunas etapas procesales en aras de un procedimiento menos costoso y más veloz. Algunos problemas se han planteado al examinar el derecho a ser oído, -como parte del debido proceso- y el arbitraje expedito. En especial en lo relativo a audiencias.

Es común que las audiencias en el arbitraje internacional generen un aumento significativo en el tiempo y costos. Las reglas típicas del arbitraje internacional suelen permitir que cualquier parte solicite una audiencia⁶⁷.

En efecto, el artículo 26.1 de las Reglas de la ICC establece en sentido similar:

Se celebrará una audiencia a solicitud de cualquiera de las partes o, a falta de tal solicitud, si el tribunal arbitral decide oírlas de oficio. Para celebrar una audiencia, el tribunal arbitral convocará a las partes con antelación razonable para que comparezcan ante él en el día y el lugar que determine. El tribunal arbitral podrá decidir, previa consulta a las partes, y atendiendo a los hechos y circunstancias pertinentes del caso, que cualquier audiencia se celebre mediante comparecencia física o de modo remoto por videoconferencia, teléfono u otros medios de comunicación adecuados.

Por su parte, el artículo 17.3 de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL indican que:

Si alguna parte lo solicita en una etapa apropiada del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de las pruebas testificales o periciales, o para alegatos verbales. De no presentarse una solicitud al respecto, el tribunal arbitral será el que decida si deben celebrarse dichas audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de los documentos y de las pruebas que se presenten⁶⁸.

La realización de un procedimiento arbitral expedito modifica -en cierta medida- la manera en que se concretará el derecho de las partes a ser oídas⁶⁹. Aunque esta modificación depende de la forma en que los reglamentos de arbitraje aborden el asunto.

En este sentido, hay reglamentos que otorgan al tribunal arbitral la potestad de decidir cuando es necesario -o no- celebrar una audiencia. Otros reglamentos tienden a permitir que los árbitros controlen o limiten el contenido de las audiencias⁷⁰.

⁶⁷ Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part two)", *Practical Law Arbitration Blog*, Thomson Reuters (2021). <http://arbitrationblog.practicallaw.com/expedited-arbitration-autonomy-and-due-process-part-two/>.

⁶⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021)*, *Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI*, *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado*, Naciones Unidas, Viena, 2021. p. 14.

⁶⁹ Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part two)".

⁷⁰ Por ejemplo, determinando *ex ante* que testigos serán interrogados. Resulta muy útil tomar en consideración planteamientos como los de Deborah J. Hylton, "Expedited Arbitration: Where Practicality Meets Principle", que indica lo siguiente: "Una estrategia sólida y enfocada para la presentación del caso es especialmente importante en un cronograma abreviado. Evalúe dónde las declaraciones de testigos, junto con las oportunidades de contrainterrogatorio, son apropiadas para el caso. Los expertos conjuntos o la conferencia de testigos expertos, también conocidos como "hot-tubbing"... pueden ser una manera muy efectiva en términos de tiempo para abordar problemas técnicos con el tribunal".

Resultan de gran interés las normas que regulan la autoridad procesal de los árbitros. Especialmente aquellas que les permiten decidir únicamente sobre la base documental provista por las partes, sin necesidad de celebrar audiencias. Desde luego esto tiene implicaciones prácticas.

En el caso *CBS c. CBP la Singapore Court of Appeal* consideró que la negativa del tribunal arbitral a sostener una audiencia para examinar testigos solicitada por las partes constituía una violación de la justicia natural. Esta sentencia estableció límites a la autoridad procesal de los árbitros⁷¹.

El ejercicio de la autoridad procesal de los árbitros no puede ser denunciado en el interín del procedimiento arbitral. Por ello, la parte perjudicada decidió intentar un recurso de nulidad contra el laudo arbitral sobre la base del artículo 24(b)⁷² de la *International Arbitration Act* de Singapur⁷³.

La *Singapore Court of Appeal* declaró con lugar el recurso y anuló el laudo. Esto plantea serias interrogantes al ejercicio de la autoridad procesal conferida a los árbitros. Sobre todo en el marco de un procedimiento expedito, en el que la premura podría conducir a decisiones similares.

Por ello, Alexander Uff aconseja – a nuestro juicio de forma acertada – que los tribunales arbitrales deben cuidarse las espaldas y aprovechar los beneficios que ofrecen los avances tecnológicos, celebrando audiencias virtuales en casos análogos sin sacrificar la velocidad del procedimiento⁷⁴.

⁷¹ Joshua Phang y Wong Yan Yee, "CBS v CBP: Appeal Mechanism For Procedural Rulings Infringing Natural Justice?", *Kluwer Arbitration Blog* (2021). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/06/cbs-v-cbp-appeal-mechanism-for-procedural-rulings-infringing-natural-justice/>.

⁷² La norma *in comento* indica lo siguiente: "Despite Article 34(1) of the Model Law, the General Division of the High Court may, in addition to the grounds set out in Article 34(2) of the Model Law, set aside the award of the arbitral tribunal if – (a) the making of the award was induced or affected by fraud or corruption; or (b) **a breach of the rules of natural justice occurred in connection with the making of the award by which the rights of any party have been prejudiced**". (Resaltado añadido)

⁷³ Joshua Phang y Wong Yan Yee, "CBS v CBP: Appeal Mechanism For Procedural Rulings Infringing Natural Justice?"

⁷⁴ Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part two)". Véase también Halil Ercüment Erdem, "Current Issues in Expedited Procedures in Arbitration", *Erdem & Erdem* (2017) <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/current-issues-in-expedited-procedures-in-arbitration>. Ercüment Erdem añade un comentario general indicando que en los procedimientos expeditos "no es necesario redactar el acta de términos de referencia, que es un documento importante en los procedimientos de arbitraje. También hay que destacar que el árbitro goza de una considerable discrecionalidad en cuanto a las medidas procesales que considere apropiadas, como limitar la producción de documentos, los escritos y las pruebas testificales. También puede llevar a cabo audiencias por videoconferencia, o no celebrar audiencia, y dictar una resolución basada en documentos. Si bien estas disposiciones pretenden garantizar la eficacia, deben encontrar un equilibrio entre la voluntad de las partes y sus derechos procesales fundamentales". (Traducción libre para este estudio) También pueden consultarse algunos beneficios de utilizar las videoconferencias en los arbitrajes expeditos en Gabrielle Kaufmann-Kohler y Thomas Schultz, "The Use of Information Technology in Arbitration", *Jusletter*, 5 (2005): 82. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/The-Use-of-Information-Technology-in-Arbitration.pdf>. Siguiendo a Kaufmann-Kohler y a Schultz existen varias formas en que la videoconferencia puede satisfacer las necesidades del arbitraje expedito. En algunas situaciones, las decisiones deben tomarse rápidamente, lo que dificulta la asistencia de todos los participantes necesarios. En estos casos, la mejor opción es permitir su participación a través de la videoconferencia. En otras situaciones, aunque el tiempo de desplazamiento de los participantes podría ser tolerable, la dificultad para encontrar una fecha adecuada para reunirse puede retrasar el proceso. En tales casos, la mejor solución es optar por la videoconferencia para facilitar la reunión. Asimismo, véase Maxi Scherer, "Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework", *Journal of International Law*, volumen 37, número 4 (2020): 3. <https://www.viac.eu/images/COVID19/>

4. Autonomía de la voluntad

Un adecuado balance entre los procedimientos arbitrales expeditos y la voluntad de las partes puede proteger el laudo contra futuros recursos de nulidad y solicitudes de denegación de reconocimiento y ejecución en otros países.

Este respeto podrá ser facilitado o dificultado mediante la técnica empleada en la redacción de normas relativas a procedimientos expeditos en los centros de arbitraje. Los reglamentos que exigen el acuerdo expreso de las partes como presupuesto del procedimiento arbitral expedito no presentan mayor problema.

El asunto se hace más complejo cuando la institución arbitral que conduce el procedimiento se reserva ciertas facultades discrecionales. Esto ocurre en el caso de las *ICC Rules* y de las *SIAC Rules*⁷⁵.

La complejidad puede incrementar cuando el reglamento de arbitraje aplicable establece que los procedimientos arbitrales expeditos serán decididos por un árbitro único, independientemente de lo que hayan convenido las partes en el compromiso arbitral.

Los críticos más severos del arbitraje expedito han indicado que estas normas privan a las partes del derecho surgido del consentimiento explícito entre ellas. Sin embargo, también se debe tomar en cuenta que al someterse a las reglas de arbitraje expedito, están manifestando implícitamente su consentimiento respecto de la aplicación de este tipo de normas⁷⁶.

Es posible reducir la discusión a dos puntos de vista. Tal como han señalado Nowak y Ghibradze respecto de las *ICC Rules*:

1. Por un lado, el arbitraje en su conjunto es una criatura de consentimiento y, por tanto, no debe limitarse la libertad de las partes para diseñar el procedimiento como consideren oportuno. La decisión de las partes en cuanto al número de árbitros es de crucial importancia, especialmente a la luz de la conocida "verdad" de que el arbitraje sólo es tan bueno como los árbitros.
2. Por otra parte, al someter su controversia al Reglamento de la ICC, las partes ya han dado (implícitamente) su consentimiento a los poderes de la Corte de la ICC,

[Maxi_SCHERER_Remote_Hearings_in_International_Arbitration_An_Analytical_Framework_May_2020.pdf](#). Scherer recuerda que las audiencias remotas "no son un fenómeno nuevo en el arbitraje internacional. No sólo la mayoría de las conferencias de gestión de casos y algunas audiencias procesales se celebran a distancia, sino también las audiencias sobre el fondo en ciertos casos. Por ejemplo, las audiencias remotas se utilizan a menudo en procedimientos arbitrales acelerados y de emergencia. Además, no es infrecuente que algunos testigos o peritos declaren por vía remota".

⁷⁵ Alexander Uff, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part one)".

⁷⁶ Matilde Flores, "Expedited Procedure under the 2017 ICC Rules: Does the ICC's Priority for Efficiency and Cost Effectiveness Come at the Expense of the Parties' Rights?". Flores apunta que "las interacciones entre dicho consentimiento implícito y un consentimiento contrario explícito en el acuerdo de arbitraje están pendientes de una aclaración final".

lo que refleja su conocimiento de los mecanismos aplicados en el Reglamento y su confianza en la experiencia y sabiduría de la Corte al aplicarlos⁷⁷.

4.1. Notas sobre jurisprudencia internacional

Antes comentamos un par de sentencias para demostrar los paralelismos que existen entre el arbitraje expedito y la eficacia de los laudos. Debido a su valor emblemático en el foro arbitral internacional, es oportuno analizarlas nuevamente, ahora enfocadas en la autonomía de la voluntad.

En el caso *Noble Resources International Pte. Ltd. c. Shanghai Good Credit International Trade Co., Ltd.* ilustra el rol determinante que juega el criterio de los tribunales judiciales en la interpretación de la autonomía de voluntad de las partes en el arbitraje expedito.

En ese caso, la *Shanghai No.1 Intermediate Court* señaló que los poderes conferidos a los árbitros mediante la Reglas SIAC no facultaban al presidente del SIAC para obligar a las partes a aceptar un procedimiento con un árbitro único y renunciar a su acuerdo explícito de ir a un arbitraje con tres árbitros⁷⁸.

La Corte de Shanghai consideró que el acuerdo de arbitraje de las partes previó un tribunal de tres miembros y que el presidente del SIAC debió ejercer su autoridad procesal solo para nombrar a esos tres árbitros⁷⁹.

En resumen, la Corte se centró en la intención de las partes en el acuerdo de arbitraje y consideró que el presidente del SIAC no actuó correctamente al nombrar un solo árbitro.

Bajo ese razonamiento la Corte de Shanghai decidió negarse a ejecutar el laudo arbitral y la *PRC Supreme People's Court* ratificó esta decisión como parte de su sistema de reportes⁸⁰.

En el caso *AQZ c. ARA* la *High Court of Singapore* tuvo que decidir un asunto similar. No obstante, el razonamiento del tribunal judicial fue favorable debido a su interpretación liberal y comercialmente orientada⁸¹.

En efecto la *High Court of Singapore* concluyó que elegir el procedimiento expedito bajo las *SIAC Rules (2010)* indica la intención de las partes de aceptar el reglamento en su totalidad y no solo una regla individual.

⁷⁷ Lucja Nowak y Nata Ghibradze, "The ICC Expedited Procedure Rules – Strengthening the Court's Powers".

⁷⁸ Véase Sacchit Joshi y Brijesh Chhatrola, "Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?".

⁷⁹ Cfr. Ídem.

⁸⁰ Cfr. Ídem.

⁸¹ Véase Gary B. Born y Jonathan W. Lim, "AQZ v ARA: Singapore High Court Upholds Award Made under SIAC Expedited Procedure". Asimismo, téngase en cuenta Sacchit Joshi y Brijesh Chhatrola, "Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?".

Por ello se ha dicho que el tribunal debe limitarse a evaluar si el presidente del SIAC ejerció su autoridad procesal correctamente al nombrar a los árbitros⁸².

En vista de la posible diversidad de criterios que pueden adoptar los tribunales judiciales del mundo, algunos centros de arbitraje han establecido en sus reglamentos normas profilácticas, que tienden a garantizar la autonomía de la voluntad.

Así lo reflejan las *Swiss Rules*⁸³, las *HKAC Rules*⁸⁴ y las *JCAA Commercial Arbitration Rules*⁸⁵ que sugieren a las partes la modificación del acuerdo arbitral cuando establece que la disputa será resuelta por más de un árbitro. De no hacerlo, la autonomía de la voluntad prevalece al aplicar el procedimiento expedito.

⁸² Véase Sacchit Joshi y Brijesh Chhatrola, "Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?". Existen varios precedentes judiciales acordes con el criterio de la *High Court of Singapore*, entre ellos: *W. Company v. Dutch holding Company* del año 2012 en el que el tribunal indicó que: "Las partes eligieron las Reglas de la SIAC para regir el arbitraje y aceptaron la totalidad de las Reglas de la SIAC, incluido el Procedimiento Abreviado de la Regla 5, junto con los poderes que la Regla reserva al Presidente y al Secretario de la SIAC para administrar y guiar el procedimiento. No existe ninguna excepción a la autonomía de la voluntad de las partes y es precisamente la elección por las partes del Reglamento de la SIAC lo que exige la aceptación de la decisión del Presidente. Podría ser de otra manera si las partes hubieran estipulado que habría 3 árbitros incluso si el procedimiento estuviera bajo el Procedimiento Abreviado, pero no es el caso aquí", p. 65. Ver en https://www.uncitral.org/docs/clout/SGP/SGP_130215_FT.pdf; el caso *Travis Coal Restructured Holdings LLC v. Essar Global Fund Ltd.* en el que la *High Court of Justice of England and Wales* expresó: "En la medida en que EGFL alega que (al menos en ausencia de una facultad expresa) un proceso de juicio sumario por parte de los árbitros equivale necesariamente a una denegación del debido proceso, no acepto tal alegación. Además, no se trata de una cuestión que pueda abordarse en términos generales sin tener en cuenta el caso concreto. La cuestión ante el tribunal en el presente caso es si el procedimiento adoptado por el Tribunal estaba dentro del ámbito de sus facultades, y si era justo. Se trata de una cuestión de fondo, más que de cómo se haya calificado. Depende de los términos del acuerdo de arbitraje y del procedimiento de hecho adoptado por el Tribunal. La disponibilidad o no de procedimientos de juicio sumario en el arbitraje internacional en general es un debate importante, pero no es necesario que el tribunal entre en él". Ver en Jus Mundi, "Judgment of the High Court of Justice of England and Wales [2014] EWHC 251" de fecha 25 de julio de 2014, https://jusmundi.com/en/document/decision/en-travis-coal-restructured-holdings-llc-v-essar-global-limited-now-essar-global-fund-limited-judgment-of-the-high-court-of-justice-of-england-and-wales-2014-ewhc-2510-friday-25th-july-2014#decision_16232. Y también el caso *Siddhi Real Estate Developers v. Metro Cash & Carry India Pvt. Ltd. & Anr.* SCC Bom 623, resuelto en 2014, en el que la *High Court of Judicature at Bombay* señaló: "Los tribunales deberían, en la medida de lo posible, preservar la inviolabilidad de la autonomía de la voluntad de las partes y remitirse al procedimiento de nombramiento acordado entre las partes, conservando al mismo tiempo la facultad discrecional de nombrar al árbitro o árbitros que se consideren adecuados para satisfacer los fines de la justicia. Puede ocurrir que, en un caso determinado, una parte que deba nombrar un árbitro se esté beneficiando de su propio error al no nombrar un árbitro o al cambiar frecuentemente de árbitro. También puede ocurrir que una orden de seguir el procedimiento de nombramiento pueda dar lugar a un estancamiento o que, por el contrario, los intereses de la justicia exijan que no se siga el procedimiento de nombramiento. En todos estos casos, los tribunales no son impotentes para ignorar el procedimiento de designación y nombrar un tribunal independiente al margen del procedimiento de designación. Después de todo, el principio de autonomía de voluntad no es tan sacrosanto como para exigir su cumplimiento incluso ante una clara injusticia". Ver en India Kanoon, <https://indiakanoon.org/doc/22291704/>.

⁸³ Artículo 42.2(b) de las *Swiss Rules* (2021): "If the Arbitration Agreement provides for an arbitral tribunal composed of more than one arbitrator, the Secretariat shall invite the parties to agree to refer the case to a sole arbitrator. If the parties do not agree to refer the case to a sole arbitrator, the fees of the arbitrators shall be determined in accordance with Appendix B (Schedule of Costs), but shall in no event be less than the fees resulting from the hourly rate set out in Section 2.7 of Appendix B". <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2022/07/Swiss-Rules-2021-EN.pdf>.

⁸⁴ Artículo 42.2(b) *HKAC Rules* (2018): "...if the arbitration agreement provides for three arbitrators, HKIAC shall invite the parties to agree to refer the case to a sole arbitrator. If the parties do not agree, the case shall be referred to three arbitrators..." https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules_English.pdf.

⁸⁵ Artículo 86.2 de las *JCAA Commercial Arbitration Rules*: "Notwithstanding Article 86.1, the number of arbitrators shall be three if the Parties so agree. However, the JCAA may invite the parties to agree to a sole arbitrator, having regard to the amount in dispute, the complexity of the case, and other circumstances".

CONCLUSIONES

El crecimiento exponencial del arbitraje impone replantearnos muchas cosas de cara al futuro. Los comerciantes han visto en el arbitraje un medio idóneo para resolver sus disputas y por ello el número de casos administrados por los principales centros de arbitraje del mundo es cada vez mayor.

Una adecuada gestión del conflicto supone que tanto abogados de parte como árbitros realicen un examen previo de la naturaleza del conflicto. No toda controversia es susceptible de ser resuelta mediante un arbitraje expedito.

El arbitraje expedito requiere que el tribunal, las partes y sus abogados comprendan que el procedimiento a seguir estará marcado por un *trade-off*, según el cual las partes renuncian a ciertas etapas del procedimiento a cambio de una solución más rápida⁸⁶.

El mayor desafío es que una mala comprensión de las bondades del arbitraje y su autonomía den lugar al abuso recursos de nulidad que no se corresponden con el tratamiento jurisprudencial que han dado los tribunales nacionales y la jurisprudencia arbitral internacional⁸⁷.

Los principales errores surgen de identificar el procedimiento arbitral regular y el procedimiento expedito sin efectuar un correcto balance de autonomía de la voluntad, debido proceso y celeridad. También puede conducir a importantes errores equiparar el tratamiento judicial y arbitral de las controversias.

El arbitraje expedito supone lapsos reducidos y, en general, una conducción acelerada del procedimiento que podría redundar, según el caso y las normas aplicables, en tomar decisiones sin celebrar audiencias, recurriendo exclusivamente a elementos documentales.

Con base en ello, algunos podrían pensar que los mismos parámetros del laudo arbitral dictado en procedimientos regulares y de las sentencias judiciales deben ser aplicados a los laudos de arbitrajes expeditos.

⁸⁶ Deborah J. Hylton, "Expedited Arbitration: Where Practicality Meets Principle". Esto requiere la colaboración de partes y abogados en los arbitrajes que de no lograrse se traduce en el aumento de costos y la disminución de eficacia del procedimiento arbitral. Así lo ha reflejado la encuesta realizada por el *International Centre for Dispute Resolution* de la *American Arbitration Association* que recoge las respuestas de más de 400 árbitros consultados entre el 10 de febrero de 2015 y el 6 de enero de 2018. Ver en American Arbitration Association, "Arbitrator Survey Finds How Parties and Counsel Increase Costs and Lower Efficiency of Their Cases", 11. https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/AAA251_Arbitrator_Case_Evaluation_Survey_Findings.pdf.

⁸⁷ Véase el interesante análisis en materia probatoria efectuado en Ramón Alvin et al., "La tramitación del procedimiento arbitral", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013: 290 y ss.

Lo anterior es, a todas luces, una contradicción con la celeridad que demandan los usuarios del arbitraje comercial nacional e internacional. En consecuencia, es imperiosa la necesidad de fomentar el estudio y las discusiones sobre las particularidades del arbitraje expedito.

En cuanto a la autonomía de voluntad de las partes la jurisprudencia arbitral y de los tribunales judiciales deberá respetar el principio pro arbitraje, bajo un criterio favorable al comercio, como ocurrió en AQZ c. ARA.

Los tribunales judiciales que conozcan recursos de nulidad y solicitudes de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales deberán evitar interferir con la autoridad procesal de los árbitros en aspectos como la determinación del número de árbitros en los procedimientos expeditos.

De no hacerlo, estarían obstaculizando la resolución del conflicto y generarían incertidumbre respecto de los procedimientos expeditos. La previsibilidad de las decisiones es un presupuesto indispensable para fomentar el desarrollo del arbitraje expedito.

La cooperación entre las partes es elemental para el correcto funcionamiento y desarrollo del arbitraje expedito. Igual de importante es el hecho de que las partes -en la medida posible- sean realistas con las características de sus casos al decidir someterlos a esta modalidad⁸⁸. Así como también lo es la actitud aún más proactiva que deben tener los árbitros, a objeto de lograr los resultados esperados⁸⁹.

Dada la complejidad que pueden representar los arbitrajes expeditos y sus paralelismos, parece conveniente considerar ciertas recomendaciones respecto de la motivación de los laudos dictados bajo esta modalidad.

El laudo producido en el marco de un arbitraje expedito deberá ser suficientemente motivado a objeto de garantizar a las partes la correcta comprensión del razonamiento que condujo a los árbitros a su decisión definitiva. Así se evitaría abrir otra puerta para que la parte inconforme con el laudo pueda invocar o abusar del debido proceso⁹⁰.

⁸⁸ Louise Barrington, "Do we need fast-track arbitration?", *Construction Law Review* (2009): 39. https://www.academia.edu/5795497/Do_we_need_fast_track_arbitration.

