

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 6 - 2022



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 6-2022



© Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Principia No. 6–2022 / Abril 2022

Envío de convocatoria 03 de octubre de 2021

Recepción de artículos 03 de marzo de 2022

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN-L: 2739-0055

ISSN: 2739-0055 (En línea)

ISSN: 2790-377X (Impresa)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de controversias. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

web: www.cierc.com

DIRECCIÓN DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S.

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Carieles Bolet

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Desde el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) nos complace presentar la sexta edición de *Principia*.

La publicación de esta edición de *Principia* no habría sido posible sin la labor de todos los miembros del equipo que hacen posible presentar un producto de calidad académica, que cumple la misión de difundir conocimiento académico sobre los medios alternativos de solución de controversias.

El Consejo Editorial de Principia es esencial para lograr estos objetivos, por lo cual nos enorgullece contar con un grupo diverso de miembros que agregan valor a esta publicación. Es por esto que nos alegra anunciar dos nuevos destacados profesionales que se unen al Consejo Editorial en esta edición: Krystle Baptista Serna y Ricardo Chirinos. Agradecemos nuevamente a los demás miembros miembros del Consejo Editorial por su continuo apoyo a *Principia*.

En esta entrega la Subdirectora de Estudios del CIERC entrevista a Mélanie Riofrio Piché, la Secretaria General del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (“CIAM”), que nos da una interesante perspectiva de una mujer líder en arbitraje internacional y sobre su rol en el CIAM.

Veremos también un trabajo de la Dra. Crina Baltag, donde analiza la importancia de los votos salvados en el arbitraje y su impacto posible en la nulidad y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

Luego, encontrarán un trabajo en coautoría de José Pedro Barnola y Carol Jiménez López, cursantes del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (“PREAA”) en el cual hacen un interesante estudio sobre la oportunidad que presenta la junta preliminar en el procedimiento arbitral para asegurar la eficiencia y eficacia del arbitraje.

Con la autoría del profesor Diego Thomás Castagnino podrán leer sobre las principales novedades que ofrece el Reglamento de Arbitraje Acelerado que fue adoptado el 21 de julio de 2021 por la CNUDMI, y que entró en vigor a partir del 19 de septiembre de 2021.

Veremos el trabajo del profesor Jorge Hernán Gil Echeverry, quien analiza la legislación venezolana en el contexto de los principios constitucionales para el desarrollo de los medios alternos de solución de conflictos y la escasez de desarrollo legislativo de los mismos.

En otro trabajo, Carol Jiménez López hace un estudio sobre los límites a la confidencialidad en el arbitraje, específicamente en el ámbito de la corrupción y otros hechos delictivos en el procedimiento arbitral.

Finalmente, José Gregorio Torrealba presenta un trabajo sobre la posibilidad de un doble control del laudo bajo la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, con el recurso de nulidad y la oposición a la solicitud de reconocimiento y ejecución, y las consecuencias de esta posibilidad.

Agradecemos a todos los árbitros revisores, a los miembros de la Dirección Editorial y al Consejo Editorial que hacen que *Principia* sea posible.

¡Nos vemos en el No. 7!

Magdalena Maninat Lizarraga
Directora Editorial de *Principia*

Contenido

Una Secretaria General con experiencia para el CIAM

Entrevista de la Subdirectora de Estudios del CIERC a Mélanie Riofrío Piché

pág 13

Dissenting opinions in international arbitration: More than an opinion?

Crina Baltag

pág 19

Aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral

José Pedro Barnola, Jr y Carol Jiménez López

pág 29

El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI

Diego Tomás Castagnino

pág 47

La conciliación en Venezuela, una deuda pendiente

Jorge Hernán Gil Echeverry

pág 63

Límites al deber de confidencialidad de los árbitros

Carol Jiménez López

pág 83

El doble control del laudo en Venezuela

José Gregorio Torrealba R.

pág 97

Normas Editoriales de Principia

pág 115

Una Secretaria General con experiencia para el CIAM

Entrevista de la Subdirectora de Estudios del CIERC a Mélanie Riofrío Piché*

Principia No. 6–2022 pp. 13-18

1. En la actualidad y según su perspectiva ¿cuáles son los retos a los que se enfrenta la institución arbitral?

El rol de la institución arbitral ha evolucionado considerablemente en la última década. Anteriormente, la institución se limitaba a administrar procedimientos. Hoy en día, es una pieza fundamental en el desarrollo del arbitraje, el diseño de buenas prácticas y, sobre todo, la promoción y legitimación de este mecanismo de resolución de disputas.