⁸⁹ Véase Klaus Peter Berger, "The Need for Speed in International Arbitration. Supplementary Rules for Expedited Proceedings of the German Institution of Arbitration (DIS)", *Journal of International Arbitration*, volumen 25, número 5 (2008): 608. <http://arbinfinanz.uni-koeln.de/uploads/adr/ExpeditedRulesDIS.pdf>. Según el autor "incluso el conjunto más sensato de reglas institucionales de arbitraje expedito seguirá siendo una cáscara vacía a menos que los árbitros, los abogados y las partes por igual, en cada caso individual, se hagan conscientes de su mayor responsabilidad en la eficiencia y el éxito de la conducción acelerada del arbitraje". (Traducción libre para este estudio)

⁹⁰ Halil Ercüment Erdem, "Current Issues in Expedited Procedures in Arbitration". Como señala el autor citado "la motivación de los laudos es uno de los elementos que no deben menoscabarse para garantizar un procedimiento rápido. La motivación del laudo es crucial, ya que permite a las partes comprender el razonamiento en el que se basa el laudo, y también les permite hacer uso de sus derechos relativos a la impugnación del laudo y a oponerse a su ejecución. En este sentido, podría ser posible acortar la motivación del laudo, pero no es recomendable dejar de motivar el laudo. A modo de ejemplo, en lo que respecta a los arbitrajes de la CCI, las Notas aclaran que el laudo dictado en el marco del procedimiento acelerado también deberá estar motivado. Algunas secciones del laudo, ya sean de hecho o de procedimiento, pueden limitarse a lo que los árbitros consideren

Es altamente probable que en un futuro no muy lejano desaparezcan algunas de las dificultades que enfrenta el arbitraje expedito. Esto ocurrirá, seguramente, mediante la implementación de nuevas tecnologías, especialmente la inteligencia artificial.

Por los momentos, los árbitros, abogados y partes deberán aprovechar el máximo las herramientas tecnológicas en los arbitrajes expeditos para garantizar el correcto equilibrio entre garantías procesales, autonomía de la voluntad y celeridad. De este modo, los laudos arbitrales estarán más protegidos contra la temeridad de la parte in-conforme.

A todo evento, parece que lo fundamental en estos casos es ponderar debidamente el principio de autonomía de voluntad de las partes, como base fundacional del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVINS, Ramón et al., "La tramitación del procedimiento arbitral", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013: 283-315.
- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, "Arbitrator Survey Finds How Parties and Counsel Increase Costs and Lower Efficiency of Their Cases", 11. https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/AAA251_Arbitrator_Case_Evaluation_Survey_Findings.pdf.
- BARNOLA, José Pedro et al., "La tramitación del procedimiento arbitral", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013: 283-315.
- BARRINGTON, Louise "Do we need fast-track arbitration?", *Construction Law Review* (2009): 38-39. https://www.academia.edu/5795497/Do_we_need_fast_track_arbitration.
- BERGER, Klaus Peter, "The Need for Speed in International Arbitration. Supplementary Rules for Expedited Proceedings of the German Institution of Arbitration (DIS)", *Journal of International Arbitration*, volumen 25, número 5 (2008): 595-612. <http://arbinfinanz.uni-koeln.de/uploads/adr/ExpeditedRulesDIS.pdf>.
- BERMÚDEZ, José Rafael y MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Usos y costumbres: Más allá del arbitraje y la lex mercatoria", en *Libro homenaje al profesor Alfredo Morales Hernández*. Caracas: UCAB-ULA-

necesario para la comprensión del laudo, pero no se puede privar al laudo de un razonamiento". Por supuesto, queda a salvo la discusión sobre si las partes pueden acordar previamente su deseo de que el laudo sea inmotivado. Tal como se explica en Irina Tymczyszyn, "Using fast track arbitration for resolving commercial disputes", 27. "Dado que, con el fin de lograr rapidez en la emisión de un laudo, algunas instituciones arbitrales también permiten a los tribunales no motivar su decisión, es muy probable que la parte perdedora intente anular el laudo alegando que se le denegó su derecho fundamental a presentar el caso y que hubo una falta de garantías procesales. Tales reclamaciones no sólo añadirán tiempo y costes al procedimiento de resolución de disputas, sino que también pueden hacer que el laudo sea inejecutable, especialmente si la sede no es amigable con el arbitraje". Creemos que, al menos mientras se comprenden las características del arbitraje expedito y se consolida la jurisprudencia, luce más apropiado motivar el laudo adecuadamente.

- UCV-Universidad Monteávila-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012. Disponible en <http://ve.ontier.net/ia/bermudezy-madrid-martinez-usos-mercantiles.pdf>
- BLACKABY, Niguel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Kluwer Law International, 2015.
- BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2014
- BORN, Gary B. y LIM, Jonathan W., "AQZ v ARA: Singapore High Court Upholds Award Made under SIAC Expedited Procedure", *Kluwer Arbitration Blog* (2015). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/09/aqz-v-ara-singapore-high-court-upholds-award-made-under-siac-expedited-procedure/#:~:text=The%20Singapore%20High%20Court's%20decision,for%20challenge%20of%20the%20award.>
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Reglamento de Arbitraje. Reglamento de Mediación*, Cámara de Comercio Internacional, Londres, 2022.
- CREMADES, Bernardo, "The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration", *Arbitraje*, 3 (2016): 661-676.
- ____ "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Themis Revista de Derecho*, 11 (1988): 10-14
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021). Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI. Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado*, Naciones Unidas, Viena, 2021.
- CRUZ SUÁREZ, Andrea y SIRA SANTANA, Gabriel, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, 1 (2020): 323-365.
- CZERNICH, Dietmar, FERRARI, Franco y ROSENFELD, Friedrich "Chapter 1: General Report", in *Due Process As A Limit To Discretion In International Commercial Arbitration*, 2 (2020).
- DÍAZ-CANDIA, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*. Caracas: Legis, 2011.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, "La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano", *Revista de Derecho Privado*, 31 (2016): 229-262.
- ERCÜMENT ERDEM, Halil, "Current Issues in Expedited Procedures in Arbitration", *Erdem & Erdem* (2017) <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/current-issues-in-expedited-procedures-in-arbitration>.
- FLORES, Matilde, "Expedited Procedure under the 2017 ICC Rules: Does the ICC's Priority for Efficiency and Cost Effectiveness Come at the Expense of the Parties' Rights?", *Kluwer Arbitration Blog* (2019). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/13/expedited-procedure-under-the-2017-icc-rules-does-the-iccs-priority-for-efficiency-and-cost-effectiveness-come-at-the-expense-of-the-parties-rights/>
- GALOFRE CESSAREO, Juan Fernando, "Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, ¿una efectiva codificación de la nueva lex mercatoria?", *Foro de Derecho Mercantil*, 32 (2011)
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo et al., "La tramitación del procedimiento arbitral", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013: 283-315.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "Arbitraje y constitución: El arbitraje como derecho fundamental" en Irene Valera (Coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005: 21-34.

- HYLTON, Deborah J., "Expedited Arbitration: Where Practicality Meets Principle", *Business and Corporate Litigation Committee Newsletter* (2020). https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/committee_newsletters/bcl/2020/202002/fa_3/.
- JOÃO MIMOSO, Maria, "Accelerated Arbitration: An Expedited Method of Resolving Disputes", en Jin, & C. E. P. Tache (Eds.), *Experientiam et progressionem in Comparative and International Law: Contributions to the 2nd International Conference on Comparative and International Law*, Bucharest, 2022: 55-66. <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/4409/pp.55-66.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- JOSHI, Sacchit y CHHATROLA, Brijesh, "Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?", *Kluwer Arbitration Blog* (2018) <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/12/expedited-procedure-vis-vis-party-autonomy-enforceable/>.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y SCHULTZ, Thomas "The Use of Information Technology in Arbitration", *Jusletter*, 5 (2005) <https://k-k.com/wp-content/uploads/The-Use-of-Information-Technology-in-Arbitration.pdf>.
- MOUCHARFIECH PARRA, David, "Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo", en José Getulio Salaverría Lander (Coord.), *XII Jornada Anibal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2022): 93-108.
- NACIONES UNIDAS, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York (1958): 9-10. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.
- NOWAK, Lucja y GHIBRADZE, Nata, "The ICC Expedited Procedure Rules – Strengthening the Court's Powers", *Kluwer Arbitration Blog* (2016). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/13/reserved-for-13-december-the-icc-expedited-procedure-rules-strengthening-the-courts-powers/>.
- PETTIBONE, Peter J., "Due Process Considerations in Expedited Arbitrations", *Indian Journal of Arbitration Law*, 1 (2021): 175-183. http://www.ijal.in/wp-content/uploads/2022/02/10_Due-Process-Consideration-in-Expedited-Arbitrations_PP.pdf.
- PHANG, Joshua y YAN YEE, Wong, "CBS v CBP: Appeal Mechanism For Procedural Rulings Infringing Natural Justice?", *Kluwer Arbitration Blog* (2021). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/06/cbs-v-cbp-appeal-mechanism-for-procedural-rulings-infringing-natural-justice/>.
- RENGEL NÚÑEZ, Pedro, "Arbitraje y garantías constitucionales procesales", *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, 2 (2021): 155-191.
- RODNER, James Otis, El arbitraje abreviado bajo las Reglas CNUDMI (UNCITRAL); el arbitraje sumario; el arbitraje digital", *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, 2 (2022): 99-116. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AVANI/2/AVANI_2021_2_99-116.pdf.
- ____ "El arbitraje complejo" en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers, Carlos Lepervanche (Coords.), *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Club Español del Arbitraje, 2013: 319-358.
- ROGERS, James y CHUNG, Katie "Summary awards and expedited procedures – Strike out or home run?", *International Arbitration Report*, 10 (2018): 14-16. <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/20180416---pdf-file---international-arbitration-report---issue-10.pdf?revision=&revision=4611686018427387904>.
- SCHERER, Maxi, "Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework", *Journal of International Law*, volumen 37, número 4 (2020): 1-24. https://www.viac.eu/images/COVID19/Maxi_SCHERER_Remote_Hearings_in_International_Arbitration_An_Analytical_Framework_May_2020.pdf.

-
- SERBEST, Fatih, "Fast-Track Arbitration - Should it be Encouraged in Int. Commercial Disputes?", *Conference: Reopening the Silk Road in the Legal Dialogue between Turkey and China*, (Estambul: Mamara University, 2012): 309-335. https://www.serbest.av.tr/dosyalar/dosya_12305_Fast_Track_Arbitration_Should_it_be_Enco.pdf.
- SLOANE, Simon y WYSE JACKSON, Emily, "Due Process and Procedural Irregularities: Challenges", en *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, Londres: Law Business Research Ltd., 2021: 58-68.
- TARJUELO, Javier, "A New Trend in International Arbitration", *Dispute Resolution International*, 2 (2017): 105-116.
- TYMCZYSZYN, Irina, "Using fast track arbitration for resolving commercial disputes", *Corporate and Commercial Disputes Review*, 6 (2018): 25-27. <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/corporate-and-commercial-disputes-review---issue-6-pdf.pdf?revision=594f30fc-5ce2-48ae-b377-ddc0ec384345&revision=5248360961277387904>
- UFF, Alexander, "Expedited arbitration, autonomy and due process (part one)", *Practical Law Arbitration Blog*, Thomson Reuters (2021). <http://arbitrationblog.practicallaw.com/expedited-arbitration-autonomy-and-due-process-part-one/>.
- "Expedited arbitration, autonomy and due process (part two)", *Practical Law Arbitration Blog*, Thomson Reuters (2021). HYPERLINK "" <http://arbitrationblog.practicallaw.com/expedited-arbitration-autonomy-and-due-process-part-two/>.
- VAAMONDE, Adriana, prólogo a *El ABC del arbitraje comercial*, de Luis Alfredo Araque Benzo. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010. HYPERLINK "" <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abcdel-arbitraje-comercial.pdf>.
- VAN DE SANDE, Carsten, "Expedited Arbitration Proceedings Might Have Side Effects", *Börsen-Zeitung*, 40 (2017): 13. https://www.hengeler.com/fileadmin/user_upload/PDF/Artikel/Boersen-Zeitung_25.02.2017_Schiedsverfahren.pdf.
- WELSER, Irene y KLAUSEGGER, Christian, "Fast Track Arbitration: Just fast or something different?", *Austrian Arbitration Yearbook* (2009): 259-279. https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag_Welser_2009.pdf.

ARTÍCULOS
Autores participantes
de la convocatoria

Contenido y alcance de la reciente reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 287-309

Resumen: El artículo examina las recientes modificaciones de las Reglas de Arbitraje adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI que entraron en vigencia el 1 de julio de 2022. Luego de explicar la evolución histórica de las Reglas de Arbitraje, el autor revisa las novedosas disposiciones incluidas en la reforma de 2022 para mejorar la eficiencia y fomentar la transparencia en los arbitrajes de inversiones. Por último, presenta una visión panorámica sobre las nuevas regulaciones del financiamiento por terceros, la distribución de costos y la constitución de la *cautio judicatum solvi*.

Palabras clave: Arbitraje de inversiones, transparencia, costos.

Content and scope of the recent amendments To the ICSID Arbitration Rules

Abstract: *The article examines the recent amendments to the ICSID Arbitration Rules adopted by the Administrative Council that came into force on July 1, 2022. After explaining the development of the ICSID Arbitration Rules, the author reviews the novel regulations to enhance procedural efficiency and to increase transparency in investment arbitration. Finally, the author provides an overview of the new rules on third party-funding, allocation of costs and applications for security for costs.*

Keywords: *Investment arbitration, transparency, costs.*

Recibido: 29/9/2022

Aprobado: 14/12/2022

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014)

Contenido y alcance de la reciente reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 287-309

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Antecedentes. 1.1. Enmienda de 1984. 1.2. Enmiendas de 2002 y 2006. 2. Vigencia de las nuevas Reglas de Arbitraje. 3. Enmiendas para mejorar la eficiencia en la conducción de los procedimientos. 3.1. Procedimiento arbitral ordinario. 3.2. Procedimientos especiales. 3.2.1. Falta manifiesta de fundamento jurídico. 3.2.2 Bifurcación. 3.2.3 Consolidación y coordinación. 3.2.4 Medidas cautelares. 3.3 Arbitraje acelerado. 4. Enmiendas para aumentar la transparencia. 4.1 Publicación de laudos y otras decisiones. 4.2 Publicación de escritos y acceso a audiencias. 4.3 Participación de terceros. 5. Procedimiento de Recusación. 6. Financiamiento por terceros. 7. Costos. 7.1. Distribución de costos. 7.2. *Cautio judicatum solvi*. 8. Reforma de otros instrumentos normativos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El 1 de julio de 2022 entraron en vigencia las nuevas reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") sobre los procedimientos de conciliación y arbitraje bajo el Convenio CIADI¹ y el Mecanismo Complementario², así como el marco normativo de un novedoso mecanismo de mediación para disputas sobre inversiones³ y un nuevo reglamento del procedimiento de comprobación de los hechos⁴.

Estos instrumentos normativos fueron aprobados el 21 de marzo de 2022 por el Consejo Administrativo del CIADI y son el resultado de un amplio proceso de reforma iniciado en octubre de 2016 con el objeto de lograr una mayor eficiencia en la resolución de conflictos, modernizar y hacer frente a las deficiencias de la normativa existente, aumentar la transparencia y ampliar el acceso a los servicios del CIADI⁵. Este proceso

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014)

¹ CIADI, "El CIADI publica la versión 2022 de sus Reglamentos y Reglas" (2022), p. 1, <https://bit.ly/3xHM7NI>. La nueva normativa puede consultarse en: <https://bit.ly/3R2HJjh>.

² Las nuevas reglas del Mecanismo Complementario, incluyendo el Reglamento de Arbitraje, las Reglas de Conciliación, el Reglamento Administrativo y Financiero, y el Reglamento del Mecanismo Complementario, se encuentran disponibles en: <https://bit.ly/3qSeHbr>.

³ Reglas de Mediación (2022), <https://bit.ly/3S4D7dx>.

⁴ Reglas de Comprobación de Hechos (2022), <https://bit.ly/3SnBY0A>.

⁵ CIADI, "El Consejo Administrativo del CIADI aprueba las Enmiendas a las Reglas y Reglamentos del CIADI" (2022), p. 1, <https://bit.ly/3qS2ZgZ>.

contó con la preparación de seis extensos documentos de trabajo producto de intercambios y consultas con funcionarios de los Estados miembros del Convenio CIADI, organizaciones no gubernamentales, representantes del sector privado y empresarial, árbitros, abogados y expertos en la materia⁶.

Las Reglas de Arbitraje de 2022 son quizás uno de los aspectos más llamativos de la reforma pues incluyen medidas para mejorar la eficiencia en la conducción de los procedimientos arbitrales (incluyendo la posibilidad de acoger un nuevo procedimiento de arbitraje abreviado), mecanismos para fomentar la transparencia (como, por ejemplo, el régimen de publicación de laudos, resoluciones y decisiones), regulaciones sobre la divulgación del financiamiento por terceros, distribución de costos y la constitución de la *cautio judicatum solvi*. Dada la importancia práctica del tema y su carácter novedoso, hemos considerado oportuno examinar los principales cambios introducidos en las nuevas Reglas de Arbitraje⁷.

1. Antecedentes

El CIADI tiene por objeto facilitar y tramitar los procedimientos de conciliación y arbitraje para la resolución de controversias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes⁸. Estos procedimientos se rigen por las disposiciones del Convenio CIADI y por las regulaciones adoptadas por el Consejo Administrativo⁹.

Las Reglas de Arbitraje fueron adoptadas de manera provisional por el Consejo Administrativo en febrero de 1967. Estas reglas, como señala el ex-Secretario General del CIADI Antonio Parra, se inspiraron en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el Reglamento Modelo sobre el Procedimiento Arbitral y el Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Partes de las que solamente una es un Estado¹⁰. Posteriormente, el 25 de septiembre de 1967 se adoptó el texto definitivo de las Reglas de Arbitraje que entraron en vigencia el 1 de enero de 1968¹¹.

⁶ El primer documento de trabajo sobrepasó las 900 páginas, mientras que el último tuvo una extensión de 80 páginas. Esto demuestra el consenso progresivo alcanzado sobre las modificaciones durante el período de consultas. Al respecto, véase: Meg Kinnear, "The launch of a new generation of the ICSID Rules," *Columbia FDI Perspectives*, No. 326 (2022), pp. 1-2, <https://bit.ly/3UqsbIR>. Los textos de los documentos de trabajo pueden consultarse en: <https://bit.ly/3UrFmcv>.

⁷ En este trabajo se hace referencia a las Reglas de Arbitraje del CIADI adoptadas por el Consejo Administrativo el 21 de marzo de 2022 tanto cuando se utilizan los términos Reglas de Arbitraje, Reglas de 2022 o, simplemente, Reglas.

⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, 1965, artículo 1, <https://bit.ly/3qWMa4A>. El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

⁹ Convenio CIADI, artículos 4-7, 44. El Consejo Administrativo es el órgano de gobierno del CIADI y está integrado por un representante de cada uno de los Estados signatarios del Convenio.

¹⁰ Antonio Parra, "The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, No. 1 (2007), p. 57.

¹¹ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (1968), <https://bit.ly/3R0p9bu>.

Por otra parte, en septiembre de 1978 el Consejo Administrativo aprobó la creación del Mecanismo Complementario para regular y fomentar la tramitación de procedimientos de conciliación y arbitraje de controversias a las que no le son aplicables las disposiciones del Convenio CIADI (como, por ejemplo, las controversias que surjan entre un Estado miembro del Convenio CIADI y un nacional de un Estado que no sea parte del referido Convenio)¹². El Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario reproduce en buena parte las disposiciones de las Reglas de Arbitraje del CIADI¹³.

Antes de examinar brevemente las principales modificaciones de las Reglas de Arbitraje a lo largo de su historia, conviene tener en cuenta que para aprobar cualquier reforma de las Reglas de Arbitraje se requiere una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo, mientras que para modificar el Convenio CIADI se requiere el voto favorable de todos los Estados signatarios¹⁴. Ello explica en gran medida por qué las Reglas de Arbitraje se han modificado en cuatro oportunidades y en ninguna de ellas se ha reformado el texto del Convenio CIADI.

1.1. Enmienda de 1984

Las Reglas de Arbitraje de 1968 fueron modificadas por primera vez en septiembre de 1984¹⁵. Además de cambios de forma y codificar prácticas existentes (como, por ejemplo, la declaración de los árbitros sobre su experiencia profesional y relaciones con las partes), las nuevas reglas: (i) previeron la posibilidad de celebrar una audiencia preliminar para determinar los hechos no controvertidos; (ii) regularon expresamente las circunstancias en que las partes podían acudir a los tribunales para solicitar medidas provisionales; (iii) eliminaron la obligación del Secretario de levantar actas de las audiencias; y (iv) establecieron que aun cuando no podían publicarse los laudos sin el consentimiento de las partes, el CIADI podía publicar extractos de las decisiones de los tribunales arbitrales¹⁶.

1.2. Enmiendas de 2002 y 2006

En la década de los noventa del siglo pasado se produjo un aumento significativo de la celebración de tratados de protección de inversiones por parte de los Estados¹⁷. En muchos de estos tratados se estableció el arbitraje CIADI como mecanismo de resolu-

¹² Resolución AC(12)/RES/38 de fecha 27 de septiembre de 1978, *ICSID Thirteenth Annual Report 1978/1979* (1979), p. 33. Crina Baltag, "The ICSID Convention: A Successful Story – The Origins and History of the ICSID," en *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, ed. Crina Baltag (Kluwer Law International, 2017), § 1.02.

¹³ Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) (1978), <https://bit.ly/3SiEvrZ>.

¹⁴ Convenio CIADI, artículos 6(1), 65, 66(1).

¹⁵ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (1984), <https://bit.ly/3Si09gK>.

¹⁶ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (1984), reglas 20, 21, 39, 48(4) (1984). Véase: Antonio Parra, *The History of ICSID* (Oxford University Press, 2012), pp. 138-141.

¹⁷ Kenneth Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements," en *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, eds. Karl Sauvant y Lisa Sachs (Oxford University Press, 2009), pp. 20-21.

ción de controversias. Ante la proliferación de los arbitrajes de inversiones, se hizo necesario modificar las Reglas de Arbitraje y el Reglamento del Mecanismo Complementario para agilizar la tramitación de estos procedimientos.

En este sentido, el 29 de septiembre de 2002 el Consejo Administrativo aprobó modificaciones de las Reglas de 1984 para aumentar los lapsos para dictar los laudos, flexibilizar los plazos de las decisiones de recusación y prever expresamente que las partes no podían designar como árbitro a nacionales del Estado demandado o del inversionista, salvo que el nombramiento fuese de común acuerdo¹⁸. Asimismo, se aprobó modificar el Reglamento del Mecanismo Complementario de 1978 para uniformar la terminología entre los distintos instrumentos normativos, clarificar y simplificar los procedimientos e integrarlo a la estructura administrativa ordinaria del CIADI¹⁹. Todas estas modificaciones entraron en vigencia el 1 de enero de 2003.

Posteriormente, en febrero de 2006 se modificaron nuevamente las Reglas de Arbitraje tras un período de consultas de dos años con representantes de los distintos Estados miembros del Convenio CIADI²⁰. Entre los cambios más significativos destacan: (i) la inclusión de un procedimiento para la desestimación de reclamaciones que carezcan manifiestamente de fundamento jurídico²¹; (ii) la regulación expresa de la facultad del tribunal arbitral para permitir que un tercero ajeno a la controversia presente escritos²²; (iii) el deber de los árbitros de revelar las circunstancias que podrían comprometer su imparcialidad²³; y (iv) la obligación del CIADI (y no la mera posibilidad como se previó en las Reglas de 1984) de publicar extractos de los laudos aun cuando las partes no consientan en la publicación de la totalidad del laudo²⁴. El Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI también fue reformado para incluir estos cambios²⁵. Estos instrumentos normativos entraron en vigencia el 10 de abril de 2006.

¹⁸ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2003), reglas 1(3), 4, 9 y 46. <https://bit.ly/3BWuKLC>; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), pp. 683-684.

¹⁹ Reglamento del Mecanismo Complementario (2003), artículo 4, <https://bit.ly/3BCJX2P>.

²⁰ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), <https://bit.ly/3qWMa4A>. Al respecto, véase: Aurélie Antonietti, "The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules," *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol 21, No. 2 (2006), pp. 429-443.

²¹ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), regla 41.

²² Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), regla 37. Antes de la entrada en vigencia de la reforma de 2006, el tribunal arbitral en el caso *Aguas Provinciales de Santa Fe* examinó la presentación de escritos por parte de terceros ajenos a la controversia. *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., et al. v. la República Argentina*, CIADI (Caso No ARB/03/17), Resolución en Respuesta a la Petición de Participación como Amicus Curiae de fecha 17 de marzo de 2006, <https://bit.ly/3Lw5NTf>.

²³ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), regla 6(2).

²⁴ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), regla 48.

²⁵ Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) (2006), artículos 13, 41 y 45, <https://bit.ly/3Sg9B4w>.

2. Vigencia de las nuevas Reglas de Arbitraje

El 21 de marzo de 2022 el Consejo Administrativo aprobó la reforma de las Reglas de Arbitraje tras un período de consultas de más de cinco años. Tal y como lo señaló la Secretaría del CIADI, esta es la reforma “más completa” que se ha efectuado hasta la fecha²⁶. Además de las Reglas de Arbitraje, se modificaron las Reglas de Conciliación, el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas de Iniciación, el Reglamento del Mecanismo Complementario y sus regulaciones, así como el Reglamento de Comprobación de Hechos. Igualmente se adoptó un novedoso mecanismo de mediación para la solución de controversias sobre inversiones²⁷.

Los nuevos instrumentos normativos entraron en vigencia el 1 de julio de 2022. Ahora bien, de acuerdo con el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje y las Reglas de Conciliación aplicables a los procedimientos son aquellas “vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento” al arbitraje o a la conciliación, salvo acuerdo en contrario de las partes²⁸.

Cuando las partes prestan su consentimiento en fechas diferentes (como, por ejemplo, en el caso de un procedimiento arbitral iniciado bajo un tratado de protección de inversiones) se considera que la fecha del consentimiento es aquella en que la última parte consienta en el mecanismo de resolución alternativa de disputas. En el ejemplo del tratado de inversiones, la fecha del consentimiento será la de la aceptación por parte del inversionista de la oferta de arbitraje del Estado.

Lógicamente, los procedimientos iniciados antes del 1 de julio de 2022 continuarán rigiéndose por las Reglas de 2006 mientras que las nuevas reglas aplicarán, al menos en principio, a los procedimientos iniciados después de dicha fecha²⁹. Por tanto, en el futuro cercano convivirán las disposiciones de las Reglas de Arbitraje de 2006 y las de 2022.

3. Enmiendas para mejorar la eficiencia en la conducción de los procedimientos

Uno de los propósitos de la reforma de las Reglas de Arbitraje fue modernizar, simplificar y agilizar la tramitación del procedimiento arbitral³⁰. Para ello, se introdujeron una serie de novedades procesales a las disposiciones del procedimiento arbitral ordinario, a los procedimientos especiales y se incluyó un nuevo procedimiento de arbitraje abreviado.

²⁶ CIADI, “El CIADI publica...”, p. 1.

²⁷ Véase: notas 1-5, *supra*.

²⁸ Convenio CIADI, artículo 44.

²⁹ Por supuesto, la aplicación de las nuevas reglas dependerá de la fecha del consentimiento de las partes de acuerdo con los términos del contrato, la ley o el tratado de protección de inversiones.

³⁰ CIADI, “Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI – Documento de Trabajo No. 1” (2018), pp. 1-2, <https://bit.ly/3dAsa4y>.

3.1. Procedimiento arbitral ordinario

Las nuevas Reglas de Arbitraje consagran importantes modificaciones al procedimiento arbitral ordinario con el objeto de garantizar su tramitación más expedita y eficiente. En primer lugar, se establece como regla general la presentación de documentos en formato electrónico salvo circunstancias especiales que ameriten que el tribunal ordene su presentación en físico³¹. Con el uso de las nuevas técnicas informáticas, se pretende agilizar el procedimiento, reducir los costos de las partes y el impacto al medio ambiente.

En segundo lugar, se prevé expresamente la obligación del tribunal de tramitar el procedimiento de manera expedita y eficiente, actuando siempre de buena fe. A tales efectos, el tribunal deberá fijar los plazos para cada actuación procesal y emplear sus mejores esfuerzos para garantizar el cumplimiento de los mismos³².

Asimismo, se establece la obligación del tribunal (no la mera facultad como lo preveían las Reglas de 2006) de convocar una o más conferencias para identificar los hechos no controvertidos, delimitar los asuntos en disputa y abordar cualquier otra cuestión procesal o sustantiva³³. Las conferencias sobre la conducción del procedimiento deberán convocarse después de la primera sesión procesal.

En tercer lugar, las Reglas de Iniciación del CIADI requieren por primera vez que la solicitud de arbitraje incluya una descripción de la inversión, detallando su propiedad y control³⁴. Con ello, se le proporcionan al tribunal más herramientas para examinar si se cumplen con los requisitos de jurisdicción bajo el Convenio CIADI, especialmente en casos con estructuras complejas de inversión.

Además, las Reglas de Iniciación recomiendan que la solicitud de arbitraje incluya cualquier propuesta o acuerdo de las partes sobre aspectos procesales (idioma, número de árbitros, etc.) para agilizar la tramitación del procedimiento³⁵.

En cuarto lugar, las Reglas de Arbitraje establecen novedades en materia probatoria. Por ejemplo, se incluyen parámetros que el tribunal deberá tomar en cuenta al decidir diferencias sobre la producción de documentos (el alcance de la solicitud, la

³¹ Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 4, <https://bit.ly/3R2HJjh>. Esta disposición codifica la práctica arbitral que venía implementando el CIADI a partir de marzo de 2020. Véase: CIADI, "EL CIADI insta a la presentación electrónica de documentos como procedimiento estándar" (2020).

³² Reglas de Arbitraje (2022), reglas 3(1) y 10(1).

³³ Reglas de Arbitraje (2022), regla 31. Sobre la conducción del procedimiento en las nuevas reglas, véase: Georg Scherpf y Antonios Politis, "Proposed Amendments to the ICSID Regulations and Rules – A Necessary Update" (JusMundi, 8 de marzo de 2022), <https://bit.ly/3S7ACqQ>.

³⁴ Reglas de Iniciación (2022), regla 2.2(a), <https://bit.ly/3R2HJjh>.

³⁵ Reglas de Iniciación (2022), regla 3.

relevancia de los documentos solicitados, la carga que supone su localización y producción, entre otros)³⁶. Igualmente, se prevé expresamente la facultad del tribunal para nombrar expertos independientes sobre cuestiones específicas de la controversia³⁷.

En quinto lugar, las Reglas de Arbitraje reducen los plazos previstos en las Reglas anteriores con el objeto de acelerar la tramitación del procedimiento. Así, por ejemplo, se abrevian los plazos para convenir en el número de árbitros y el método de su nombramiento (de 60 a 45 días), así como el plazo para iniciar el proceso de terminación por inacción de las partes (de 6 meses a 150 días)³⁸.

Por otra parte, las nuevas Reglas regulan la presentación de peticiones incidentales o adicionales (hasta el escrito de réplica) y reconveniones (a más tardar en el escrito de contestación de la demanda) siempre y cuando las mismas se relacionen directamente con el objeto de la controversia, estén comprendidas dentro del acuerdo de arbitraje y sometidas a la jurisdicción del CIADI³⁹.

Por último, se establecen los plazos para la emisión de laudos (60 días para laudos por ausencia manifiesta de fundamento jurídico, 180 días para laudos sobre excepciones preliminares que hayan sido objeto de un procedimiento de bifurcación y 240 días para los demás casos), los plazos para dictar decisiones suplementarias y de rectificación (60 días) y aquéllos para dictar las decisiones en procedimientos de aclaración, revisión y anulación (120 días). Todos estos plazos deberán contarse desde la fecha del último escrito presentado por las partes y no desde el “cierre del procedimiento” como se establecía en las Reglas anteriores⁴⁰.

3.2. Procedimientos especiales

Las Reglas de 2022 introdujeron nuevos procedimientos especiales y modificaron los existentes con el objeto de codificar las prácticas arbitrales y mejorar la eficiencia en la resolución de conflictos. A continuación pasamos breve revista a las principales innovaciones en esta materia.

3.2.1. Falta manifiesta de fundamento jurídico

Las Reglas de Arbitraje de 2006 al regular las excepciones preliminares, además de la falta de jurisdicción del CIADI y la falta de competencia del tribunal, incluyeron la

³⁶ Reglas de Arbitraje (2022), regla 37.

³⁷ Reglas de Arbitraje (2022), regla 39(1).

³⁸ Reglas de Arbitraje (2022), reglas 15(2) y 57(1).

³⁹ Reglas de Arbitraje (2022), regla 48. La regulación de la reconvenión es un hito importante para los Estados pues les permite exigir compensación a los inversionistas cuando consideren que estos han violado disposiciones legales.

⁴⁰ Reglas de Arbitraje (2022), reglas 58; 61 (7) y 72. Bajo las Reglas anteriores era común que los tribunales declararan el “cierre” del procedimiento sólo cuando el laudo estaba bastante avanzado, con lo cual se desvirtuaba el propósito del plazo.

ausencia manifiesta de fundamento jurídico⁴¹. En criterio de los tribunales, esta excepción requiere que el solicitante establezca de manera “clara y evidente” la ausencia de base legal⁴². Ahora bien, no quedó claro si dicha excepción incluía la falta de jurisdicción o de competencia o, si por el contrario, la misma se limitaba al fondo de la reclamación.

A diferencia de las Reglas de 2006, las nuevas Reglas regulan la desestimación por falta manifiesta de fundamento jurídico de manera independiente y separada de las excepciones preliminares. Además, las Reglas de 2022: (i) aclaran expresamente que la excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del CIADI o a la competencia del tribunal arbitral; (ii) prevén la posibilidad de que una parte oponga la excepción antes de la constitución del tribunal, en cuyo caso corresponderá al Secretario General fijar los plazos para que el tribunal decida la excepción tan pronto se constituya; y (iii) establecen un plazo de 60 días contados desde la presentación del último escrito o de la constitución del tribunal para que el tribunal pronuncie su decisión sobre la excepción⁴³.

En caso de que el tribunal decida que todas las reclamaciones carecen de fundamento jurídico, dictará un laudo y culminará el procedimiento arbitral. En cambio, si el tribunal desestima la excepción o la declara parcialmente con lugar deberá fijar un plazo para la continuación del procedimiento. Esta decisión será sin perjuicio del derecho de la parte a oponer una excepción preliminar o a alegar la falta de fundamentos en el procedimiento arbitral⁴⁴.

3.2.2. Bifurcación

Las nuevas Reglas facultan explícitamente al tribunal para tramitar y decidir determinados aspectos de la controversia en etapas separadas (por ejemplo, separar la etapa de jurisdicción de la fase de los méritos o la etapa de los méritos de la fase de la cuantía). El procedimiento de bifurcación no estaba expresamente regulado en las Reglas anteriores. Por tanto, correspondía a los tribunales arbitrales en ejercicio de sus facultades discrecionales decidir sobre la materia⁴⁵.

⁴¹ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), regla 41(5); Schreuer, *The ICSID Convention...*, pp. 542-544.

⁴² *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Reino Hachemita de Jordania*, CIADI (Caso No. ARB/07/25), Decisión del Tribunal sobre la Objeción de la Demandada bajo la Regla de Arbitraje 41(5) de fecha 12 de mayo de 2008, ¶¶ 88, 92, <https://bit.ly/3dwTOPQ>; *Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. Estado de Kuwait*, CIADI (Caso No. ARB/18/2), Laudo de fecha 1 de noviembre de 2019, ¶ 33, <https://bit.ly/3qZBORm>.

⁴³ Reglas de Arbitraje (2022), regla 41.

⁴⁴ Reglas de Arbitraje (2022), regla 41(3) y (4).

⁴⁵ Véase, por ejemplo, *Emmis International Holding, B.V., et al. v. República de Hungría*, CIADI (Caso No. ARB/12/2), Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada de fecha 13 de junio de 2012, <https://bit.ly/3DTcwMa>.

La bifurcación, de acuerdo con las nuevas Reglas, podrá solicitarse o acordarse de oficio en cualquier etapa del procedimiento salvo que se trate de una solicitud relativa a una excepción preliminar (falta de jurisdicción o de competencia) en cuyo caso deberá solicitarse, en principio, dentro de los 45 días siguientes a la fecha de la presentación del memorial sobre el fondo⁴⁶. Sea como fuere, la solicitud se tramitará conforme al calendario fijado y deberá ser decidida dentro de los 30 días siguientes a la fecha del último escrito presentado por las partes. Para decidir, el tribunal deberá tomar en cuenta el impacto que podría tener la bifurcación en la duración y costos del procedimiento, las consecuencias de una eventual decisión sobre las cuestiones objeto de bifurcación en la desestimación de la controversia, y la practicidad de decidir en etapas separadas del procedimiento aspectos que podrían estar vinculados entre sí⁴⁷.

Por último, de ordenarse la bifurcación, se suspenderá el procedimiento sobre las cuestiones que sean objeto de decisión en una etapa posterior, salvo acuerdo en contrario de las partes⁴⁸.

3.2.3. Consolidación y coordinación

Las Reglas de 2022, al igual que lo hacen los reglamentos de otros centros internacionales de arbitraje (como, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2021), incorporan una nueva disposición que regula la consolidación de dos o más procedimientos⁴⁹.

De acuerdo con la Regla de Arbitraje 46, las partes de dos o más arbitrajes administrados por el CIADI podrán solicitar su consolidación o acumulación para que sean tramitados en un solo procedimiento y decididos mediante un solo laudo. Para ello, además del consentimiento de las partes, se requiere que los arbitrajes hayan sido debidamente registrados de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio CIADI e involucren al mismo Estado o a cualesquiera de sus subdivisiones políticas u organismos públicos⁵⁰.

Asimismo, las partes de común acuerdo podrán solicitar la coordinación de dos o más arbitrajes. Esto puede ser particularmente útil en procedimientos regidos o administrados bajo distintas reglas pero que se refieran a hechos comunes. Por ejemplo, para las demandantes cuyas inversiones se hayan visto afectadas por la misma medida gubernamental pero que estén amparadas por tratados o cláusulas arbitrales diferentes.

⁴⁶ Reglas de Arbitraje (2022), reglas 42(1),(3),(6) y 44(1).

⁴⁷ Reglas de Arbitraje (2022), reglas 42(3)-(4) y 44(1)-(2). Para una explicación del procedimiento de bifurcación, véase: Shirin Gurdova, "Bifurcation" (JusMundi, 2 de septiembre de 2022), <https://bit.ly/3C1iA49>.

⁴⁸ Reglas de Arbitraje (2022), regla 42(6).

⁴⁹ Reglas de Arbitraje (2022), regla 46(1); Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 10, <https://bit.ly/3S8bPTN>.

⁵⁰ Reglas de Arbitraje (2022), regla 46(2). Para un examen de las ventajas de la consolidación en el arbitraje de inversiones, véase: Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, No. 1 (2006), pp. 81-85.

La coordinación, a diferencia de la consolidación, no implica la acumulación de autos sino simplemente la alineación de determinados aspectos procesales (v.g. el cronograma procesal, la etapa de exhibición de documentos o las audiencias). Por tanto, los arbitrajes se tramitarán y decidirán en procedimientos separados⁵¹.

3.2.4. Medidas cautelares

De acuerdo con el artículo 47 del Convenio CIADI, el tribunal arbitral “podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias” para salvaguardar los derechos de las partes. Si bien las Reglas de Arbitraje anteriores regularon la adopción de medidas cautelares, no establecieron sus supuestos de procedencia; por tanto, le correspondió a la jurisprudencia arbitral desarrollar las circunstancias que justificaban el ejercicio del poder cautelar⁵².

Las Reglas de 2022, en aras de darle mayor certidumbre a las partes y al tribunal, codificaron en gran medida la práctica arbitral sobre la materia. En efecto, de acuerdo con las nuevas Reglas, en cualquier estado y grado de la causa, se podrán solicitar medidas provisionales, incluyendo aquellas destinadas a (i) impedir acciones que causen daños actuales o inminentes; (ii) preservar el *statu quo* hasta que se decida la controversia; o (iii) salvaguardar pruebas que puedan ser relevantes para la controversia⁵³.

El peticionario deberá indicar los derechos que pretende salvaguardar y las circunstancias que ameritan la adopción de las medidas solicitadas. El tribunal fijará los plazos para la tramitación de la solicitud y deberá dictar su decisión dentro de los 30 días siguientes a la fecha del último escrito presentado por las partes. Para ello, deberá tomar en consideración las circunstancias del caso, el principio de proporcionalidad, así como la urgencia y necesidad de la medida solicitada⁵⁴. Conviene señalar que durante las consultas se debatió si debía incluirse o no el requisito de la irreparabilidad del daño, sin embargo, la versión final de las Reglas no lo incluyó por considerar que estaba comprendido dentro del requisito de necesidad⁵⁵.

⁵¹ Reglas de Arbitraje (2022), regla 46(3).

⁵² Por ejemplo, *Abaclat et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/07/5), Resolución Procesal No. 11 de fecha 27 de junio de 2012, 10, <https://bit.ly/3xKK0sh>; *Phoenix Action v. República Checa*, CIADI (Caso No. ARB/06/5), Decisión sobre las Medidas Cautelares de fecha 6 de abril de 2007, 32, <https://bit.ly/3dynD2G>.

⁵³ Reglas de Arbitraje (2022), regla 47(1).

⁵⁴ Reglas de Arbitraje (2022), regla 47(2)-(3). Las nuevas Reglas mantiene la redacción del Convenio CIADI según la cual el tribunal sólo puede “recomendar” la adopción de medidas. No obstante, la jurisprudencia del CIADI ha reconocido que las medidas provisionales recomendadas son jurídicamente obligatorias. Véase: *Occidental Petroleum Corporation et al. v. República del Ecuador*, CIADI (Caso No. ARB/06/11), Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 17 de agosto de 2007, ¶ 58, <https://bit.ly/3UvWhL5>.

⁵⁵ CIADI, “Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI – Documento de Trabajo No. 4” (2020), p. 103, <https://bit.ly/3BZgDFI>.

3.3. Arbitraje acelerado

Las Reglas de Arbitraje introducen por primera vez la posibilidad que las partes acuerden tramitar su controversia a través de un procedimiento de arbitraje abreviado con plazos más breves y menos incidencias procesales. Este mecanismo puede ser particularmente útil para pequeñas y medianas empresas o para resolver controversias de menor complejidad.

La tramitación de la controversia por este procedimiento expedito se podrá acordar en cualquier momento. Si las partes deciden terminar con el arbitraje acelerado, le corresponderá al tribunal fijar los plazos necesarios para la tramitación de la controversia por el procedimiento ordinario⁵⁶.

La controversia será decidida por un árbitro único salvo que se acuerde por escrito que el tribunal esté integrado por tres árbitros. A grandes rasgos, el procedimiento luego de constituido el tribunal comprende, en su orden, las siguientes actuaciones: (i) celebración de la primera sesión procesal que se llevará a cabo telemáticamente (30 días después de la constitución del tribunal); (ii) presentación de la primera ronda de escritos con un límite de 200 páginas (el memorial de demanda se presentará 60 días después de la primera sesión y el de contestación 60 días después del escrito de demanda); (iii) presentación de la segunda ronda de escritos con un límite de 100 páginas (la réplica se presentará 40 días después del memorial de contestación y la dúplica 40 días después de la réplica); (iv) celebración de la audiencia (dentro de los 60 días siguientes a la presentación de la dúplica); (v) estimación de costos (dentro de los 10 días siguientes a la audiencia); y (vi) emisión del laudo (dentro de los 120 días siguientes a la audiencia)⁵⁷.

Por último, las Reglas prevén procedimientos expeditos para la tramitación de solicitudes de aclaratoria, revisión o anulación de laudos dictados en arbitrajes acelerados. Estos procedimientos tendrán una sola ronda de escritos limitados en su extensión, una audiencia y deberán ser decididos en un período máximo de 60 días contados desde la fecha de la audiencia⁵⁸.

4. Enmiendas para aumentar la transparencia

La falta de transparencia, motivada por la limitada publicación de laudos y la imposibilidad de acceso a las audiencias, ha sido una de las grandes críticas que se le ha formulado al arbitraje internacional de inversiones⁵⁹. Para hacer frente a estas críticas,

⁵⁶ Reglas de Arbitraje (2022), reglas 75 y 86.

⁵⁷ Reglas de Arbitraje (2022), reglas 80-81.

⁵⁸ Reglas de Arbitraje (2022), regla 84.

⁵⁹ Enrique Fernández Masía, *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado* (Tirant lo Blanch, 2019), pp. 31-55. El tema es particularmente sensible en arbitrajes de inversiones por ser los Estados y, en definitiva, los contribuyentes quienes deben

las Reglas incluyeron un nuevo capítulo titulado “Publicación, Acceso al Procedimiento y Presentaciones de Partes No Contendientes” en el cual se incluyen disposiciones sobre: (i) publicación de laudos y otras decisiones; (ii) publicación de escritos y acceso a audiencias; y (iii) participación de terceros⁶⁰.