Hemos sido testigos de la impresionante capacidad de adaptación que han demostrado las instituciones frente a la pandemia, sea modificando sus reglamentos o adoptando innovaciones tecnológicas como plataformas de gestión de expedientes y audiencias virtuales. Si bien algunas instituciones ya contaban con estas herramientas, la

pandemia ha incrementado de forma exponencial su uso.

Desde mi punto de vista, uno de los mayores retos a los que se enfrenta la institución arbitral es su adaptación a las necesidades en constante cambio de los usuarios.

Vivimos en un mundo digital, transfronterizo y descentralizado. La forma de hacer negocios y el comercio ha tenido una reciente evolución sin precedente: es más ágil y menos costosa. Con el desarrollo de proyectos basados en *blockchain* y *smart contracts* están surgiendo procedimientos como el arbitraje descentralizado; una innovadora forma de resolver disputas para reclamaciones de cuantías menores de la economía digital. La evolución hacia la Web3 pone a disposición nuevas herramientas y conecta el mundo tangible con el intangible, fomentando la participa-

* Mélanie Riofrío Piché es la Secretaria General del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). Mélanie también actúa como árbitra internacional en procedimientos CIADI y CCI, colabora como docente en IE Business School, y es la fundadora y presidente emérita del *International Arbitration Seminars & Courses* (IASC).

Antes de incorporarse a CIAM, Mélanie trabajó ocho años en el equipo del árbitro internacional Juan Fernández-Armesto, socio fundador del despacho Armesto & Asociados, participando como secretaria arbitral en procedimientos comerciales, de construcción y de inversión administrados por CIADI, CCI, DIAC, VIAC y bajo las Reglas UNCITRAL.

Mélanie ha sido reconocida como una de las futuras líderes en arbitraje por *Who's Who Legal* (categoría *non-partners*) en los años 2019, 2020 y 2021, y en el año 2022 fue incluida en la lista de “*most highly regarded*”. Tiene nacionalidades canadiense y ecuatoriana, y es bilingüe en francés, español e inglés.

ción colectiva en un sistema descentralizado a nivel global. Otro ejemplo que ilustra estos avances es el metaverso (meta: más allá y verso: universo); un mundo virtual al que los usuarios pueden conectarse e interactuar en una suerte de realidad alternativa, alterando así la forma de socializar, de trabajar, de hacer negocios y, en general, de vivir. Es inevitable que de estas nuevas formas de relacionarse surjan nuevas formas de resolver disputas.

En este sentido, la institución debe facilitar las herramientas adecuadas a sus usuarios para proporcionar una resolución de disputas rápida, asequible y transparente. Queda por verse cómo se adaptarán a esta nueva realidad.

2. ¿Qué representa, personal y profesionalmente, el ser la primera mujer designada por Ecuador para formar parte de la lista de árbitros CIADI?

Estoy profundamente honrada de que la República del Ecuador haya depositado su confianza en mí para resolver disputas que conciernen otros Estados en una institución como el CIADI. Asimismo, estoy agradecida con el CIADI por la misma confianza al haberme nombrado en mi primer caso, apenas dos meses tras haber sido incluida en la lista de árbitros. Este hito, sin duda, representa un punto de inflexión en mi carrera.

Pero más allá de lo que significa para mí, creo que es importante reconocer que esta designación marca un precedente

para las profesionales mujeres ecuatorianas, quienes nos dedicamos al arbitraje internacional, pues es un espaldarazo importante a la diversidad y a la igualdad de oportunidades en el arbitraje internacional.

3. ¿Qué responsabilidad conlleva ser una mujer líder en el arbitraje español e internacional?