4.1. Publicación de laudos y otras decisiones

En esta materia hay que distinguir entre la publicación de la totalidad del laudo y la de extractos del mismo. Con relación al primer punto, el Convenio CIADI requiere necesariamente el consentimiento de las partes⁶¹. Frente a esta limitación y en aras de fomentar la transparencia, las nuevas Reglas presumen que las partes han consentido en la publicación de todo el laudo cuando ninguna de ellas lo objeta por escrito dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la decisión⁶².

Para la publicación de extractos del laudo, el Convenio CIADI no requiere el consentimiento de las partes. Por ello, las Reglas de Arbitraje de 1984 previeron la facultad -y las Reglas de 2006 la obligación- de publicar extractos del razonamiento jurídico de los tribunales arbitrales⁶³. Las Reglas de 2022 regulan el procedimiento para dicha publicación, permitiendo a las partes revisar las secciones del laudo que serán publicadas⁶⁴.

El Convenio CIADI tampoco requiere el consentimiento de las partes para la publicación de decisiones y resoluciones procesales. Estas decisiones, de acuerdo con las nuevas Reglas, deberán ser publicadas por el CIADI omitiendo cualquier información confidencial y cualquier sección cuyo carácter reservado acuerden las partes⁶⁵.

Por último, el requisito del consentimiento de las partes en la publicación de todo el laudo previsto en el Convenio CIADI no aplica a los laudos dictados en procedimientos arbitrales administrados bajo el Mecanismo Complementario. Por ello, la reforma del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario establece la publicación de todos los laudos, decisiones y resoluciones procesales con cualquier supresión acordada por las partes dentro de los 60 días siguientes a su emisión⁶⁶.

sufragar los costos de una eventual condena.

⁶⁰ Reglas de Arbitraje (2022), Capítulo X; CIADI, “Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI – Documento de Trabajo No. 1”, p. 857 (“una mayor transparencia fomentará una mayor consistencia, cohesión y previsibilidad en los resultados de los casos”). Las enmiendas al capítulo X se basan en gran medida en el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglas CNUDMI sobre Transparencia”). *Id.*, p. 860; Reglas CNUDMI sobre Transparencia, 2014, <https://bit.ly/3f9uqA8>.

⁶¹ Convenio CIADI, artículo 48(5).

⁶² Reglas de Arbitraje (2022), regla 62(3). Este enfoque es semejante al adoptado por la CCI. Véase: Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, “Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje...” (2021), 58-59, <https://bit.ly/3C2RWry>.

⁶³ Véanse: secciones 1.1 y 1.2, *supra*.

⁶⁴ Reglas de Arbitraje (2022), regla 62(4).

⁶⁵ Reglas de Arbitraje (2022), regla 63. La publicación de estos instrumentos no estaba regulada en las Reglas anteriores.

⁶⁶ Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) (2022), artículo 73, <https://bit.ly/3qSeHbr>.

4.2. Publicación de escritos y acceso a audiencias

Las Reglas de 2022, a diferencia de las anteriores, regulan la publicación de los documentos presentados por las partes en el procedimiento. En este sentido, distinguen entre los escritos propiamente dichos (como, por ejemplo, la solicitud de arbitraje) y los documentos que sirven de fundamento a los escritos (v.g. declaraciones de testigo o de experto).

Para la publicación de los escritos, las Reglas requieren el consentimiento de la parte que presentó el escrito más no el de la contraparte. En cambio, para la publicación de los documentos que fundamenten los escritos se requiere el consentimiento de ambas partes⁶⁷. En todo caso, el tribunal deberá asegurarse que la publicación no divulgue información confidencial y que suprima cualquier texto acordado por las partes.

Las Reglas también regulan el acceso de terceros ajenos a la controversia a las audiencias, facultando al tribunal para permitir que dichos terceros asistan a las audiencias con el carácter de observadores a menos que alguna de las partes se oponga a ello. El CIADI, a solicitud de cualquiera de las partes, publicará las grabaciones o transcripciones de las audiencias salvo que la otra parte se oponga a ello⁶⁸.

4.3. Participación de terceros

Las Reglas de Arbitraje de 2006 contemplaron la posibilidad de que el tribunal, consultando previamente a las partes, autorizase la presentación de escritos por parte de terceros ajenos a la controversia. Para ello, el tribunal debía ponderar la medida en que el tercero coadyuvaría a la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho de la controversia, la relevancia del escrito y su interés en el procedimiento⁶⁹. Asimismo, establecieron el derecho de las partes a formular observaciones sobre el escrito del tercero.

Las Reglas de 2022, además de los parámetros previstos en las Reglas de 2006, añaden dos criterios específicos que deberá examinar el tribunal: (i) la identidad, actividad y cualquier afiliación del tercero con las partes de la controversia y (ii) si el tercero recibirá asistencia financiera o de otro tipo por la presentación de su escrito. En caso de que el tribunal permita la participación del tercero, deberá indicar claramente los

⁶⁷ Reglas de Arbitraje (2022), regla 64. Véase: Svetlana Portman, "Increased Transparency under the New ICSID Rules..." (Jus Mundi, 1 de julio de 2022), pp. 4-5, <https://bit.ly/3LCIBuS>. Esta disposición fue objeto de debate en el período de consultas. Unos Estados favorecían la publicación de todos los documentos mientras que otros mostraron su preocupación por las disputas que podría generar la supresión de textos entre las partes. CIADI, "Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI – Documento de Trabajo No. 5" (2021), pp. 315-316, <https://bit.ly/3ffSiSV>.

⁶⁸ Reglas de Arbitraje (2022), regla 65. Para un examen del debate sobre el poder de veto de una parte para impedir que un tercero observe la audiencia, véase: Gary Shaw, "The 2022 ICSID Rules: A Leap Toward Greater Transparency in ICSID Arbitration" (CIADI, 20 de junio de 2022), pp. 9-10, <https://bit.ly/3UwtvtO>.

⁶⁹ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (2006), regla 37(2).

requisitos del escrito (v.g. extensión, plazo, alcance) y permitirle al tercero acceder a los documentos pertinentes salvo que alguna de las partes se oponga a ello⁷⁰. Por último, al igual que en la normativa anterior, se prevé el derecho de las partes a presentar comentarios sobre el escrito del tercero.

Por otro lado, las Reglas de 2022, al igual que lo prevén las Reglas CNUDMI sobre Transparencia, permiten que un tercero ajeno a la controversia que sea parte del tratado bajo el cual surge una disputa y que se invoca como base del consentimiento al arbitraje, presente escritos sobre la interpretación de dicho tratado. Ese tercero puede ser un Estado o una organización regional (v.g., la Unión Europea)⁷¹. Este escrito constituirá un elemento importante para la interpretación del tratado conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5. Procedimiento de Recusación

Con el propósito de agilizar el procedimiento arbitral, las Reglas de 2022 introducen plazos más estrictos para la tramitación de las propuestas de recusación de los árbitros. En efecto, de acuerdo con la Regla 22 la solicitud de recusación deberá presentarse dentro de los 21 días siguientes a la fecha de la constitución del tribunal arbitral, o a la fecha en la cual el solicitante conozca o deba conocer los hechos que fundamentan la solicitud de recusación. La otra parte deberá presentar su contestación dentro de los 21 días siguientes a la fecha de la solicitud. Posteriormente, el árbitro cuya recusación se haya solicitado podrá presentar las explicaciones que estime conveniente dentro de los 5 días siguientes a la contestación de la solicitud. Por último, las partes podrán presentar cualquier observación dentro de los 7 días siguientes a la fecha en que el árbitro presente sus explicaciones. La solicitud de recusación deberá ser decidida, en principio, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la presentación del último escrito de las partes sobre la materia⁷².

Según el artículo 58 del Convenio CIADI, cualquier solicitud de recusación de un árbitro deberá ser decidida por los demás miembros del tribunal arbitral, sin embargo, en caso de empate de votos o tratándose de un árbitro único, la decisión corresponde al Presidente del Consejo Administrativo. Se le critica a este sistema el que en lugar de preverse la designación de un tercero neutral para que decida sobre dicha solicitud, la misma se confíe a los otros miembros del tribunal. Esto puede generar conflictos de interés entre los co-árbitros, lo que da lugar a inconvenientes dado el grupo relativamente pequeño de árbitros en materia de inversiones⁷³. Para hacer frente a estas críticas, las

⁷⁰ Reglas de Arbitraje (2022), regla 67; Shaw, "The 2022 ICSID Rules...", pp. 12-14.

⁷¹ Reglas de Arbitraje (2022), regla 68; Reglas CNUDMI sobre Transparencia, artículo 5; Portman, "Increased Transparency...", p. 6.

⁷² Reglas de Arbitraje (2022), reglas 22-23.

⁷³ Charles Brower, Sarah Melikian y Michael Daly, "Tall and Small Tales of a Challenged Arbitrator," en *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, ed. Chiara Giorgetti (Brill, 2015), p. 325; Ana Prundaru, "Will proposed

Reglas de 2022 permiten que los árbitros que conozcan de una solicitud de recusación puedan inhibirse del procedimiento por cualquier motivo o causa, correspondiéndole decidir la solicitud al Presidente del Consejo Administrativo⁷⁴.

En principio, el procedimiento se suspenderá mientras se decide la solicitud de recusación. No obstante, las nuevas Reglas -a diferencia de las anteriores- permiten que las partes acuerden continuar con el arbitraje mientras se tramita y decide la solicitud de recusación en aras de agilizar el procedimiento arbitral⁷⁵.

6. Financiamiento por terceros

En líneas generales, el financiamiento por terceros es un contrato en virtud del cual una parte ajena al arbitraje se compromete a facilitar al demandante o al demandado la totalidad o una parte de sus costos en el procedimiento usualmente a cambio de una retribución en caso de que la parte financiada triunfe en su reclamación⁷⁶. Esta modalidad es cada vez más frecuente en el arbitraje de inversiones debido a los altos costos, la cuantía de las demandas y el retorno significativo que el financiamiento puede generar.

El financiamiento por terceros puede facilitar el acceso a la justicia a los sujetos con menos recursos o permitirle a una parte externalizar los riesgos que supone litigar, sin embargo, también puede repercutir en el aumento del número de controversias especulativas y en el surgimiento de conflictos de interés con los árbitros⁷⁷. Por esta razón, durante el proceso de reforma de la normativa del CIADI se decidió por primera vez regular este mecanismo.

En este sentido, las Reglas de 2022 incluyen una definición amplia del financiamiento por terceros, reconociendo expresamente que el tercero puede proporcionar fondos al actor o al demandado directa o indirectamente, por medio de una donación o subsidio, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento⁷⁸. Como se aprecia, la definición comprende tanto al tercero financista que tiene un interés económico como a aquellas organizaciones que asisten financieramente a una

ICSID Arbitration Rule 23 put an end to Legitimacy Concerns of Arbitrator Disqualifications?" (Kluwer Arbitration Blog, 6 de octubre de 2019), <https://bit.ly/3dzdLFR>.

⁷⁴ Reglas de Arbitraje (2022), regla 23(2); Danielle Morris y Sam Winter, "Key Arbitration Considerations After ICSID Rule Update" (Law360, 1 de abril de 2022), p. 6, <https://bit.ly/3DYc0wM>.

⁷⁵ Reglas de Arbitraje (2022), regla 22(2).

⁷⁶ CNUDMI, "Nota de la Secretaría sobre posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados -financiación por terceros-" (24 de enero de 2019), 5-9, <https://bit.ly/3C6BFSB>.

⁷⁷ El Grupo de Trabajo III de la CNUDMI señaló que el financiamiento introduce un "desequilibrio estructural" en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. CNUDMI, "Informe del Grupo de Trabajo III sobre el 36º período de sesiones -Viena-" (6 de noviembre de 2018), 120, <https://bit.ly/3Bzn9kG>.

⁷⁸ Reglas de Arbitraje (2022), regla 14(1). Sobre la regulación del financiamiento por terceros en las instituciones arbitrales y su tratamiento en la jurisprudencia arbitral, véase: Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes, "Aspectos Prácticos del arbitraje internacional: financiamiento por terceros," *Revista Derecho y Sociedad*, No. 17 (2021), pp. 611-620.

de las partes sin perseguir una remuneración. Por ejemplo, en el caso *Philip Morris et al v. República de Uruguay*, la Fundación Bloomberg, bajo su Campaña Niños Libres de Tabaco asistió financieramente a Uruguay en su defensa en el arbitraje iniciado por subsidiarias de Philip Morris por supuestos daños causados por medidas de restricción al consumo de tabaco. La Campaña Niños Libres de Tabaco no tenía un interés económico en el laudo, sin embargo, no hay duda de que actuó como un tercero financista lo que pudo haber generado conflictos de interés en el procedimiento⁷⁹.

En segundo lugar, las Reglas imponen a la parte financiada la obligación de revelar la existencia del acuerdo de financiamiento, el nombre y dirección del tercero financista; y si el tercero es una persona jurídica, los nombres de las personas y entidades que sean propietarias o que controlen dicha entidad. Esta información debe presentarse por escrito al Secretario General del CIADI al momento de registrar la solicitud de arbitraje o inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento. Posteriormente el Secretario General transmitirá esta información a las partes y a los árbitros. La parte financiada tiene además la obligación de notificar cualquier modificación a la información proporcionada que se produzca durante el curso del procedimiento arbitral⁸⁰.

Por último, los árbitros están facultados para requerir en cualquier etapa del procedimiento información adicional sobre el financiamiento y el financista⁸¹. Si bien las Reglas no requieren que la parte financiada divulgue el contrato o las condiciones del financiamiento, esta información puede ser solicitada por los árbitros si lo consideran necesario.

7. Costos

Como es bien sabido, el arbitraje de inversiones ante el CIADI es costoso. Las partes incurren en numerosos gastos por concepto de tasas administrativas, honorarios profesionales, costos de preparación de audiencia, etc. Como se examinó, las Reglas de 2022 incluyen enmiendas para mejorar la eficiencia en la tramitación de los casos lo que, en definitiva, repercute en los costos del procedimiento. Además, incorporan en un capítulo separado novedosas disposiciones sobre la distribución de costos y la *cautio judicatum solvi*.

⁷⁹ *Philip Morris Brand Sàrl et al. v. República Oriental de Uruguay*, CIADI (Caso No. ARB/10/7), Laudo Final de fecha 8 de julio de 2016, <https://bit.ly/3Sas1E3>; Foley Hoag LLP, "Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration" (octubre 2010), ("La Campaña Niños Libres de Tabaco, una organización filantrópica y de investigación americana de la Fundación Bloomberg, acordó proveer asistencia financiera para la defensa de Uruguay.")

⁸⁰ Reglas de Arbitraje (2022), regla 14. Sobre la evolución de la regulación en los documentos de trabajo, véase: Alberto Favro, "New ICSID Arbitration Rules: A Further Step in the Regulation of Third-Party Funding" (Kluwer Arbitration Blog, 3 de junio de 2022), pp. 1-2, <https://bit.ly/3R8Uf0E>.

⁸¹ Reglas de Arbitraje (2022), regla 14(4).

7.1. Distribución de costos

El Convenio CIADI confiere amplia discrecionalidad a los tribunales para decidir sobre la distribución de los costos del procedimiento arbitral⁸². Las Reglas de 2022, a diferencia de las anteriores, incluyen una serie de disposiciones para que la decisión sobre costos sea más clara y predecible.

En primer lugar, las Reglas prevén una definición amplia de costos que incluye los honorarios y demás erogaciones de las partes, del tribunal, de sus asistentes y de los peritos que éste designe, así como las tasas administrativas y gastos directos del CIADI⁸³.

En segundo lugar, las Reglas requieren, además de la tradicional declaración de costos, que las partes presenten un escrito sobre la distribución de los mismos⁸⁴. De esta forma, se codifica la fundamentación de las partes acerca de la asignación de costos en el procedimiento.

En tercer lugar, se establece expresamente que todas las decisiones sobre costos deberán ser motivadas. Durante el período de consultas, la Unión Europea propuso sin éxito que se adoptase como régimen la condena en costas a la parte perdedora⁸⁵. Las Reglas, en lugar de adoptar un régimen general, incluyen parámetros para guiar la discrecionalidad del tribunal arbitral sobre la materia⁸⁶. Entre estos criterios destacan el examen del resultado del procedimiento, la conducta de las partes y el cumplimiento de las decisiones dictadas en el caso, la complejidad de los temas controvertidos y la razonabilidad de los costos.

Ahora bien, las Reglas incluyen una presunción de costas en favor de la parte vencedora en el procedimiento por falta manifiesta de fundamento jurídico⁸⁷. En otras palabras, si el tribunal desestima una reclamación por carecer manifiestamente de mérito, la parte perdedora deberá pagar las costas salvo circunstancias especiales.

Por último, se faculta al tribunal para dictar, de oficio o a instancia de parte, decisiones provisionales sobre costos en cualquier momento del procedimiento. Todas las decisiones sobre costos formarán parte del laudo definitivo⁸⁸.

⁸² Convenio del CIADI, artículo 61(2).

⁸³ Reglas de Arbitraje (2022), regla 50.

⁸⁴ Reglas de Arbitraje (2022), regla 51.

⁸⁵ Unión Europea, "Observaciones sobre la propuesta de reforma a las Reglas del CIADI presentada por la Unión Europea y sus Estados miembros" (2019), 27, <https://bit.ly/3xMd0zQ>.

⁸⁶ Reglas de Arbitraje (2022), regla 52(1); Charalampos Giannakopoulos, "The 2022 Amendments to the ICSID Arbitration Rules..." (Center for International Law of the National University of Singapore, 2022), p. 2, <https://nus.edu/3S253P7>.

⁸⁷ Reglas de Arbitraje (2022), regla 52(2).

⁸⁸ Reglas de Arbitraje (2022), regla 52(3)-(4).

7.2. *Cautio judicatum solvi*

El incremento del uso del financiamiento por terceros puede aumentar el riesgo de que quede ilusoria la ejecución de una condena en costas en contra del demandante tanto más cuanto que éste puede carecer de fondos para satisfacer su condena y el tribunal no tener jurisdicción sobre el tercero financista. Ante ello, se ha planteado la constitución de una caución para garantizar el eventual pago de una condena en costas (*cautio judicatum solvi*).

Las Reglas anteriores no regulaban expresamente la *cautio judicatum solvi*, sin embargo, algunos tribunales ordenaron su constitución en ejercicio del poder cautelar arbitral⁸⁹. Las Reglas de 2022 regulan la *cautio judicatum solvi* en un apartado específico y separado del poder cautelar con lo cual se prescinde de la necesidad de considerar los presupuestos generales del poder cautelar (necesidad, urgencia, proporcionalidad, daño irreparable), a los efectos de la constitución de la caución.

En efecto, de acuerdo con la Regla 53 el tribunal podrá, a instancia de parte, ordenar al demandante o al reconviniente la constitución de la *cautio judicatum solvi*. Para ello, deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo la capacidad y voluntad de la parte a la que se le solicita la caución para cumplir con una condena de costas adversa, el impacto que la constitución de la caución pueda tener en su capacidad para continuar con el proceso, el examen de la conducta de las partes y la existencia de un acuerdo de financiamiento por terceros⁹⁰.

El tribunal fijará en su decisión el plazo para la constitución de la caución. Si la parte incumple con la orden de constitución en los términos establecidos, se podrá suspender el procedimiento. En caso de que el procedimiento se suspendiera por más de 90 días, el tribunal podrá ordenar la terminación del mismo, previa consulta con las partes⁹¹.

8. Reforma de otros instrumentos normativos

Como se señaló, el Consejo Administrativo del CIADI no sólo aprobó la modificación de las Reglas de Arbitraje, sino también la reforma de las Reglas de Conciliación, del Reglamento Administrativo y Financiero, de las Reglas de Iniciación y de las normas que regulan el Mecanismo Complementario. Asimismo, aprobó un nuevo Reglamento

⁸⁹ *RSM Production Corporation v. Santa Lucía*, CIADI (Caso No. ARB/12/10), Decisión sobre la Solicitud de Santa Lucía de Constituir una *cautio judicatum solvi* de fecha 13 de agosto de 2014, 81-88, <https://bit.ly/3R2r3s9>; *Dirk Herzig as Insolvency Administrator v. Turkmenistán*, CIADI (Caso No. ARB/18/35), Decisión sobre la Solicitud de *cautio judicatum solvi* de fecha 27 de enero de 2020, 52-67, <https://bit.ly/3dEFODO>.

⁹⁰ Reglas de Arbitraje (2022), regla 53(3)-(4); Scherpf y Politis, "Proposed Amendments...", p. 7. La mera existencia de un acuerdo de financiamiento no es *per se* suficiente para decretar la *cautio judicatum solvi*. Véase: CIADI, "Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI – Documento de Trabajo No. 5" (2021), p. 307, <https://bit.ly/3ffSiSV>.

⁹¹ Reglas de Arbitraje (2022), regla 53(6).

de Comprobación de Hechos y adoptó el marco normativo de un novedoso procedimiento de mediación. Si bien el examen de estas modificaciones desborda el ámbito de este artículo y será objeto de nuestro examen en otro trabajo, conviene hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, las nuevas Reglas de Conciliación simplifican y reducen los trámites del procedimiento conciliatorio, introducen disposiciones para fortalecer la confidencialidad (como, por ejemplo, impedir que las partes invoquen en otro procedimiento cualquier declaración u oferta presentada en una conciliación) e imponen el deber de revelar la existencia del financiamiento por terceros⁹².

En segundo lugar, el Reglamento del Mecanismo Complementario introduce una novedosa disposición para someter a este mecanismo aquellas controversias que surjan con ocasión de una inversión entre un Estado o una Organización Regional de Integración Económica y un nacional de otro Estado aun cuando ninguna de las partes sea un Estado o un nacional de un Estado miembro del Convenio CIADI⁹³.

El nuevo Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario incorpora las modificaciones pertinentes de las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI, incluyendo disposiciones para agilizar la tramitación del procedimiento arbitral ordinario y un nuevo procedimiento de arbitraje abreviado, medidas para aumentar la transparencia, normas relativas al financiamiento por terceros, así como parámetros para la distribución de costos y la constitución de la *cautio judicatum solvi*⁹⁴.

En tercer lugar, la reforma amplía el alcance del procedimiento de comprobación de hechos y no lo limita únicamente al Mecanismo Complementario del CIADI como ocurría antes⁹⁵. Este procedimiento permite que las partes soliciten a un tercero imparcial su asistencia para determinar los hechos que pudieran tener relevancia en una controversia actual o futura.

Por último, se dictó el Reglamento de Mediación específicamente diseñado para disputas sobre inversiones⁹⁶. Con ello, se amplían los mecanismos de resolución alternativa de controversias sobre inversiones que ofrece el CIADI y se confiere a las partes la posibilidad de acudir a un tercero independiente que las asista para lograr una solución amigable a su disputa.

⁹² Reglas de Conciliación (2022), reglas 3(2), 9, 10, 12, 31, <https://bit.ly/3R2HJjh>.

⁹³ Reglamento del Mecanismo Complementario (2022), artículo 22, <https://bit.ly/3qSeHbr>; Kinneary, "The launch of a new generation...", p. 2.

⁹⁴ Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) (2022), artículos 5, 12, 23, 30, 38, 40, 51-58, 61, 79-88, <https://bit.ly/3qSeHbr>.

⁹⁵ Reglas de Comprobación de Hechos (2022), artículo 2, <https://bit.ly/3SnBY0A>.

⁹⁶ Reglas de Mediación (2022), <https://bit.ly/3S4D7dx>.

CONCLUSIONES

La reforma de la normativa del CIADI introduce mejoras al sistema de arbitraje de inversiones dentro de los límites del Convenio CIADI dada la dificultad de obtener la unanimidad necesaria para reformar el propio Convenio.

Las Reglas de Arbitraje hacen frente a las críticas sobre la duración, los costos y la falta de transparencia de los procedimientos. De allí que fijan términos para el pronunciamiento de los laudos y decisiones procesales, reducen plazos previamente establecidos, codifican la práctica arbitral sobre los requisitos y tipos de medidas cautelares, incluyen la posibilidad de acoger un procedimiento de arbitraje acelerado, regulan la publicación de laudos y decisiones procesales, así como la participación de terceros, e incorporan criterios para que la distribución de costos sea más clara y predecible.

El financiamiento por terceros se reguló por primera vez en las Reglas de Arbitraje de 2022 imponiendo a la parte financiada la obligación de revelar la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del tercero financista para precaver situaciones de conflictos de interés y proteger la integridad del procedimiento arbitral.

Las nuevas Reglas separan la regulación de la *cautio judicatum solvi* del poder cautelar general de los árbitros. Asimismo enumeran los elementos que deben tomarse en cuenta para la constitución de esta caución lo que incluye la capacidad y voluntad de cumplir con una condena de costas, la conducta de las partes, la existencia de un acuerdo de financiamiento y el impacto que podría generar la constitución de la caución en la continuación del procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Antonietti, Aurélia. "The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol 21, No. 2 (2006).
- Baltag, Crina. "The ICSID Convention: A Successful Story – The Origins and History of the ICSID." En *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, editado por Crina Baltag. Kluwer Law International, 2017.
- Brower, Charles, Sarah Melikian y Michael Daly. "Tall and Small Tales of a Challenged Arbitrator." En *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, editado por Chiara Giorgetti. Brill, 2015.
- Charalampos Giannakopoulos, "The 2022 Amendments to the ICSID Arbitration Rules: Incremental Improvements against the Backdrop of ISDS Reform." Center for International Law of the National University of Singapore, 2022. Disponible en: <https://nus.edu/3S253P7>.
- Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional. "Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI." 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3C2RWry>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. "Informe del Grupo de Trabajo III sobre el 36º período de sesiones -Viena-" 6 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3Bzn9kG>.

-
- _____. "Nota de la Secretaría sobre posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados -financiación por terceros-." 24 de enero de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3C6BFSB>.
- Favro, Alberto. "New ICSID Arbitration Rules: A Further Step in the Regulation of Third-Party Funding." *Kluwer Arbitration Blog*, 3 de junio de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3R8Uf0E>.
- Fernández Masía, Enrique. *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado*. Tirant lo Blanch, 2019.
- Gurdova, Shirin. "Bifurcation." *JusMundi*, 2 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3C1iA49>.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration." *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, No. 1 (2006).
- Kinnear, Meg. "The launch of a new generation of the ICSID Rules." *Columbia FDI Perspectives*, No. 326 (2022). Disponible en: <https://bit.ly/3Uqsb1R>.
- Morris, Danielle y Sam Winter, "Key Arbitration Considerations After ICSID Rule Update." *Law360*, 1 de abril de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3DYc0wM>.
- Parra, Antonio. *The History of ICSID*. Oxford University Press, 2012.
- _____. "The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes." *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, No. 1 (2007).
- Portman, Svetlana. "Increased Transparency under the New ICSID Rules: A Way Forward for ISDS Legitimacy." *Jus Mundi*, 1 de julio de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3LCiBuS>.
- Prundaru, Ana. "Will proposed ICSID Arbitration Rule 23 put an end to Legitimacy Concerns of Arbitrator Disqualifications?" *Kluwer Arbitration Blog*, 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3dzdLFR>.
- Scherpf, Georg y Antonios Politis. "Proposed Amendments to the ICSID Regulations and Rules – A Necessary Update." *JusMundi*, 8 de marzo de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3S7ACqQ>.
- Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2009.
- Shaw, Gary. "The 2022 ICSID Rules: A Leap Toward Greater Transparency in ICSID Arbitration." *ICSID*, 20 de junio de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3UwtvtQ>.
- Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique J. "Aspectos Prácticos del arbitraje internacional: financiamiento por terceros." *Revista Derecho y Sociedad*, No. 17 (2021).
- Vandavelde, Kenneth. "A Brief History of International Investment Agreements." En *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, editado por Karl Sauvant y Lisa Sachs. Oxford University Press, 2009.

Inversiones mineras y arbitraje: La experiencia de Venezuela ante el CIADI

Juan Andrés Miralles Quintero*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 311-330

Resumen: El autor estudia cuál ha sido la experiencia de Venezuela en los casos arbitrales que han iniciado inversionistas extranjeros en su contra ante el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Para ello, primero se aborda de manera general el régimen jurídico de la minería en Venezuela. Segundo, se estudia de forma breve el arbitraje conforme a los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos y ratificados por Venezuela, para así poder adentrarse en el análisis de los procesos arbitrales llevados a cabo ante el CIADI. Finalmente, se presentan unas breves conclusiones sobre el tema.

Palabras clave: minería, arbitraje, inversión.

Mining investments and arbitration: Venezuela's experience before the ICSID

Abstract: *The author studies Venezuela's experience in the arbitration cases that foreign investors have initiated against it before the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). To do this, he first addresses in general the legal mining regime of said country. Secondly, he briefly comments how arbitration works in accordance with the Bilateral Investment Treaties signed and ratified by Venezuela, to delve later into the analysis of the arbitration processes carried out against Venezuela before the ICSID. Finally, he presents some brief conclusions on the subject.*

Keywords: *mining, arbitration, investment.*

Recibido: 2/8/2022
Aprobado: 14/12/2022

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

Inversiones mineras y arbitraje: La experiencia de Venezuela ante el CIADI

Juan Andrés Miralles Quintero*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 311-330

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Breves consideraciones sobre el régimen jurídico de la minería en Venezuela. 1.1. Los cauces de participación privada en la actividad minera, según la Ley de Minas de 1999. 1.2. Los cauces de participación privada, luego de la nacionalización del oro y otros minerales estratégicos. 2. El arbitraje y los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela. 2.1. El arbitraje de inversiones con base en los Tratados Bilaterales de Inversión de Venezuela. 2.2. Breve referencia al reconocimiento del arbitraje en el ordenamiento jurídico venezolano, en especial, en la legislación minera. 2.3. La nacionalización del oro en Venezuela y la resolución de controversias en materia de minería del oro. 3. Los arbitrajes en contra de Venezuela ante el CIADI relacionados con inversiones en actividades mineras. 3.1. Casos decididos en contra de la República. 3.2. Casos decididos a favor de la República. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas Inversiones (en lo adelante “CIADI”) se ha convertido en un foro popular en los últimos años para aquellos inversionistas que se han visto afectados en sus derechos por parte de los Estados en los que realizan alguna inversión. Específicamente, el arbitraje basado en Tratados Bilaterales de Inversión (en lo sucesivo “TBIs”) y, en especial, el administrado por el CIADI, se ha convertido en un medio frecuentemente utilizado para la resolución de este tipo de controversias internacionales.

En el caso de Venezuela, las distintas reclamaciones han estado relacionadas con inversiones en diferentes ámbitos económicos. Uno de estos ha sido el ámbito minero que, luego de que el Estado venezolano impulsara una política de nacionalización y estatización de la industria, se iniciaron una serie de reclamaciones internacionales relacionadas a inversiones extranjeras en proyectos mineros en el país. De allí que resulta de particular interés analizar cuál ha sido la experiencia de Venezuela ante estos litigios internacionales en materia arbitral, en especial, en el ámbito minero.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

1. Breves consideraciones sobre el régimen jurídico de la minería en Venezuela

La minería en Venezuela se encuentra regulada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo "CRBV")¹, la Ley de Minas² y la legislación especial que se ha dictado a tal efecto, en particular, resalta Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos (en lo adelante "Decreto-Ley del Oro de 2015")³.

En principio, el régimen jurídico de la minería en Venezuela establece que el ejercicio directo de la actividad minera se encuentra reservada al Estado, sin embargo, se permite que los particulares participen de forma indirecta en este sector, por medio de los títulos que le concede el Estado. La modalidad o cauce de la participación privada dependerá, en gran medida, del tipo de actividad que se ejerza, esto es, si se trata de actividades primarias (exploración y explotación minera) o si se trata de otras actividades no consideradas como primarias.

En efecto, la Ley de Minas de 1999 establece distintas modalidades de participación privada que se permiten en la minería en general, salvo en algunos ámbitos en específico⁴. Entre tales cauces de la iniciativa privada se encuentran: las concesiones mineras para la exploración y explotación, las autorizaciones para ejercer actividades de pequeña minería, la mancomunidad minera, la minería artesanal y las actividades conexas o auxiliares de la minería.

Sin embargo, al nacionalizarse la industria del oro y otros minerales estratégicos, como veremos más adelante, se incluyeron dos cauces de la participación privada en esta industria, a saber: las alianzas estratégicas y la iniciativa privada bajo el esquema de las empresas mixtas.

1.1. Los cauces de participación privada en la actividad minera, según la Ley de Minas de 1999

Como dijimos antes, la Ley de Minas de 1999 establece distintas modalidades para la participación privada en la minería. Una primera modalidad es a través de la figura de las concesiones mineras que no son más que una especie del género "concesiones administrativas", o lo que es lo mismo, son un tipo de concesión administrativa.

¹ Gaceta Oficial (G.O.) N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

² G.O. N° 5.382 Extraordinario de fecha 28 de septiembre de 1999.

³ G.O. N° 6.210 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015

⁴ Como se explicará más adelante, en el ámbito de la minería del oro y otros minerales estratégicos, la participación privada se encuentra limitada a dos modalidades: (i) empresas mixtas, en las cuales la República tenga una participación no menor al cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social y (ii) mediante alianzas estratégicas orientadas a la pequeña minería y suscritas entre la República y cualquier tipo de sociedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto-Ley del Oro y demás Minerales Estratégicos.

Las concesiones administrativas son definidas como “contratos públicos o contratos estatales (contratos administrativos) celebrados por el Estado y una persona privada o concesionario mediante los cuales el Estado le otorga o concede el derecho de desarrollar determinadas actividades que han sido legalmente reservadas al Estado”⁵, estando impedido el ejercicio libre de tales actividades por parte de los particulares.

En el ámbito minero, las concesiones son contratos públicos que celebran el Estado y una persona privada a través de los cuales el primero le otorga a la segunda, el derecho a desarrollar actividades mineras. En efecto, el artículo 24 de la Ley de Minas define a la concesión minera como “el acto del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional”.

Se trata entonces de un acto de Derecho Público mediante el cual el Estado delega ciertas atribuciones en los particulares o en una compañía (concesionario) que, a decir de la propia Ley, son atribuciones únicamente relacionadas con la exploración y subsecuente explotación de recursos minerales.

La doctrina ha referido que, aun cuando las concesiones son contratos del Estado, no siempre operan de la misma forma que los contratos tradicionales. Brewer-Carías señala que, en algunos casos y a pesar de que las partes estén de acuerdo con los términos del contrato, las concesiones se publican como parte de una Resolución Ministerial (acto administrativo unilateral) “como es el caso en Venezuela de las concesiones mineras que con la denominación de ‘título de exploración’, ‘certificado de explotación’ o simplemente ‘Título Minero’ se otorgan por el Ministro de Energía y Minas, y se publican mediante una Resolución Ministerial en la Gaceta Oficial”⁶.

En cuanto a su duración, el artículo 25 de la referida Ley señala además que las concesiones se otorgan por veinte (20) años, “contados a partir de la fecha de publicación del Certificado de Explotación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, pudiendo prorrogarse su duración por períodos sucesivos no mayores de diez (10) años”.

No obstante, el concesionario puede solicitar la prórroga por períodos sucesivos que no excedan de diez (10) años, siempre y cuando este lo solicite dentro de los tres (3) años anteriores al vencimiento del período inicial “y el Ministerio de Energía y Minas lo considere pertinente, sin que las prórrogas puedan exceder del período original otorgado”.

⁵ Allan Brewer-Carías, “El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras”, *Revista de Derecho Tributario* N° 147, julio-agosto-septiembre (2015): 21.

⁶ Ídem.

Un aspecto relevante de las concesiones mineras en Venezuela y que, como veremos más adelante, ha sido abordado por algunos tribunales arbitrales en los casos que se han iniciado ante el CIADI, es la institución de la reversión establecida en el artículo 102 de la Ley de Minas, en los términos siguientes:

Artículo 102. Las tierras, obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas, así como cualesquiera otros bienes muebles o inmuebles, tangibles e intangibles, adquiridos con destino a las actividades mineras, deben ser mantenidos y conservados por el respectivo titular en comprobadas condiciones de buen funcionamiento, según los adelantos y principios técnicos aplicables, durante todo el término de duración de los derechos mineros y de su posible prórroga, y pasarán en plena propiedad a la República, libres de gravámenes y cargas, sin indemnización alguna, a la extinción de dichos derechos, cualquiera sea la causa de la misma.

El artículo antes citado consagra la institución de la reversión en las concesiones mineras, la cual se refiere a "la obligación del concesionario de entregar a la Administración la obra o servicio y todos los instrumentos necesarios: bienes, acciones y derechos para asegurar la continuidad de esa obra o servicio, una vez extinguida la concesión"⁷.

En otras palabras, no es más que la reversión de aquellos bienes que fueron adquiridos y que han de ser destinados a las actividades mineras que fueron concedidas. Es importante resaltar que la reversión sólo opera respecto a los bienes adquiridos por el concesionario y destinados a las actividades mineras otorgadas mediante la concesión, y no sobre aquellos bienes adquiridos por el concesionario y no destinados a tales actividades mineras.

Un segundo cauce de la iniciativa privada en este sector lo constituyen las autorizaciones para la pequeña minería. El artículo 64 de la Ley de Minas establece lo siguiente:

Artículo 64.- La pequeña minería es la actividad ejercida por personas naturales o jurídicas de nacionalidad venezolana para la explotación de oro y diamante, durante un período que no excederá de diez (10) años, en áreas previamente establecidas mediante resolución, por el Ministerio de Energía y Minas, cuya superficie no será mayor de diez (10) hectáreas, para ser laborada por un número no mayor de treinta (30) trabajadores individualmente considerados.

La tercera modalidad para la participación privada en el sector minero es la llamada mancomunidad minera que, en los términos del artículo 77 de la Ley de Minas, se define como:

Artículo 77.- Con el fin de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos mineros, facilitar las operaciones técnicas, mejorar el rendimiento de las explotaciones y proteger los recursos naturales y el ambiente, el Estado propiciará la constitución de mancomunidades mineras.

⁷ Carlos García Soto, "Reversión de bienes en el contrato de concesión," *Revista Derecho y Sociedad. Revista de los estudiantes de la Universidad Monteávila* (2003): 95.

A los efectos de esta Ley, se entiende por mancomunidad minera la agrupación de pequeños mineros en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de estos, situados de forma tal, que permita la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento en el ejercicio de la actividad minera.

Otro cauce de la iniciativa privada en la industria minera es la minería artesanal, entendida esta como:

Artículo 82.- La minería artesanal es aquella que se caracteriza por el trabajo personal y directo en la explotación de oro y diamante de aluvión, mediante equipos manuales, simples, portátiles, con técnicas de extracción y procesamiento rudimentarios y que solo puede ser ejercida por personas naturales de nacionalidad venezolana.

De igual manera, los particulares pueden realizar las llamadas “actividades auxiliares o conexas” que, en los términos del artículo 86 de la Ley, implican:

Artículo 86.- El almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales regidos por esta Ley, estarán sujetos a la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación y demás disposiciones que el mismo tuviera por conveniente dictar, en defensa de los intereses de la República y de la actividad minera. Cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales.

Como mencionamos, estas son las distintas modalidades de participación privada en la industria minera, de conformidad con lo establecido en la Ley de Minas de 1999. Sin embargo, con la nacionalización de la industria del oro, se añadieron dos cauces de la iniciativa privada, como se verá de seguidas.

1.2. Los cauces de participación privada, luego de la nacionalización del oro y otros minerales estratégicos

En el 2011, se dictó el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares* (en adelante “Decreto-Ley del Oro de 2011”)⁸, a través del cual se nacionalizó la industria del oro en Venezuela⁹. No obstante, aun cuando el ejercicio directo de la minería del oro se encontraba reservado al Estado, en dicho Decreto-Ley se establecieron como modalidades de participación privada en la industria a las alianzas estratégicas y las empresas mixtas.

⁸ G.O. N° 39.759 de fecha 16 de septiembre de 2011.

⁹ Sobre la nacionalización de la industria del oro en Venezuela, véase Allan Brewer-Carías, “Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la Minería del Oro y de la Comercialización del Oro”, *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre (2011): 65-77; Ramsis Ghazzaoui, “Breves notas sobre la Ley Orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas”, *Revista de Derecho Público* N° 140 (2014): 312-315; y Víctor Rafael Hernández-Mendible, “La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias”, *Revista de Derecho Público* N° 130 (2012): 295-306.

Más concretamente, se trata de la participación privada en la industria a través del esquema de empresas mixtas en las cuales la República tenga una participación no menor al cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social; o mediante alianzas estratégicas orientadas a la pequeña minería y suscritas entre la República y cualquier tipo de sociedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto-Ley del Oro y demás Minerales Estratégicos.

Meses después de su publicación, el referido Decreto-Ley fue parcialmente reformado por el *Decreto N° 8.683, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares a Éstas* (Reforma Parcial del Decreto-Ley del Oro de 2011)¹⁰. En esta reforma, se mantuvieron los referidos cauces de la iniciativa privada, es decir, las alianzas estratégicas y las empresas mixtas.

Posteriormente, en el 2014, se dictó el Decreto N° 1.395, mediante el cual se dicta el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares a éstas* (Decreto-Ley del Oro de 2014)¹¹, quedando así derogado la Reforma Parcial del Decreto-Ley del Oro de 2011, antes mencionado.

Este último Decreto-Ley fue derogado por la *Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos* (Decreto-Ley del Oro de 2015)¹². En este último instrumento legislativo, se incluyó la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional declarara como estratégicos cualquier otro mineral que estimara de su conveniencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la referida Ley Orgánica.

A partir de esta disposición, el Ejecutivo Nacional ha declarado ciertos minerales, además del oro, como de carácter estratégico y, por tanto, se ha reservado su exploración y explotación¹³. En cuanto a los cauces de participación privada, hasta la fecha, se mantienen las alianzas estratégicas y el esquema de las empresas mixtas.

¹⁰ G.O. N° 6.063 Extraordinario de fecha 15 de diciembre de 2011.

¹¹ G.O. N° 6.150 Extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014.

¹² G.O. N° 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

¹³ Entre tales minerales declarados como estratégicos se encuentran el Coltán, Casiterita, Níquel, Rodio, Titanio y los minerales asociados a los elementos de las Tierras Raras, por mencionar algunos.

2. El arbitraje y los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela

2.1. El arbitraje de inversiones con base en los Tratados Bilaterales de Inversión de Venezuela

Los Tratados Bilaterales de Inversión (en lo sucesivo “TBIs”) tienen por objetivo promover un ambiente favorable para las inversiones, toda vez que todo inversionista extranjero debe tomar en consideración “la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en un determinado país”¹⁴. Ciertamente, los TBIs son tratados que, como su nombre lo indican, se suscriben entre dos Estados y pretenden proteger a los inversionistas de uno de esos Estados al evitar que ciertos abusos sean ocasionados sobre la inversión, por parte del Estado receptor de ésta.

En el Derecho Internacional, se reconoce que, para que la protección de la inversión extranjera en el Estado receptor sea efectiva, ésta debe ser independiente de la actividad de dicho Estado. En este sentido, Blackaby indica que “la protección proporcionada por los tratados solo resulta efectiva en la medida en que lo sean los mecanismos que aseguren su ejecución”¹⁵. Por ello, es que los TBIs suelen incorporar un “sistema de solución de controversias, según el cual, el inversionista puede iniciar directamente un procedimiento arbitral en contra del Estado, luego de un período de ‘cooling off’ para la negociación y/o limitada intervención de los tribunales locales”¹⁶.

En efecto, la gran mayoría de los tratados —bilaterales y multilaterales— contienen cláusulas de solución de controversias surgidas entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión. Estas previsiones incluidas en los TBIs, y algunos tratados multilaterales, suelen variar dependiendo del tratado, sobre todo en lo que respecta a los mecanismos disponibles y las reglas aplicables a éstos.

En el caso venezolano, la República tiene, hasta la presente fecha, un total de 26 TBIs vigentes¹⁷. Cada tratado contiene previsiones que contemplan protecciones esenciales para las inversiones extranjeras, entre las que se encuentran las referidas a

¹⁴ Nigel Blackaby, “El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina”, *Revista Internacional de Arbitraje* N° 1, junio-diciembre (2004): 18.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Nigel Blackaby, “El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina”, 18-19.

¹⁷ Conviene precisar que el número exacto de tratados actualmente vigentes suele cambiar o no es uniforme dentro del foro jurídico, es decir, para algunos hay 25 TBIs vigentes, pero para otros existen 26, como es nuestra posición. En este sentido, es necesario comentar que el tratado suscrito con Brasil no ha sido ratificado por dicho país, mientras que el tratado suscrito con el Reino de los Países Bajos no fue prorrogado y terminó el 1 de noviembre de 2008. Adicionalmente, en el año 2017 Ecuador denunció el tratado suscrito con Venezuela, con lo cual la red de tratados suscritos y ratificados por Venezuela se ha reducido. Es de destacar que el profesor Hernández Bretón ya señalaba hace unos años que la red de tratados de Venezuela ya de por sí era muy limitada, por cuanto no existían -y todavía no existen- tratados suscritos en la materia con países como Colombia y los Estados Unidos de América. Véase Eugenio Hernández Bretón, “La inversión extranjera a finales de 2012”, *Anuario de Derecho Público* N° 6 (2012): 291-292.

los estándares de tratamiento nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo, expropiación (directa e indirecta) y las cláusulas de solución de disputas entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, entre otras.

Sobre estas últimas, se puede afirmar que prácticamente la totalidad de los TBIs suscritos y ratificados por Venezuela contienen cláusulas de solución de este tipo de disputas. Tales cláusulas suelen ser bastante uniformes entre los diversos TBIs, sin embargo, se pueden notar algunas diferencias, en especial, en cuanto al lenguaje y la redacción empleada en los distintos tratados.