Cada mujer que da un paso hacia delante está forjando el camino para aquellas que vienen a continuación. Soy muy consciente del privilegio que tengo de estar donde estoy. Creo que esta responsabilidad tiene tres aristas. La primera es reconocer el esfuerzo del sinnúmero de valiosos profesionales, hombres y mujeres, que abrieron camino para que ahora mujeres con mi perfil podamos llegar donde estamos. La segunda es honrar esa capacidad siendo excelentes en lo que hacemos, trabajando con esfuerzo e integridad. Y, la tercera es ayudar a las nuevas generaciones a llegar más lejos que una, siendo generosa con su tiempo y su conocimiento.

4. ¿Qué fue lo que más le motivó para unirse a CIAM como Secretaria General?

A finales del 2019, se anunció la creación del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) que tenía como objetivo a largo plazo convertirse en la institución de referencia para el arbitraje en español a nivel mundial.

Implementar los cimientos de un proyecto de esta envergadura es un reto y, probablemente, una oportunidad que surge una sola vez en la vida.

El cargo de Secretaría General de CIAM te posiciona de manera única para dar forma a la cultura de la organización, implementar los estándares más altos, diseñar políticas, procedimientos y documentos que se convertirán en parte del ADN de la organización y continuarán durante muchos años. Lo que más me gusta de esta posición es que nada está predeterminado, lo que te obliga a encontrar soluciones creativas e innovadoras para cada problema o reto que se te presenta.

Además, CIAM me ha permitido compatibilizar la práctica institucional arbitral con mi práctica privada y seguir actuando como árbitro, en procedimientos internacionales que no sean administrados por cortes españolas.

5. Según su opinión, ¿Cuáles son los mayores retos que enfrenta el CIAM para su posicionamiento internacional?

CIAM inició su actividad el 1 de enero de 2020. Uno de los mayores retos que tiene el Centro para posicionarse internacionalmente es abrirse espacio en un mercado tan competitivo como el arbitraje internacional, siendo una institución que cuenta con apenas dos años de existencia. Los intereses en juego en un procedimiento arbitral son altos y es natural que las partes y sus abo-

gados intenten reducir los riesgos al mínimo designando instituciones que cuentan con una trayectoria asentada. Lo que el usuario necesita es tener certeza y previsibilidad de que su caso será resuelto de forma justa y eficiente.

En este sentido, CIAM tiene dos ventajas.

Primero, el Centro nació de la unión de la actividad internacional de tres de las cortes más importantes de España: la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Española de Arbitraje y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, a las cuales se unió la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid como socio estratégico. Así, a pesar de ser una institución reciente, en realidad cuenta con una experiencia acumulada de más de 90 años en la resolución de disputas y en la gestión de procedimientos arbitrales.

Segundo, al ser una institución nacida en el siglo XXI, tiene una flexibilidad y un poder de adaptación impresionante, pues no está condicionada por una historia o una tradición determinadas. Por lo tanto, CIAM tiene una oportunidad única de ser moderna, innovadora y disruptiva en la escena mundial del arbitraje. Y así lo está haciendo. Un ejemplo concreto de ello es que incluso antes de la pandemia, el Centro ya se apoyaba en la tecnología y en la digitalización, por lo que no fue necesario adaptar su reglamento como hicieron muchas otras instituciones. Otro ejem-

plo es que el Centro refleja los valores de la comunidad arbitral actual: la eficiencia, la transparencia, la integridad, y la diversidad.

6. El CIAM es uno de los más nóveles centros de arbitrajes en la actualidad, en este sentido ¿Cuáles son las ventajas más significativas de acudir al arbitraje en el CIAM?

Primero, uno de los principios fundamentales de CIAM es su vocación por el usuario. Todas las prácticas internas de la Secretaría General velan por que los procedimientos se lleven de manera eficiente, dando previsibilidad y seguridad a los usuarios, a través de la transparencia en el manejo de sus casos, tanto a nivel interno como externo.

A nivel externo, el usuario tiene acceso, a través de la web, a todas las reglas, guías y notas que permiten conocer el funcionamiento interno del Centro, así como los nombres de los árbitros que actúan en los procedimientos administrados por el Centro. Asimismo, puede ver todas las personas que conforman los órganos, comisiones y equipos de letrados que administran su caso, teniendo fácil acceso a sus datos de contacto, así como sus respectivas hojas de vida.