En general, los TBIs de Venezuela suelen remitir a tres regulaciones principales en lo que se refiere a la solución de controversias en materia de inversión, a saber: (i) el arbitraje conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI); (ii) el arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o; (iii) el arbitraje especial conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo "UNCITRAL" por sus siglas en inglés).

El arbitraje conforme al Convenio CIADI suele ser la primera opción contenida en los TBIs y, en consecuencia, es el medio más utilizado por los inversionistas extranjeros. Tan es así que la gran mayoría de las reclamaciones en contra de Venezuela, en materia de inversión extranjera, han sido iniciadas ante el CIADI¹⁸. Sin embargo, en algunas ocasiones, el arbitraje conforme al Convenio CIADI puede no estar disponible para las partes, por lo que se suele acudir a los tribunales *ad-hoc* establecidos por la UNCITRAL.

Es importante recordar que el CIADI en sí, no es un tribunal arbitral, sino que es el centro que se encarga de administrar los arbitrajes y establecer los tribunales arbitrales que decidirán el caso concreto. Los tres miembros de este tribunal arbitral suelen ser nombrados por las partes (uno por el demandante, otro por el demandado y el tercero por ambas partes si así lo acuerdan), pero en ocasiones el tercer miembro puede ser escogido el presidente del Centro, cuando las partes no logren acuerdo. Todo lo relativo al funcionamiento de los procesos arbitrales ante el CIADI se encuentra establecido en el Convenio de Washington antes referido, así como en su Reglamento Complementario¹⁹.

¹⁸ A la presente fecha se contabilizan cincuenta y un (51) reclamaciones internacionales iniciadas en contra de Venezuela ante el CIADI. Esto es, como se dijo, sólo ante el CIADI. Existen otros casos llevados en contra de la República ante otros Centros de Arbitraje distintos al CIADI como, por ejemplo, el de la UNCITRAL. Al incluir estos procesos arbitrales en la lista, el número de reclamaciones internacionales en materia de inversión extranjera aumentaría a cincuenta y cuatro (54).

¹⁹ Sobre la jurisdicción del CIADI véase, en general, Pérez Pacheco, Yaritza, "Arbitraje internacional en materia de inversión extranjera. La jurisdicción del CIADI", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* N° 136 (2012): 35-77.

2.2. Breve referencia al reconocimiento del arbitraje en el ordenamiento jurídico venezolano, en especial, en la legislación minera

La CRBV consagra en su artículo 257 que el sistema de justicia está integrado 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. Así mismo, el artículo 258 de la Constitución establece expresamente que la Ley deberá promover los medios alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros mecanismos de resolución de controversias.

De igual forma, el arbitraje está reconocido en el Código de Procedimiento Civil venezolano y, en el caso específico del arbitraje comercial, cuenta con una ley propia, esta es, la Ley de Arbitraje Comercial de 1999. A su vez, existen diversas leyes especiales que consagran el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Entre tales leyes, destacan la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* (LOH)²⁰ la cual consagra en su artículo 34 al arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos para las empresas mixtas; el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* (Ley del Gas)²¹ cuyo artículo 24 reconoce también el arbitraje²²; y la propia Ley de Minas de 1999, cuyo artículo 33 señala lo siguiente:

Artículo 33. 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.

La norma antes transcrita consagra tres mecanismos de resolución de controversias surgidas entre el Estado e inversionistas titulares de derechos mineros. En primer lugar, se encuentra la resolución amigable lo que incluye a la negociación, mediación o conciliación. Aun cuando la Ley incluye al arbitraje como medio de solución amigable de conflictos, creemos que el arbitraje se debe distinguir de los métodos amigables, pues, realmente, éste es de carácter contencioso.

²⁰ G.O. N° 38.493 de fecha 4 de agosto de 2006.

²¹ G.O. N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999.

²² El artículo 24 del referido Decreto-Ley señala: "Las personas privadas nacionales o extranjeras, con o sin la participación del Estado, que deseen realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos no asociados, deberán obtener la licencia correspondiente del Ministerio de Energía y Minas, sujetándose a las condiciones siguientes: (...) 6. En las licencias, aunque no aparezcan expresamente, se tendrán como insertas las cláusulas siguientes: (...) b) Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la licencia y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje, 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".

En segundo lugar, se prevé —en términos casi idénticos a los utilizados en la legislación en materia de hidrocarburos²³— al arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de controversias en este ámbito. De la redacción, pareciera que el legislador circunscribe el arbitraje como medio para solucionar controversias derivadas de las concesiones mineras otorgadas, excluyendo así a las otras formas de participación privada en las actividades de minería.

Ciertamente, en las concesiones mineras celebradas entre el Estado venezolano e inversionistas extranjeros ha sido común que se estipulen cláusulas relativas a la solución de controversias por medio de arbitraje, nacional o internacional, así como institucional o independiente.

En el caso de que una de las partes sea un inversionista extranjero, se suelen establecer dos modalidades típicas, a saber: el arbitraje conforme lo dispongan los tratados bilaterales de inversión que se hayan suscrito entre Venezuela y el Estado del inversionista, en caso de que existan o, aplicando lo dispuesto en la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones y la Ley de Arbitraje Comercial, en tanto no existan los TBIs.

Como mencionamos más arriba, los TBIs suelen remitir a tres regulaciones principales sobre el arbitraje: (i) el arbitraje conforme al Convenio CIADI; (ii) el arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o; (iii) el arbitraje especial conforme a las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL.

De esta forma, la legislación reconoce la posibilidad de incluir compromisos de arbitraje en las concesiones mineras para resolver controversias entre entes públicos e inversionistas nacionales o extranjeros en este ámbito. Sin embargo, tales concesiones deben contar con la aprobación previa del Procurador General de la República (PGR) conforme a lo establecido en el artículo 12 del Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DLOPGR).

En tercer y último lugar, se contempla a los tribunales competentes de la República, es decir, a los tribunales en materia de lo contencioso administrativo o constitucional, según lo previsto en los artículos 259 y 336 del texto constitucional, así como en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

²³ El artículo 34 de la LOH establece lo siguiente: "Las condiciones a las cuales se refiere el artículo anterior deberán cumplir los requisitos mínimos siguientes: (...) 3. En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas las cláusulas siguientes: (...) b. 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".

2.3. La nacionalización del oro en Venezuela y la resolución de controversias en materia de minería del oro

Como se explicó más arriba, en el 2011 se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares (en adelante "Decreto-Ley del Oro")²⁴. Dicho Decreto-Ley del Oro modificó parcialmente las normas en materia de solución de conflictos en este ámbito, al establecerse en el artículo 34, lo siguiente:

Artículo 34. Todos los hechos y actividades objeto de la normativa contenida en el presente Decreto Ley, se regirán por las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, y las controversias que de los mismos deriven, estarán de manera exclusiva y excluyente sometidas a la jurisdicción de sus tribunales, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para una gran parte de la doctrina²⁵, la norma antes transcrita, constituyó un cambio evidente a las reglas en materia de controversias relacionadas a la minería del oro, por cuanto estas estarían, de manera exclusiva y excluyente, sometidas a los tribunales de la República, salvo en los supuestos de concesiones mineras que hayan sido celebradas con anterioridad a la promulgación de este Decreto-Ley y en las cuales se haya estipulado la sumisión de tales conflictos a alguna jurisdicción arbitral.

Adicionalmente, se ha afirmado que tal norma tampoco implicó que los inversionistas extranjeros no pudiesen acceder a alguna jurisdicción arbitral internacional, "en virtud de las previsiones de la Ley de protección y promoción de inversiones de 1999 o de algún Convenio Bilateral de protección de Inversiones que pueda protegerlos"²⁶.

En la reforma parcial de este Decreto-Ley dictada unos meses después se mantuvo la misma redacción del artículo 34 antes citado, manteniéndose la exclusión del arbitraje como método de resolución de conflictos en el ámbito de la minería del oro. Posteriormente, en el nuevo Decreto-Ley del Oro del 2014, el artículo 34 antes comentado cambió de enumeración, pues, pasó ser el artículo 4, pero mantuvo la misma redacción.

Actualmente, el Decreto-Ley del Oro de 2015 extiende el ámbito de la reserva del Estado sobre las actividades mineras, al no solo incluir al oro, sino a otros minerales estratégicos, tales como el Coltán²⁷, Casiterita, Níquel, Rodio, Titanio y los minerales

²⁴ G.O. N° 39.759 de fecha 16 de septiembre de 2011.

²⁵ Véase, entre otros, Víctor Rafael Hernández-Mendible, "La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias", 303; Allan Brewer-Carías, "Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la Minería del Oro y de la Comercialización del Oro", 77; Pernía-Reyes, Mauricio Rafael, "La resolución de conflictos surgidos con ocasión de las actividades extractivas y el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras: culminación del movimiento pendular en la actividad minera", *Revista de Derecho Público* N° 140 (2014): 224-233.

²⁶ Allan Brewer-Carías, "Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la Minería del Oro y de la Comercialización del Oro", 77.

²⁷ Sobre el régimen jurídico del referido mineral, véase José Ignacio Hernández González, "Régimen Jurídico-Administrativo del coltán como mineral estratégico", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 9 (2016): 95-127.

asociados a los elementos de las Tierras Raras²⁸, por mencionar algunos. Así mismo, en dicho Decreto-Ley, se modificó parcialmente la redacción del artículo relacionado a la jurisdicción aplicable para la solución de las controversias surgidas en este ámbito, además de cambiar su enumeración. En este sentido, el artículo 14 de la referida Ley Orgánica establece lo siguiente:

Artículo 14. Los hechos y actividades objeto de la normativa contenida en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se regirán por las leyes de la República Bolivariana de Venezuela. Las dudas y controversias que de los mismos deriven y que no puedan ser resueltas amigablemente entre las partes, serán decididas por los tribunales competentes de la República Bolivariana de Venezuela.

Conforme al precitado artículo, las controversias derivadas de actividades mineras (especialmente sobre el oro y demás minerales estratégicos) estarían sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, sin excluirse la posibilidad de que tales controversias sean “resueltas amigablemente” por las partes.

No obstante, para una parte de la doctrina, la excepción anterior da cabida al arbitraje como medio de solución de conflictos en este ámbito, incluso, con ocasión a la creación de empresas mixtas, “[t]odo ello sin perjuicio de la posibilidad de someter las disputas a arbitraje de acuerdo con los Tratados de protección de inversión aplicables”²⁹.

3. Los arbitrajes en contra de Venezuela ante el CIADI relacionados con inversiones en actividades mineras

Como se ha explicado, en virtud de los TBIs, los inversionistas extranjeros tienen la posibilidad de acudir a arbitraje internacional, en especial, el administrado por el CIADI, para resolver disputas surgidas con el Estado venezolano. Esto es, precisamente, lo que han hecho muchos inversionistas extranjeros para defenderse de los abusos que ha cometido el Estado venezolano en las últimas dos décadas.

Tan es así, que Venezuela se encuentra actualmente en el segundo lugar de los países más demandados ante el CIADI, contando con un total de cincuenta y un (51) reclamaciones internacionales³⁰, de las cuales algunas han sido resueltas, otras han sido discontinuadas y varias siguen pendientes o en curso.

²⁸ Véase el Decreto N° 4.598 de fecha 8 de octubre de 2021 publicado en la G.O. N° 42.230 de esa misma fecha.

²⁹ José Ignacio Hernández González, “Régimen Jurídico-Administrativo del coltán como mineral estratégico”, 120.

³⁰ El caso más reciente que se ha registrado es el de *SGO Corporation Limited v. República Bolivariana de Venezuela*. Caso CIADI No. ARB(AF)/22/2. A nuestro entender, el caso fue registrado el 2 de junio de 2022 y se relaciona con el sector de tecnología y comunicación, específicamente, con una empresa de tecnología electoral denominada Smartmatic, conocida en Venezuela por prestar servicios en los comicios.

De los cincuenta y un (51) casos que se han iniciado en contra de Venezuela ante el CIADI, al menos ocho (8) han estado relacionados con inversiones extranjeras en actividades mineras. Los ocho (8) casos han culminado o han sido decididos, de los cuales sólo tres (3) fueron declarados a favor del inversionista, cuatro (4) fueron declarados a favor de la República y uno (1) fue descontinuado³¹. De manera que se pudiese afirmar, a primera vista, que el saldo o la experiencia de Venezuela en los arbitrajes de inversión relacionados con actividades mineras ha sido, sorprendentemente, positiva.

Es de notar que, en gran medida, el motivo o auge de este tipo de reclamaciones se debió a la política de estatización y nacionalización que llevó a cabo el Gobierno venezolano sobre la industria minera, durante los años 2008-2011. Tal medida motivó a que diversas empresas extranjeras reclamaran las afectaciones a sus derechos sobre las inversiones que habían realizado en actividades mineras en Venezuela.

De las ocho reclamaciones intentadas, cinco (los casos de las compañías *Gold Reserve Inc.*, *Nova Scotia Power Incorporated*, *Vannessa Ventures Ltd.*, *Crystallex International Corporation*, *Rusoro Mining Ltd.*) se basaron en las disposiciones del TBI suscrito entre Canadá y Venezuela, dos (los casos de compañía *Highbury International AVV*) tuvieron como fundamento el TBI suscrito entre el Reino de los Países Bajos y Venezuela, y una (el caso de la compañía *Anglo American PLC*) se basó en las previsiones del TBI suscrito entre el Reino Unido y Venezuela.

Así mismo, de los ocho arbitrajes, sólo los dos casos de *Highbury International* se realizaron de acuerdo con el Convenio CIADI, mientras que los restantes seis, esto es, los casos de las compañías *Crystallex International Corporation*, *Rusoro Mining Ltd.*, *Vannessa Ventures Ltd*, *Gold Reserve Inc.*, *Nova Scotia Power Incorporated* y *Anglo American PLC*, se llevaron a cabo conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

Lo anterior, creemos que encuentra su explicación en la denuncia que, en el 2012, realizó Venezuela del Convenio de Washington, toda vez que, de cierto modo, para los inversionistas extranjeros se limitó o se les hizo más dificultoso el acceso al arbitraje con base en el Convenio CIADI.

Adicionalmente, se destaca que, en todos los casos revisados y relacionados a inversiones en actividades mineras en Venezuela, los inversores extranjeros denunciaron el incumplimiento de los estándares de Trato Justo y Equitativo (TJE), Protección y Seguridad completas, y Expropiación, adoptando los Tribunales Arbitrales una posición distinta en cada caso, como se verá de seguidas.

³¹ Se trata del caso *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, y Ramstein Trading Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/14/10. Como se mencionó, el caso fue descontinuado, es decir, el 5 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral emitió una orden para descontinuar el procedimiento por falta de pago de los avances requeridos, de conformidad con el artículo 14(3)(d) de la Regulación financiera y administrativa del CIADI.

3.1. Casos decididos en contra de la República

Los tres casos ante el CIADI en los cuales se ha condenado a la República son los iniciados por las compañías mineras *Crystallex International Corporation*, *Gold Reserve Inc.* y *Rusoro Mining Ltd.* En cada uno de estos casos se abordaron y se analizaron distintos aspectos, especialmente, relacionados a la naturaleza expropiatoria de los actos ejecutados por el Estado venezolano en contra de la inversión realizada por cada una de estas empresas.

El caso más famoso iniciado en materia minera ante el CIADI y en contra de Venezuela es el de *Crystallex International Corporation v. Venezuela*³², en el cual se discutió la expropiación de inversiones en negocios de exploración y explotación de oro en el país. Además, el laudo tiene la condena más grande de todos los arbitrajes, la cual asciende a los mil millones de dólares (USD 1.000.000.202, más intereses).

En dicho caso, el Tribunal Arbitral consideró que Venezuela negó a las inversiones un trato justo y equitativo y, además, realizó una expropiación de forma ilegal, al no proporcionar una compensación pronta, adecuada y efectiva. A pesar de haber obtenido una decisión favorable, lo cierto es que la ejecución del referido laudo arbitral se ha tornado muy compleja para los inversionistas³³.

En *Rusoro Mining Ltd. v. Venezuela*, el Tribunal Arbitral analizó, entre otros aspectos, la validez de un cambio indirecto en la titularidad de las concesiones mineras a la luz del Derecho venezolano. El Tribunal concluyó que hasta la fecha ninguna autorización de cambio de control indirecto había sido otorgada. Así mismo, otra conclusión

³² En fecha 7 de abril de 2016, *Crystallex* solicitó la confirmación del laudo por ante las Cortes Distritales de Columbia, la cual fue acordada mediante opinión del 25 de marzo de 2017. En fecha 28 de octubre de 2016, se interpuso una solicitud para solicitar el bloqueo de la venta de acciones de CITGO. Posteriormente, a finales de 2017, las partes llegaron a un acuerdo para terminar el juicio. En fecha 9 de agosto de 2018, la Corte Distrital de Delaware estableció que PDVSA era el alter ego de la República, por lo que se podían ejecutar los activos de CITGO para satisfacer las deudas de la demandante. En fecha 1 de marzo de 2019 *Arnold & Porter*, escritorio que representa al gobierno de Juan Guaidó, solicitó participar en el procedimiento y que se paralizase el mismo por 120 días. En fecha 7 de marzo de 2019, algunos tenedores de ciertos bonos de PDVSA (*BlackRock Financial Management, Inc.* y *Contrarian Capital Management, L.L.C.*) solicitaron participar en los argumentos orales. En fecha 12 de diciembre de 2019, la Corte Distrital de Delaware emitió orden de congelación de los activos de CITGO y, posteriormente, en fecha 19 de febrero de 2020, la República consignó escrito de *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Dicho escrito fue desestimado en fecha 2 de junio de 2020.

³³ El 7 de abril de 2016, *Crystallex* solicitó la confirmación del laudo por ante las Cortes Distritales de Columbia. Esta solicitud fue acordada mediante opinión del 25 de marzo de 2017. El 28 de octubre de 2016 *Crystallex* interpuso una solicitud para solicitar el bloqueo de la venta de acciones de CITGO. A finales de 2017, las partes llegaron a un acuerdo para terminar el litigio. El 9 de agosto de 2018, la Corte Distrital de Delaware estableció y adoptó el famoso criterio de que PDVSA es el alter ego de la República, razón por la cual, se podían ejecutar los activos de CITGO para satisfacer las deudas de la reclamante. El 1 de marzo de 2019, el escritorio jurídico *Arnold & Porter*, el cual representaba al gobierno interino de Juan Guaidó, solicitó participar en el procedimiento y que se paralizase el mismo por 120 días. El 7 de marzo de 2019, algunos tenedores de ciertos bonos de PDSVA (*BlackRock Financial Management, Inc.* y *Contrarian Capital Management, L.L.C.*) solicitaron participar en los argumentos orales. El 12 de diciembre de 2019 la Corte del Distrito de Delaware dictó una orden de congelación de los activos de CITGO. El 19 de febrero de 2020 la República consignó escrito de *certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, el cual fue negado el 2 de junio de 2020.

interesante del Tribunal Arbitral fue que el mero hecho de que un inversionista no haya recibido una compensación no convierte en sí mismo en ilegal una expropiación³⁴.

En efecto, el Tribunal consideró que basta con que el Estado receptor de la inversión realice una oferta seria y suficiente de indemnización al inversionista extranjero -aunque efectivamente no se la pague- para que la expropiación sea considerada como lícita, en los términos del TBI. No obstante, el Tribunal concluyó que, aun cuando el Estado venezolano había realizado una oferta de indemnización, esta no fue seria y suficiente y, en consecuencia, la expropiación fue realizada de forma ilegal. Aun cuando se obtuvo una decisión favorable, en este caso los inversionistas extranjeros también han tenido mucha dificultad en cuanto su ejecución³⁵.

En *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, se discutió la expropiación de las inversiones de la empresa canadiense derivadas de concesiones para la extracción de oro en Venezuela, a saber: concesión brisas y concesión unicornio. El tribunal consideró que aun cuando los actos realizados por el Estado venezolano no tuvieron naturaleza expropiatoria y estaban bien fundados, la República vulneró el estándar de trato justo y equitativo. No obstante, el caso de Gold Reserve tampoco culminó con la ejecución del referido laudo arbitral³⁶.

3.2. Casos decididos a favor de la República

Por su parte, cuatro (4) de los ocho (8) casos iniciados ante el CIADI en contra de Venezuela han sido decididos a favor de la República, como se mencionó anteriormente, entre los cuales destacan los de las compañías mineras *Vannessa Ventures Ltd.*, *Anglo American PLC*, *Nova Scotia Power Incorporated* y *Highbury International AVV (I)*. En dos (2) de esos cuatro (4) casos se declaró la falta de jurisdicción del Centro, mientras que en los restantes dos se declaró que no hubo violación alguna de los estándares cuyo incumplimiento había sido denunciado por los inversores.

³⁴ Esta posición ha sido adoptada por otros Tribunales Arbitrales en ciertos casos en contra de Venezuela, en especial, en materia de hidrocarburos. Al respecto, véanse *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre la Jurisdicción (13 de marzo de 2015) (McLachlan, Rigo Sureda, Stern), párr. 145; y *Venezuela Holdings B.V. y otros v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción (9 de octubre de 2014) (Guillaume, Kaufmann-Kohler, Elkoshi), párr. 301.

³⁵ El 10 de octubre de 2016, Rusoro interpuso una petición para confirmar el laudo por ante las Cortes del Distrito de Columbia, Estados Unidos de América. Esta solicitud fue aprobada el 1 de marzo de 2018. Adicionalmente, Rusoro interpuso una demanda por ante las Cortes del Distrito Sureño de Texas solicitando que se declarara a PDVSA, PDVH, CITGO Holding y CITGO Petroleum como alter egos de la República, y que se ejecutara en su contra el laudo dictado por el Tribunal CIADI. El 29 de enero de 2019, la Corte de Apelaciones de París anuló parcialmente el laudo dictado por el Tribunal CIADI, en especial, en lo que se refería a los daños y perjuicios condenados por el laudo arbitral. El 12 de febrero de 2019, el Gobierno interino de Juan Guaidó, a través de la firma Arnold & Porter Kaye Scholer LLP interpuso una petición de paralización del procedimiento ante la Corte del Distrito de Columbia. Esta petición fue respondida por la representación del gobierno de Nicolás Maduro, mediante la firma Venable LLP. El 1 de mayo de 2019, la Corte dictó una decisión negando la solicitud del gobierno de Nicolás Maduro y, por ende, reconociendo la representación del gobierno de Juan Guaidó.

³⁶ El 5 de agosto de 2016 Gold Reserve firmó convenio para constituir una empresa mixta y el Gobierno aceptó pagar USD769.000.000,00. La empresa mixta, denominada "Empresa Mixta Ecosocialista Siembra Minera, S.A." cuya propiedad es de un 55% de la República y un 45% de la minera canadiense, tiene la titularidad de una concesión para desarrollar el proyecto de oro y cobre Brisas-Cristinas en el sureste de Venezuela.

En *Nova Scotia Power Incorporated v. Venezuela*³⁷, se discutió la expropiación de derechos en virtud de un acuerdo de suministro de carbón celebrado entre dicha compañía y *Guasare Coal International*, una empresa presuntamente controlada por Venezuela. Según la Demandante, la disputa se relacionaba con la terminación unilateral por parte de Venezuela del derecho de la Demandante a recibir suministros de carbón a precios fijos. Venezuela objetó la jurisdicción del Tribunal Arbitral con base en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

Concretamente, la controversia se relacionaba con la rescisión por parte de la República Bolivariana de Venezuela del derecho de la minera canadiense de recibir hasta 1.7 millones de toneladas métricas de carbón a precios fijos de la mina de carbón Paso Diablo en Venezuela. Sin embargo, el Tribunal declaró que carecía de jurisdicción bajo el TBI ya que la disputa no surgía de una inversión realizada en el territorio de Venezuela.

En el caso de *Highbury International AVV (I) v. Venezuela*, el Tribunal Arbitral declaró su falta de jurisdicción por no haberse probado la titularidad de las concesiones mineras. Así mismo, de forma relevante se estableció que la denuncia del Convenio no deja sin efectos las disposiciones de los TBIs.

En cuanto a los otros dos casos en los que se condenó a la República, pero se declaró sin lugar las demandas intentadas por los inversionistas, están los de *Anglo American PLC v. Venezuela* y *Vannessa Ventures Ltd. v. Venezuela*.

En *Anglo American PLC v. Venezuela*, la Demandante alegó la violación por parte de la República de los estándares de trato justo y equitativo, protección y seguridad completa y expropiación. En cuanto a este último punto, se discutió a detalle la figura de la reversión en las concesiones mineras. En concreto, lo que se discutió fue si Minera Loma de Níquel –la empresa presuntamente propiedad de la minera británica– tenía o no derechos de propiedad sobre los activos de procesamiento e inventario en la fecha en que fueron incautados por la República.

El Tribunal Arbitral concluyó que, como resultado del acuerdo contractual, la propiedad de los referidos activos había sido traspasada al Estado, sin que la demandante tuviera derecho a ser indemnizada, pues, ya la República era la propietaria de los Activos de Procesamiento y del Inventario y, por tanto, no podía expropiarlos, toda vez que ya eran de su propiedad en virtud de una obligación contractual que la demandante debió cumplir.

³⁷ Este caso tiene varios antecedentes que son necesarios destacar. En este sentido, en 2008, NSPI inició un procedimiento de arbitraje comercial en Halifax, Nueva Escocia, y, posteriormente, inició otro procedimiento de arbitraje contra Venezuela en virtud del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL con fundamento en el TBI Canadá-Venezuela. Posteriormente, el arbitraje de Halifax se suspendió y, en 2010, un tribunal del arbitraje de la UNCITRAL declaró que no tenía jurisdicción sobre las reclamaciones de Nova Scotia Power Inc. En 2011, la referida compañía presentó una solicitud de arbitraje contra Venezuela ante el Mecanismo Complementario del CIADI, alegando el incumplimiento del mencionado TBI.

Finalmente, en *Vannessa Ventures Ltd. v. Venezuela*, el Tribunal Arbitral concluyó que la actuación del Estado venezolano se había limitado al ejercicio de un mecanismo contractual ante los incumplimientos del inverso, el cual no implicaba el ejercicio de una potestad pública y por tanto no equivalía a expropiación. El Tribunal Arbitral decidió que no había habido violación alguna de los derechos de la Demandante en virtud del TBI Canadá-Venezuela. Este es el único caso en el cual se ha declarado sin méritos la demanda.

CONCLUSIONES

Con base en el análisis anterior, se puede concluir lo siguiente:

1. La legislación minera reconoce inmunidad relativa del Estado y, en consecuencia, permite la inclusión de compromisos de arbitraje para resolver controversias entre entes públicos e inversionistas en materia minera.
2. El saldo de las reclamaciones internacionales ante el CIADI sorprendentemente ha sido favorable para la República, por cuanto los inversionistas mineros han recibido decisiones impresionantes en contra de sus demandas, salvo en tres casos (los de las mineras *Crystallex International Corporation*, *Rusoro Mining Ltd.* y *Gold Reserve Inc.*).
3. La denuncia del Convenio CIADI no ha parecido ser un obstáculo para que la mayoría de los inversores extranjeros intentaran demandas entre el período de formalización y entrada en vigor de la denuncia del Convenio efectuada por Venezuela en el 2012.
4. Ninguna expropiación hecha por el Estado venezolano en materia minera ha sido calificada como discriminatoria o carente de una razón de utilidad pública.
5. Se ha reconocido que la mera falta de pago de la compensación por la expropiación no la convertía a esta en ilícita (el caso de la minera *Rusoro Mining Ltd.*); sin embargo, en los casos declarados en contra de la República se ha considerado que el Estado ni siquiera realizó una oferta seria de compensación o efectuó pago alguno.
6. El litigio internacional del Estado venezolano para hacer frente a las numerosas reclamaciones ha sido marcadamente positivo para este, toda vez que ha logrado que cuatro (4) de los ocho (8) casos hayan sido desechados sea por razones jurisdiccionales o de fondo y porque ha evitado que algunos inversores hayan podido ejecutar laudos definitivos en su contra (por ejemplo, los casos de las mineras *Crystallex International Corporation* y de *Rusoro Mining Ltd.*, respectivamente).

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Brewer-Carías, Allan, "Comentarios sobre la Ley Orgánica de Nacionalización de la Minería del Oro y de la Comercialización del Oro", *Revista de Derecho Público* N° 127, julio-septiembre (2011): 65-77.
- Brewer-Carías, Allan, "El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras", *Revista de Derecho Tributario* N° 147, julio-agosto-septiembre (2015): 19-58.
- García Soto, Carlos, "Iniciativa pública y privada en la actividad minera en Venezuela: una introducción", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 16 (2021): 713-732.
- García Soto, Carlos, "Reversión de bienes en el contrato de concesión," *Revista Derecho y Sociedad. Revista de los estudiantes de la Universidad Monteávila* (2003): 95-104.
- Ghazzaoui, Ramsis, "Breves notas sobre la Ley Orgánica que reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas", *Revista de Derecho Público* N° 140 (2014): 312-315.
- Hernández González, José Ignacio, "Régimen Jurídico-Administrativo del coltán como mineral estratégico", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 9 (2016): 95-127.
- Hernández-Mendible, Víctor Rafael, "La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias", *Revista de Derecho Público* N° 130 (2012): 295-306.
- Pérez Pacheco, Yaritza, "Arbitraje internacional en materia de inversión extranjera. La jurisdicción del CIADI", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* N° 136 (2012): 35-77.
- Pernía-Reyes, Mauricio Rafael, "La intervención administrativa en el régimen legal de la minería en Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 282, enero-abril (2022): 55-75.
- Pernía-Reyes, Mauricio Rafael, "La resolución de conflictos surgidos con ocasión de las actividades extractivas y el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras: culminación del movimiento pendular en la actividad minera", *Revista de Derecho Público* N° 140 (2014): 224-233.

Laudos arbitrales

- Anglo American PLC v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/1, Laudo (18 de enero de 2019) (Derains, Tawil, Vinuesa).
- Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo (4 de abril de 2016) (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazounes).
- Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo (22 de septiembre de 2014) (Dupuy, Williams, Bernardini).
- Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/1, Laudo (26 de septiembre de 2013) (Barros, Tawil, von Wobeser).
- Nova Scotia Power Incorporated v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/1, Laudo (30 de abril de 2014) (Van Houtte, Williams, Vinuesa).
- Rusoro Mining Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo (22 de agosto de 2016) (Fernández-Armesto, Orrego Vicuña, Simma).
- Vannessa Ventures Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, Decisión sobre Jurisdicción (22 de agosto de 2008) (Briner, Stern, Brower).

Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela

Juan Bautista Carrero Marrero*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 331-343

Resumen: El arbitraje independiente es una alternativa válida que produce una solución vinculante de la controversia. Sin embargo, durante su desarrollo se pueden presentar situaciones susceptibles de generar problemas que van desde demoras innecesarias en la tramitación del procedimiento, hasta la creación de vicios que podrían acarrear la nulidad del laudo arbitral. Visto que en el derecho venezolano no existe una normativa legal que le ofrezca una solución expedita y eficaz a muchos de esos casos, en el presente trabajo se hace una revisión crítica del arbitraje independiente a los fines de despertar la curiosidad del lector sobre la implementación de ideas tales como la redacción de cláusulas de arbitraje eficaces, el uso del *soft law* y el cuidado en la elección de los árbitros, como medios que permiten desarrollar los procedimientos de arbitraje independiente de una manera eficaz.

Palabras clave: arbitraje independiente problemas soluciones

Reflections for the effective practice of independent arbitration in Venezuela

Abstract: *Independent arbitration is a valid alternative that produces a binding resolution of the dispute. However, during its development, situations may arise that can generate problems ranging from unnecessary delays in the processing of the procedure, to the creation of vices that could lead to the nullity of the arbitration award. Given that in Venezuelan law there is no legal regulation that offers an expeditious and effective solution to many of these cases, in this paper a critical review of independent arbitration is made in order to arouse the reader's curiosity about the implementation of ideas such as the drafting of effective arbitration clauses, the use of soft law and care in the choice of arbitrators, as means that allow the development of independent arbitration procedures in an effective manner.*

Keywords: *independent arbitration problems solutions*

Recibido: 31/10/2022

Aprobado: 13/12/2022

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello.

Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela

Juan Bautista Carrero Marrero*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 331-343

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- Los Arbitrajes Institucional y Ad Hoc. Ventajas y desventajas. 2- Principales problemas e inconvenientes que podrían presentarse durante la tramitación de un Arbitraje Independiente. 3- Ideas para el desarrollo eficaz del arbitraje independiente. 3.1- Una Cláusula Arbitral Eficaz. 3.2- El *Soft Law* al rescate. 3.3.- La importancia de contar con árbitros adecuados. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico venezolano se contempla la posibilidad de que las partes resuelvan sus controversias mediante procedimientos de Arbitraje Institucional y/o de Arbitraje Independiente¹. Conforme al artículo 2 de la Ley de Arbitraje Comercial, el Arbitraje Institucional es aquel “que se realiza a través de los centros de arbitraje”, mientras que el Arbitraje Independiente es “regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje”².

Ambos tipos de arbitraje tienen sus características propias y son alternativas válidas que producen una solución vinculante de la controversia. De la misma manera, cada uno de ellos tiene posibles ventajas y desventajas. Sin embargo, en el presente trabajo no pretendemos realizar una comparación exhaustiva entre ambos tipos de arbitraje, ni mucho menos emitir un juicio de valor sobre cuál es mejor.

La presente investigación se centra en el análisis del Arbitraje Independiente (también conocido como Ad Hoc), en aras de despertar la curiosidad del lector sobre la implementación de ideas tales como la redacción de cláusulas de arbitraje eficaces, el uso del *soft law* y el cuidado en la elección de los árbitros, como medios que permiten desarrollar los procedimientos de arbitraje independiente de una manera eficaz.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello.

¹ Por supuesto, siempre que la disputa detente de arbitrabilidad objetiva. Es decir, que sea susceptible de transacción y no esté incurso en las exclusiones contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial.

² Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

1. Los Arbitrajes Institucional y Ad Hoc. Ventajas y desventajas

El arbitraje institucional se realiza mediante “una entidad especializada, comúnmente denominada centro de arbitraje, que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia³”. Lo cual implica una serie de beneficios para las partes:

a) El hecho de que las partes acuerden resolver sus controversias mediante un procedimiento de arbitraje institucional trae como consecuencia que se sometan a las disposiciones reglamentarias del Centro de Arbitraje que hayan escogido. Lo cual es de vital importancia y gran utilidad práctica, pues estos reglamentos regulan la forma del procedimiento arbitral, suplen los vacíos existentes en la legislación y “permiten resolver situaciones en donde las partes no logran ponerse de acuerdo⁴”.

b) Las instituciones arbitrales tienen listas de árbitros “constituidas por personas calificadas y experimentadas, que han pasado por un proceso de incorporación, en donde se ha sometido a debate su aptitud para ser árbitro y por tanto su capacidad para solucionar controversias⁵”.

c) Los Centros de Arbitraje brindan un soporte institucional que comprende las infraestructuras física y tecnológica, necesarias para el desarrollo adecuado del arbitraje. Así como, un recurso humano especializado que les da soporte a los árbitros y a las partes.

d) Las instituciones arbitrales ejercen una importante actividad de control respecto del procedimiento y los árbitros. Incluso, en algunos casos, realizan un control sobre los aspectos formales del Laudo Arbitral⁶, antes de su publicación, con el objetivo de garantizar su calidad. Lo que podría contribuir a evitar los procesos de anulación de los mismos.

e) Los Reglamentos de los Centros de Arbitraje tienen normas, tabuladores y criterios definidos que le permiten a las partes determinar con antelación cuál será el costo que deberán pagar por concepto de tarifa administrativa y honorarios de los árbitros. A la vez que dichos Centros se encargan de recibir los pagos por tales conceptos,

³ Hernando Díaz-Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría General del Arbitraje)* (Caracas, Editorial Legis, 2011), 19.

⁴ Diego Thomás Castagnino, “Las Juntas de Controversias o Dispute Boards como medio alterno para la prevención y/o resolución de conflictos”. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* Nro. 1. Asociación Venezolana de Arbitraje (2020): 46. Disponible en <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A2-pp-39-62.pdf>

⁵ Greyza Ojeda Freites y Franca Valente Girado, “Las Bondades del Arbitraje Institucional Y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)”: 5. <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Las-Bondades-del-Arbitraje-Institucional-Y-el-Centro-Empresarial-de-Conciliaci%C3%B3n-y-Arbitraje.pdf>

⁶ Obviamente se trata de un control de calidad sobre elementos meramente formales. Tales como, sugerencias relacionadas con el estilo de redacción y similares. Que bajo ningún supuesto implica labores de juzgamiento de la controversia, ya que ello escapa de las labores administrativas del Centro de Arbitraje y es una labor que únicamente puede ser realizada por los árbitros.

administrar el dinero y hacer los pagos a los árbitros. Lo que se traduce en una garantía de transparencia y eficacia para las partes y los árbitros.

En relación con sus desventajas, se dice que los arbitrajes institucionales pueden resultar más costosos que los independientes, con procedimientos de mayor duración (producto de los procedimientos y burocracias inherentes a los Centros de Arbitraje), y con mayores probabilidades de que se produzcan filtros de información que atenten contra la confidencialidad de los procedimientos, en vista de que en los mismos hay una mayor cantidad de personas involucradas.

Por su parte, en el arbitraje independiente o ad hoc, son las propias partes quienes se encargan de la organización y administración del procedimiento arbitral, y establecen las reglas que regirán el procedimiento. Lo cual podría generar las siguientes ventajas:

a) Mayor rapidez en la tramitación del procedimiento arbitral, puesto que las partes pueden encargarse directamente de todo, sin necesidad de esperar por los trámites, plazos y tiempos inherentes a las actividades que realizan los Centros de Arbitraje.

b) Mayor libertad para diseñar el procedimiento que estimen más conveniente a sus derechos, gustos e intereses, en función del tipo de disputa a resolver.

c) Mayor libertad en la elección de los árbitros, pues las partes tienen la más absoluta libertad tanto para diseñar el procedimiento de elección de los árbitros, como para escogerlos libremente, sin la necesidad de tener que elegirlos de una lista predefinida.

d) En teoría debería ser más económico que el arbitraje institucional, toda vez que no se debe pagar por los servicios de organización y administración del arbitraje.

Ahora bien, nótese que hemos escrito que el Arbitraje Ad Hoc podría generar esas ventajas y no que automáticamente las genere. Hemos conjugando el verbo poder en forma condicional, pues estas ventajas no necesariamente ocurren en todos los casos, ya que las mismas están condicionadas a la correcta actuación de las partes involucradas.

En efecto, siguiendo el criterio expuesto por el profesor peruano Carlos Ruska Magiña, "muchas de las ventajas que hemos esbozado respecto al arbitraje ad hoc, pueden convertirse a su vez en grandes desventajas⁷".

Tal como veremos en detalle más adelante, la posibilidad de tramitar el procedimiento con mayor rapidez podría desaparecer cuando las partes: i) diseñan un procedimiento ineficiente; ii) actúan de forma inadecuada por mala fe o desconocimiento;

⁷ Carlos Magiña, "Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú", *Iuris Dictio. Volumen 7, Numero 11. Universidad San Francisco de Quito* (2007): 24.

iii) no realizan acciones tan básicas como designar a los árbitros o, iv) cuando no logran ponerse de acuerdo en aquellos actos del procedimiento en los que deben ponerse de acuerdo. Lo cual se ve agravado por la inexistencia de una regulación legal supletoria que resuelva de manera eficaz muchas de estas situaciones. Así como, por la ineficacia de los remedios procesales que nuestra legislación pone a disposición de las partes para superar estos escollos procedimentales, al remitirlos a la jurisdicción ordinaria.

En palabras del citado profesor Ruska:

en el arbitraje ad hoc existe latente el peligro de trabar el desarrollo del mismo por la falta de colaboración de alguna de las partes en litigio.... la falta de colaboración o la actuación de mala fe de alguna de las partes, puede llevar en no pocos casos, a tener que acudir al Poder Judicial para que éste se encargue de resolver determinadas cuestiones que bien pudieron haber sido resueltas con la cooperación de las partes o por los reglamentos de una institución arbitral⁸.

Sumado a ello, algunos autores consideran que en el desarrollo de un procedimiento de arbitraje ad hoc se podrían generar problemas relacionados con la fijación de los honorarios de los árbitros. Sin embargo, somos de la opinión que la ausencia de normas preestablecidas que determinen la remuneración de los árbitros no es causa suficiente para generar problemas, ni retrasos significativos en el procedimiento arbitral, ya que las partes son libres de aceptar, renegociar y rechazar las propuestas de honorarios que le hagan los árbitros, e incluso no contratarlos y designar otros árbitros, puesto que todos estos pormenores se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad. Incluso podrían adoptar la solución contenida en el artículo 19 de nuestra Ley de Arbitraje Comercial, que textualmente establece:

Artículo 19. Aceptado el cargo por cada uno de los árbitros, se instalará el tribunal arbitral y se notificará a las partes de dicha instalación. En el acto de instalación se fijarán los honorarios de los miembros del tribunal, así como la suma que se estime necesaria para gastos de funcionamiento. Las partes podrán objetar cualquiera de los montos antes señalados, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la providencia que los fijó, mediante escrito en el que expresarán las sumas que consideren justas. Si la mayoría de los árbitros rechaza la objeción, el tribunal arbitral cesará en sus funciones.

2. Principales problemas e inconvenientes que podrían presentarse durante la tramitación de un Arbitraje Independiente

Visto que el arbitraje independiente se lleva a cabo sin la intervención de un centro de arbitraje, las partes tienen la carga y la responsabilidad de adoptar las reglas de procedimiento que estimen convenientes para el mejor desenvolvimiento del proceso. En su defecto, esta tarea recae sobre el tribunal arbitral.

⁸ Ídem

El artículo 15 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que cuando las partes no establezcan sus propias normas de procedimiento para llevar a cabo el arbitraje independiente, se aplicarán las reglas establecidas en dicha Ley.

Sin embargo, las normas contenidas en dicha Ley no proveen una solución eficaz para muchos de los problemas y situaciones que podrían presentarse durante la tramitación de un procedimiento de arbitraje. Toda vez que dicha Ley tiene muchos vacíos y no regula los aspectos detallados del procedimiento. A la vez que, remite a las partes a dirimir las desavenencias ante la jurisdicción ordinaria.

La Ley de Arbitraje Comercial guarda silencio sobre detalles tan importantes como la forma cómo se deben practicar las notificaciones, qué debe contener la solicitud de arbitraje, cómo y ante quién se presenta, cómo se promueven y evacúan las pruebas, lo relativo a las audiencias, escritos y lapsos procesales, cuál es el alcance del deber de revelación y lo relativo al nombramiento de árbitros de emergencia.

Razón por la cual, las partes deben ponerse de acuerdo para regular todos esos detalles. O, en su defecto, le corresponderá al Tribunal Arbitral establecer las normas procedimentales que considere convenientes. Esto puede generar todo tipo de problemas que van desde demoras innecesarias en la tramitación del procedimiento, cuando las partes no logran ponerse de acuerdo, hasta la creación de vicios que podrían acarrear la nulidad del laudo arbitral, cuando el procedimiento realizado presente deficiencias que encuadren dentro de las causales de nulidad previstas en la Ley de Arbitraje Comercial.

Por otro lado, existen otras situaciones, tales como la resistencia de una de las partes a designar su árbitro, la falta de acuerdo de ambas para designar al árbitro único o al tercer árbitro, y situaciones relacionadas con las recusaciones, que sí están reguladas en la Ley de Arbitraje Comercial y cuyo remedio procesal consiste en acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir la situación. Lo que sin duda alguna implica retrasos en la tramitación del procedimiento, atenta contra su confidencialidad y constituye un gran contrasentido, toda vez que el objetivo de haber pactado el arbitraje como el medio para la resolución de la controversia es evitar acudir a la jurisdicción ordinaria. Razón por la cual, resulta conceptualmente absurdo tener que acudir ante la jurisdicción ordinaria para resolver los detalles del procedimiento arbitral.

Habiendo identificado estas situaciones que podrían perjudicar el buen desenvolvimiento del procedimiento de arbitraje independiente, a continuación analizaremos algunas sugerencias ideadas para evitar que este tipo de situaciones se presenten, con la finalidad de abrir el debate y la curiosidad del lector para la búsqueda de ideas que permitan desarrollar los procedimientos de arbitraje independiente de la manera más eficaz posible.

3. Ideas para el desarrollo eficaz del arbitraje independiente

3.1. Una Cláusula Arbitral Eficaz

Una buena gerencia del conflicto debe comenzar antes de que aparezca el conflicto, en aras de evitarlo y/o disminuir la lesividad de sus efectos.

La experiencia y el sentido común demuestran que una de las mejores maneras de gerenciar un Arbitraje Independiente consiste en establecer reglas claras desde el mismo momento en que se está negociando el compromiso de arbitraje. En este sentido las partes deben analizar las distintas situaciones que podrían generar problemas durante el eventual desarrollo de un arbitraje ad hoc y pactar normas procedimentales que eviten o permitan una solución rápida y eficiente a esos inconvenientes. Así como, normas de procedimiento que garanticen el desarrollo adecuado del arbitraje y el debido proceso.