A nivel interno, el usuario tiene acceso a la plataforma digital de administración de procedimientos. Esta herramienta informática permite a los participantes del arbitraje acceder, de forma inmediata,

segura y confidencial, a su expediente y ver exactamente el estado del caso.

Estas políticas de transparencia permiten al Centro tener mayor cercanía con el usuario, pero sobre todo darle la mayor previsibilidad posible sobre el desarrollo de su caso.

Segundo, CIAM cuenta actualmente con un reglamento de arbitraje moderno y en línea con los estándares de las instituciones más reputadas del mundo, ofreciendo procedimientos adaptados a las necesidades de los usuarios, tales como el procedimiento abreviado, el árbitro de emergencia y el escrutinio de laudo. El reglamento permite agilizar el procedimiento y acortar tiempos, en particular en la fase pre-arbitral, pues incentiva a las partes a ser proactivos con cuestiones como la constitución del tribunal arbitral o el pago de provisiones de fondo.

Tercero, al ser una institución de reciente creación, está completamente en sintonía con la tecnología y digitalización. CIAM ha implementado con éxito audiencias virtuales y gestión en línea de expedientes a través de nuestra plataforma digital. CIAM es una institución a la vanguardia de las necesidades complejas y crecientes de sus usuarios.

7. ¿Podría mencionar 3 metas del CIAM en el desarrollo de su actividad a corto, mediano y largo plazo?

La meta de CIAM a largo plazo es convertirse en la institución de referencia en el mundo para el arbitraje en español con procedimientos, servicios y árbitros del más alto nivel. CIAM ha trabajado los últimos dos años para fijar las bases que permitan alcanzar este objetivo tan ambicioso.

En el mediano plazo el trabajo de CIAM se centra en promocionar la institución a nivel de Estados, corporaciones multinacionales, despachos de abogados internacionales y cámaras de comercio alrededor del mundo. El objetivo es que la comunidad arbitral conozca las ventajas que tiene la institución, pero sobre todo que le dé su voto de confianza una primera vez.

En el corto plazo los esfuerzos de CIAM se centran en consolidar las prácticas internas y la cultura institucional que permitan avanzar hacia los objetivos marcados.

8. ¿El CIAM tiene alguna política específica para la promoción de la diversidad en los árbitros?

Primero, uno de los tres principios rectores de CIAM es la sostenibilidad, en el cual se enmarca la promoción de la diversidad en el arbitraje internacional. En cuanto a la diversidad de los árbitros en concreto, el artículo 5 de las Reglas de Designación y Confirmación de Árbitros determina que, entre los criterios de designación de candidatos a árbitros están “la edad, el género, o la conveniencia de involucrar nuevos profesionales en la

actividad arbitral del Centro”. Estos criterios son tomados en cuenta por la Secretaría General y su Comité de Apoyo a la hora de proponer candidatos, así como por la Comisión de Designación de Árbitros al momento de elegir a los árbitros para cada caso.

Segundo, CIAM colabora con diversas organizaciones arbitrales como Equal Representation in Arbitration, Woman Way in Arbitration (WWA) Latam, CEA-mujeres, entre otros. Asimismo, CIAM ha suscrito más de 20 convenios de colaboración con diversas instituciones arbitrales como la SSC, CIAC, HKIAC, DIS, VIAC, CAM Santiago, AMCHAM Quito, entre otras instituciones. Además, ha creado grupos de trabajo especializados en diversas materias (construcción, energía, marítimo, entre otros). Y, finalmente, cuenta con el programa de “Amigos de CIAM”, que son grupos conformados por profesionales que provienen de varias jurisdicciones.

Todas estas colaboraciones permiten recolectar información valiosa y acceder a un sinnúmero de potenciales candidatos a árbitros de distintos orígenes geográficos y culturales, experiencia profesional y edad.

Tercero, al igual que algunas instituciones líderes en arbitraje, CIAM tiene como política interna publicar los nombres de los árbitros designados en su página web, su nacionalidad, la forma en la que fueron designados y su rol dentro

del tribunal. Esto responde, por una parte, a un tema de transparencia que permite al usuario conocer los árbitros nombrados en los casos administrados por la institución. Y, por otra parte, es un gran aporte a la diversidad, pues permite dar visibilidad a estos árbitros.