En este contexto resultaría muy útil, recomendable y conveniente que las partes convengan en designar una autoridad nominadora que tenga facultades para designar, en un lapso breve, al árbitro único, o al tercer árbitro, cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre su elección, o cuando una de ellas se rehusó a designar al que le corresponde. Así como, para decidir temas relativos a las recusaciones y el nombramiento de un árbitro de emergencia. De forma tal que este tipo de situaciones puedan ser resueltas de forma eficaz, en un tiempo breve y sin la necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver estos pormenores.

Considerando que el acuerdo de arbitraje es la puerta que le abre la entrada al arbitraje y establece el alcance de la jurisdicción de los árbitros para decidir la controversia, lo ideal es que contenga todas esas normas y estipulaciones.

Dicho en otras palabras, el compromiso de arbitraje ad hoc debería contener reglas claras sobre, al menos, los rasgos generales de la forma como se desarrollará el procedimiento y la designación de una autoridad nominadora facultada para nombrar al árbitro único, o al tercer árbitro, cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre su elección, y al árbitro que le corresponda a una de las partes cuando ésta se rehusó a designarlo. Así como, para decidir temas relativos a las recusaciones y el nombramiento de un árbitro de emergencia.

De esa manera se pueden evitar y/o minimizar muchos de los problemas y retrasos que podrían presentarse durante el desarrollo de un arbitraje independiente. A la vez que se garantiza certeza y seguridad jurídica a las partes sobre la manera como se desarrollará el arbitraje ad hoc.

En caso de que las partes no hayan pactado reglas procedimentales claras, ni la designación de una autoridad nominadora, en el acuerdo de arbitraje, es recomendable

que lo hagan apenas comience el procedimiento de arbitraje o tan pronto como les sea posible, en aras de garantizar la buena marcha del procedimiento.

Ahora bien, aunque lo anteriormente expuesto es cierto, válido y conlleva una solución adecuada en la teoría, debe tenerse en cuenta que para su correcta aplicación en la práctica, las partes deben tener conocimiento de temas arbitrales y de nociones del debido proceso que les permitan redactar una cláusula de arbitraje válida y eficaz. De lo contrario corren el riesgo de incurrir en patologías que en vez de facilitar el adecuado desenvolvimiento del procedimiento lo dificulten⁹.

3.2. El *Soft Law* al rescate

La redacción eficaz de una cláusula de arbitraje independiente, que incluya las normas de procedimiento antes referidas, es una tarea que requiere de ciertas habilidades y conocimientos especializados que no todos los abogados, ni todas las partes dominan. De la misma manera, es posible que incluso teniendo una cláusula de arbitraje independiente bien redactada, una las partes, o ambas, carezca de experiencia en arbitraje y/o desconozcan como desenvolverse adecuadamente durante el desarrollo del procedimiento. Lo que puede generar contratiempos y problemas durante el proceso.

Para evitar esos inconvenientes existen normas de *soft law* que regulan los procedimientos de arbitraje independiente y pueden servir de guía a las partes, o mejor aún, pueden ser pactadas como la normativa procesal aplicable al procedimiento concreto, para su tramitación expedita y eficaz.

En términos generales, el *soft law*, o “derecho blando”, está constituido por una serie de normas, principios, declaraciones, acuerdos y leyes modelo que son emitidas por personas u organizaciones no estatales bajo el convencimiento de que su aplicación resulta de utilidad. Las cuales, al no formar parte del ordenamiento jurídico formal carecen de obligatoriedad y fuerza intrínseca. Sin embargo, “pueden ser aplicadas a las relaciones comerciales de las partes, en sustitución del Derecho estatal¹⁰”. Con la particularidad de que una vez pactadas por las partes, pasan a ser de obligatorio cumplimiento para el caso concreto.

⁹ En Venezuela, el Dr. Ramón Escovar Alvarado, en representación de la doctrina jurídica más calificada ha señalado que “los principales defectos de la redacción de los acuerdos de arbitraje son: (i) carácter optativo; (ii) falta de certeza; (iii) inoperabilidad”. Las patologías por carácter optativo se producen cuando en el compromiso arbitral se faculta a las partes decidir indistintamente u optar entre someter sus controversias a arbitraje o a la jurisdicción ordinaria. Las patologías por falta de certeza son el resultado una redacción vaga e imprecisa que no evidencie la voluntad clara de las partes de someter sus disputas a arbitraje. Así como de errores, tales como someter las disputas a centros de arbitraje inexistentes. Las patologías por términos inoperantes o inejecutables se generan cuando el compromiso arbitral haya determinado a priori las personas que constituirían el tribunal arbitral y éstas hayan muerto, o cuando se establezcan requisitos tan extremos para ser designado árbitro que en la práctica nadie los cumpla. Sobre el particular véase: Ramón Escovar Alvarado, “Interpretación del Acuerdo de Arbitraje Comercial”, en Memoria Arbitral, ed. Centro Empresarial del Conciliación y Arbitraje CEDCA (Caracas, 2011), 266.

¹⁰ Fernando Sanquírigo Pittevil, “Soft Law. Derecho y terminología”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* No 13 (2020): 410.

En relación con el tema que nos ocupa, varias organizaciones especializadas en arbitraje, en Venezuela y en el exterior, han emitido sus normas de derecho blando para regular los procedimientos de arbitraje independiente. Dentro de estas organizaciones se encuentra la Asociación Venezolana de Arbitraje, que recientemente dictó sus Reglas sobre el Arbitraje Independiente.

Esas Reglas son el producto de “un meticuloso trabajo de investigación que conjugó la experiencia de la práctica profesional con la teoría, tomando en consideración los más modernos criterios jurisprudenciales en materia de arbitraje ad hoc, y la opinión de la comunidad jurídica en general¹¹”.

Sumado a cualquier consideración teórica que resalte sus bondades, desde una perspectiva netamente pragmática, lo más importante de estas reglas es que regulan todos los aspectos del procedimiento de arbitraje independiente y ofrecen soluciones eficaces a los inconvenientes que podrían presentarse en su desarrollo. Lo que resulta de gran utilidad práctica para las partes y los árbitros que se desempeñen en un arbitraje ad hoc, pues independientemente del nivel de conocimiento (o desconocimiento) que tengan sobre la materia arbitral, basta con que sigan estas normas para que el procedimiento respete el debido proceso y se desarrolle de manera ordenada, expedita y eficaz.

Tal como se lee en su propósito:

Las Reglas sobre Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) han sido creadas con el propósito de ofrecer a la comunidad jurídica y empresarial, nacional e internacional, un procedimiento arbitral acorde con las modernas tendencias legislativas y jurisprudenciales, sin dejar de lado la flexibilidad y el valor de la libre autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje independiente como medio idóneo para la resolución de controversias.

Por tratarse las presentes Reglas de un instrumento de soft law (norma blanda), para su obligatoriedad se requerirá que las partes pacten su uso expresamente en el acuerdo de arbitraje o en el curso de un procedimiento arbitral. Para ello, el presente instrumento propone una cláusula modelo que puede ser incluida en los contratos, y otra que puede utilizarse una vez generado o iniciado el conflicto¹².

3.3. La importancia de contar con árbitros adecuados

El desenvolvimiento del árbitro es uno de los elementos más importantes que incide en el desarrollo eficaz de cualquier arbitraje. Esta es una variable intangible que se relaciona con la aptitud, el conocimiento, la personalidad, experiencia, diligencia y los dotes de liderazgo que tenga el o los miembros del tribunal arbitral.

¹¹ Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente. Disponibles en <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

¹² Ídem

Esto se debe a que, junto con la obligación de juzgar la controversia, el árbitro tiene la responsabilidad de guiar a las partes por medio de una tramitación ordenada y eficiente del procedimiento. Debe dictar órdenes procesales e imponer las normas de procedimiento cuando las partes no las hayan establecido. En palabras de Thomas Clay, el árbitro tiene “la obligación de controlar el procedimiento arbitral, que se traduce en organizar el procedimiento, supervisar su desarrollo, ser diligente y verificar el respeto de las garantías de un procedimiento equitativo¹³”.

La doctrina más calificada¹⁴ ha señalado que “la calidad del arbitraje no puede estar por encima de la calidad del árbitro” y que “la realización de las ventajas del arbitraje depende en gran medida de la persona designada como árbitro”.

Esta situación es aún más evidente en el caso de los arbitrajes independientes, donde al no haber una organización especializada de arbitraje que lo administre y brinde apoyo a las partes, le corresponde a los árbitros ejercer un rol más proactivo y diligente para la sustanciación adecuada del procedimiento.

Por otro lado, la experiencia y el sentido común han demostrado que aquellos arbitrajes independientes donde el árbitro carece de conocimientos arbitrales sólidos son más propensos a experimentar retrasos y problemas procedimentales. Lo cual se agrava si las partes, o una de ellas, carecen de conocimientos (y/o experiencia) en materia de arbitraje, o si alguna de ellas actúa de mala fe para impedir o sabotear el correcto funcionamiento del procedimiento.

Razones por las cuales, es obvio que la elección adecuada de los árbitros es una medida fundamental para la tramitación eficiente del arbitraje ad hoc.

Llegado a este punto corresponde determinar cuál es el perfil ideal del árbitro para conducir un arbitraje ad hoc. Evidentemente no se trata de una respuesta sencilla y le corresponderá a las partes, en cada caso concreto, determinar quién es la persona ideal para decidir, en función de las características de la controversia. Sin embargo, somos de la opinión que, en términos generales, es obvio que como mínimo deberá tratarse de una persona diligente, con conocimientos de la materia a ser resuelta y con conocimientos de arbitraje. Sobre el particular, el profesor Ricardo Chirinos, en representación de la doctrina nacional más calificada, ha señalado:

En el caso del árbitro único y el árbitro presidente, el perfil que se busca es el de un candidato más balanceado que resulte aceptable para ambas partes. Debe ser sólido en la sustancia y contar con los conocimientos y experiencia necesarios para manejar todos los aspectos del

¹³ Thomas Clay, *El Árbitro* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 25.

¹⁴ Traducción libre de Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al. *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003), 223.

caso con fluidez. Idealmente debe contar con cierta experiencia como árbitro y ser capaz de conducir el proceso de forma organizada y eficiente. Dado su importante rol, por lo general se buscan candidatos procesalmente sólidos, rigurosos, prácticos, organizados, diligentes y eficientes¹⁵.

CONCLUSIONES

El arbitraje independiente es una alternativa válida que produce una solución vinculante de la controversia. Sin embargo, durante su desarrollo se pueden presentar situaciones susceptibles de generar problemas que van desde demoras innecesarias en la tramitación del procedimiento, hasta la creación de vicios que podrían acarrear la nulidad del laudo arbitral.

Para evitar que se produzcan algunas de esas situaciones y mitigar las consecuencias de otras es recomendable:

1. Que el compromiso de arbitraje ad hoc contenga reglas claras sobre la forma como se desarrollará el procedimiento y la designación de una autoridad nominadora facultada para nombrar al árbitro único, o al tercer árbitro, cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre su elección, y al árbitro que le corresponda a una de las partes cuando ésta se rehusé a designarlo. Así como, para decidir temas relativos a las recusaciones y el nombramiento de un árbitro de emergencia;
2. Que en su defecto (y esto podría ser mejor), las partes convengan en que el procedimiento se regirá conforme las Reglas sobre Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Desde la cláusula arbitral o desde el inicio del procedimiento de arbitraje. Pues de esta manera, independientemente del nivel de conocimiento y experiencia que las partes y los árbitros tengan sobre arbitraje, basta con que sigan estas normas para que el procedimiento respete el debido proceso y se desarrolle de manera ordenada, expedita y eficaz.
3. Que las partes designen como árbitros a personas que, aparte de conocer la materia a decidir, también tengan conocimientos y experiencia en materia de arbitraje. Así como los rasgos de liderazgo y diligencia que se requieren para poder guiar el procedimiento de forma ordenada, expedita y eficaz.

¹⁵ Ricardo Chirinos, "Selección de Árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión efectiva", *Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, N° 4 (2021): 44.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, Ramón. "Interpretación del Acuerdo de Arbitraje Comercial", *Memoria Arbitral, Centro Empresarial del Conciliación y Arbitraje CEDCA* (2011).
- Castagnino, Diego. "Las Juntas de Controversias o Dispute Boards como medio alterno para la prevención y/o resolución de conflictos". *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 1*. Asociación Venezolana de Arbitraje (2020): 39-62.
- Chirinos, Ricardo. "Selección de Árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión efectiva", *Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, N° 4* (2021): 41-53.
- Clay, Thomas. *El Árbitro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Díaz-Candia, Hernando. *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría General del Arbitraje)*. Caracas: Editorial Legis, 2011.
- Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.
- Maguiña, Carlos. "Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú", *Iuris Dictio. Volumen 7, Numero 11. Universidad San Francisco de Quito* (2007): 22-25
- Ojeda, Freites Greyza y Valente, Girado Franca, "Las Bondades del Arbitraje Institucional Y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)": 5. <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Las-Bondades-del-Arbitraje-Institucional-Y-el-Centro-Empresarial-de-Conciliaci%C3%B3n-y-Arbitraje.pdf>
- Sanquírigo, Fernando. "Soft Law. Derecho y terminología", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No 13* (2020): 409-425.

LEGISLACIÓN Y SOFT LAW

- LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.
- Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente. Disponibles en <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

III Semana del Arbitraje de Caracas organizada por la Asociación Venezolana de Arbitraje

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 345-347

Entre el 18 y el 22 de julio de 2022 se llevó a cabo la III Semana del arbitraje de Caracas, organizada por la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) en alianza con las más importantes organizaciones dedicadas al arbitraje local e internacional, en donde expertos de distintos países tuvieron la oportunidad de exponer sobre temas de actualidad en materia de arbitraje.

La semana inició con las palabras de bienvenida de la Dra. Diana Droulers, Presidenta de la AVA, quien inauguró el VIII Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, destacó y agradeció la sinergia, disciplina y dedicación del comité organizador, los ponentes, patrocinantes y colaboradores institucionales.

La ocasión fue propicia para que la Dra. Droulers informara a la audiencia que, la segunda edición del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, ya se encuentra disponible en su versión digital para su descarga gratuita en www.avarbitraje.com. Así mismo, recordó a los presentes que en la página web de la AVA se encuentra disponible las "Reglas AVA sobre Pruebas" y las "Reglas AVA para Arbitraje Independiente", instrumentos de gran utilidad que fueron preparados por expertos en la materia para facilitar la tramitación de arbitrajes.

Arbitraje y tecnología

El VIII Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional tuvo como tema central: "*Arbitraje y tecnología*". La moderación del Congreso estuvo a cargo de Mario Bariona G., y los ponentes orientaron sus análisis a temas como "*Tendencias actuales del arbitraje en la era digital*", "*Era digital, ¿es una era realmente verde?*", "*La era digital y acceso a la justicia*", "*El diseño del sistema arbitral*" y "*Las Reglas AVA*".

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Derecho, UCAB y UCV. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), y del Centro de Mediación y Arbitraje de la Liga de Defensa Comercial del Uruguay. Miembro Fundador y Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) del periodo 2021 - 2023.

Para esta edición del Congreso, la AVA contó con traducción simultánea de inglés a español, lo que permitió la participación de ponentes extranjeros. Además, puso a disposición el canal de consultas en vivo, lo que permitió a la audiencia optimizar su experiencia de networking y aprendizaje al entablar una fluida comunicación con los ponentes y participantes.

El 20 de julio se realizaron dos importantes actividades:

La primera, organizada por el Comité de Arbitraje de VenAmCham, con el título: *“Arbitraje, innovación y startups”*. Con la moderación de Ramón Escovar Alvarado, Presidente del comité, los ponentes invitados desarrollaron los temas: *“El emprendimiento de triple impacto y sus oportunidades legales”*, *“Startups de tecnología y necesidades legales”* y *“Legal design thinking”*.

La segunda actividad fue el evento con el Club Español del Arbitraje (CEA), con el apoyo institucional del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. En esa oportunidad el evento se tituló: *“Logros y perspectivas, constitución y Arbitraje”*, el cual se desarrolló mediante dos mesas, en la primera se contó con la participación de los presidentes del CEA, quienes expusieron sobre los principales logros alcanzados durante cada uno de los períodos, y en la segunda, Jesús Remón disertó sobre la Constitución y el Arbitraje. La actividad estuvo moderada por Alfonso Iglesia, actual presidente del CEA y Adolfo Hobaica, presidente del capítulo venezolano del CEA.

El jueves 21 de julio de 2022 se realizó el evento *“Miradas cruzadas”*, organizado por la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, el Comité Brasileiro de Arbitraje, el Comité Colombiano de Arbitraje, el Instituto Mexicano de Arbitraje y el Latin American International Arbitration. Se contó con tres paneles, que desarrollaron los temas: *“El arbitraje en la industria de la construcción ante la transición energética y el cambio climático”*, *“Cooperación judicial internacional, control judicial y ejecución de laudos domésticos y extranjeros”* y *“Responsabilidad social, sostenibilidad y ética en el arbitraje en materia de infraestructura”*.

Red de Jóvenes AVA

La III Semana del Arbitraje cerró el viernes 22 de julio de 2022 con un evento especial organizado por la Red de Jóvenes de la AVA, con el apoyo de la escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. La actividad se realizó bajo la modalidad híbrida, y por primera vez después de la pandemia por Covid-19, la AVA realizó una actividad presencial, la cual se llevó a cabo en el auditorio de Innovación y Emprendimiento de la UCAB, con transmisión en vivo vía Zoom y Youtube. La actividad estuvo moderada por Ana Calderín, y los ponentes expusieron sobre las nuevas oportunidades para jóvenes en el arbitraje y los beneficios de pertenecer a la Red de Jóvenes de la AVA.

El evento concluyó con el discurso de cierre por parte de la Dra. Droulers, quien agradeció a todos los que hicieron posible la realización de la III Semana del Arbitraje de Caracas, especialmente a los patrocinantes oro: Baker McKenzie, Badell & Grau, Dentons, Inter Juris, Jedca, Lega, Stampa abogados, Travieso Evans, Venatt International Advisors y Lex Latin, plata: Victum Legal y bronce: Lafee Hobaica y MBG Legal, así como al apoyo institucional de ARB Interlaw, Greener Arbitrations, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, La Red Arb Med, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC), Dispute Resolution Data, Grupo Centroamericano y del Caribe de Arbitraje, Centro de Mediación y Arbitraje LIDECO, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) y las escuelas de derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Católica del Táchira, Universidad Monteávila, Universidad Metropolitana, Universidad Rafael Urdaneta y Universidad Santa María.

Todas las actividades realizadas durante la III Semana del Arbitraje de Caracas fueron grabadas y pueden consultarse en el canal de Youtube de la AVA. Gracias al apoyo de los patrocinantes, la inscripción para las actividades fue totalmente gratuita, permitiendo una mayor participación de estudiantes y profesionales con interés en el arbitraje.

La Semana del Arbitraje ha logrado posicionarse como uno de los eventos más esperados del año por la comunidad arbitral venezolana e internacional, por tratar temas de actualidad, por contar con reconocidos y respetados ponentes, y por ser una plataforma que permite a la AVA continuar con su labor de promoción del arbitraje como medio idóneo para la resolución de controversias.

Normas y Criterios Editoriales

El Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional es una publicación anual de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) que tiene por objetivo difundir en la comunidad jurídica nacional e internacional, trabajos inéditos y de actualidad relacionado con los medios alternos de resolución de controversia, especialmente el arbitraje.

El Comité Editorial del Anuario invita a académicos, investigadores y estudiantes, así como a la comunidad jurídica en general a presentar trabajos con miras a su publicación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Título del artículo:** máximo 80 caracteres.
- **Fuente:** Arial.
- **Tamaño de la fuente:**
 - Inter títulos 14.
 - Cuerpo del artículo 12.
 - Citas largas y pie de página 10.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.
- **Márgenes:** Top: 0.76", inside: 0.76", gutter: 0.14", bottom: 0.76", outside: 0.6", gutter position: left. Múltiples pages: mirror margins.
- **Sangría:** En **Sangría > Especial**, seleccione **Sangría de primera línea** y luego escriba **5 mm (0,2")**.
- **Espaciado:** En **Espaciado**, seleccione **0** como valor para **Anterior** y **Posterior** y, en **Interlineado**, seleccione **Sencillo**.

-
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3...). Los subtítulos, en letras cursivas, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3...), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
 - **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios (igual que la primera línea de los párrafos del texto) y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
 - **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 10 puntos.
 - **Tipo de cita:** Estilo Chicago se debe de mantener a lo largo de todo el texto. (Ver manual anexo).
 - **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
 - **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración:
 - Vaya a la pestaña **Archivo** y haga clic en **Opciones**.
 - En **Avanzadas**, busque **Tamaño y calidad de la imagen**.
 - Marque la opción **No comprimir las imágenes del archivo**.
 - **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla **Intro** mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
 - **Control de cambios:** Compruebe que la función **Control de cambios** no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección **Seguimiento**, en la pestaña **Revisar**.
 - **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insértelos como imágenes.
 - **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.
 - **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.
 - **Palabras claves / Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano y tres en inglés.
 - **Resumen / Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en

castellano e inglés de máximo 10 líneas cada uno, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.

- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.
- **Bibliografía:** El artículo debe incluir un listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).
- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta "Número de página" en la opción "Insertar" del menú principal de Microsoft Word.
- **Estructura:** Portada (título, resumen, palabras clave, abstract, keywords), introducción, desarrollo, conclusiones y bibliografía.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aun cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Consejo Editorial.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO:

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en los temas que trata el Anuario.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** El Anuario Venezolano de Arbitraje no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito al Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional de la AVA, los autores afirman que:
 - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
 - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
 - El o los autores liberan expresamente a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
 - Por el hecho de enviar su obra al Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, el o los autores autorizan a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:

- Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de la Asociación o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que la AVA decida unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.
- La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.
- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Anuario Venezolano de Arbitraje, así como a su Código de Ética.
- El Anuario Venezolano de Arbitraje, no está en obligación de publicar ningún trabajo recibido.
- La Asociación Venezolana de Arbitraje no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte del Anuario Venezolano de Arbitraje.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS:

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos tres (3) meses de anticipación a la

fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de la AVA.

- **Arbitraje:** Los artículos enviados al Anuario Venezolano de Arbitraje sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por un profesional con méritos académicos, elegido a discreción por el Consejo Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores podrán saber quién es el evaluador. El proceso de revisión por parte de los árbitros tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los árbitros (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el instrumento de evaluación elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de la AVA (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Consejo Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, el Anuario será publicado dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE
ARBITRAJE

El **Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional** es una publicación de la Asociación Venezolana de Arbitraje editada en Caracas - Venezuela, de carácter científico, arbitrada, abierta, de frecuencia anual, especializada en medios alternativos de resolución de controversias con énfasis en arbitraje, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua del Anuario.

La Asociación Venezolana de Arbitraje no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en la obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.