9. En retrospectiva, ¿cuáles quisiera que sean los elementos diferenciadores, o de mayor aporte, una vez finalizada su gestión como Secretaria General del CIAM?

Me gustaría dejar asentada una institución con una cultura de trabajo eficiente, de excelencia y de respuesta ágil al usuario; que se rija por estándares internacionales y buenas prácticas del arbitraje. Espero poder contribuir así a la construcción de los cimientos que serán, espero, los de una de las cortes más importantes del mundo en un futuro; y, en particular, la corte de referencia en arbitraje en español.

10. Cómo último punto ¿Podría compartir un consejo que hubiera querido tener al iniciar la vida profesional en el arbitraje internacional?

Conocer la importancia de las finanzas en el arbitraje internacional. Aprendí sobre cálculo de daños al inicio de mi carrera actuando como secretaria de tribunal en arbitrajes CIADI. Si desde un inicio hubiera sabido la importancia de esta cuestión, habría complementado mi educación con una especialización en finanzas.

Dissenting opinions in international arbitration: More than an opinion?

Crina Baltag*

Principia No. 6–2022 pp. 19-28

Resumen: Las opiniones disidentes han ganado aceptación en el arbitraje internacional mediante reglas de arbitraje y leyes permitiéndolos, ya sea aceptando directamente la posibilidad de emitirlos, o indirectamente refiriéndose a ‘laudos arbitrales decididos por mayoría de votos’. El seminario del 2003 de Freshfields dictado por Alan Redfern sobre opiniones disidentes llamó la atención sobre los beneficios y las preocupaciones, en particular, aquellas opiniones disidentes dirigidas a señalar irregularidades en el procedimiento arbitral. Más recientemente, durante el procedimiento para anular el laudo arbitral de *Vantage Deep Water Co. v. Petrobras Am., Inc.*, la Corte del Distrito Sur de Texas rechazó el argumento de Petrobras de que ‘el procedimiento arbitral había sido [tan] “fundamentalmente viciado...” que “produjo la extraordinaria opinión disidente consignada” por el Sr., Gaitis’. Mientras que es aceptado que las opiniones disidentes no tienen efectos legales, y en particular ningún efecto legal parecido a los laudos arbitrales, pueden lograr impactar significativamente a lograr la nulidad y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

Abstract: Dissenting opinions have increasingly gained acceptance in international arbitration, with arbitration rules and laws allowing them, by either providing directly for such a possibility, or indirectly, by referring to ‘arbitral awards taken with majority of votes.’ Alan Redfern’s seminal 2003 Freshfields Lecture on dissenting opinions has highlighted the benefits, as well as the concerns with dissenting opinions, in particular, with those directed to alleged irregularities in the arbitral procedure. More recently, in the motion to set aside the arbitral award in *Vantage Deep Water Co. v. Petrobras Am., Inc.*, the US District Court for the Southern District of Texas has rejected Petrobras’ argument that ‘the arbitral process was [so] “fundamentally flawed” ... that “produced the extraordinary Dissent filed” by Mr Gaitis.’ While it is accepted that dissenting opinions have no legal effects, and in particular no legal effects similar to arbitral awards, they can have significant impact on the set aside and recognition and enforcement of arbitral awards.

Palabras Claves: Voto salvado | Laudo arbitral | Anulación | Reconocimiento y ejecución

Keywords: Dissenting opinions | Arbitral award | Set aside | Recognition and enforcement

* Dr., Crina Baltag is Associate Professor (Docent) in International Arbitration at Stockholm University, and director of the master program in International Commercial Arbitration Law. Dr Baltag sits as arbitrator and is appointed as expert in commercial and investment arbitrations.

Dissenting opinions are generally accepted in international arbitration¹. For example, Article 24(2) of the Brazilian Arbitration Act refers to the following: “a dissenting arbitrator may, if he so wishes, render a separate decision.”

Other arbitration laws, such as the 1996 English Arbitration Act, in Section 52(3), refer to the fact that “[t]he award shall be in writing signed by all the arbitrators or all those assenting to the award.”

Similarly to the English Arbitration Act, the 2018 Swedish Arbitration Act provides in Section 31 that “[i]t suffices that the award is signed by a majority of the arbitrators, provided that the reason why all of the arbitrators have not signed the award is noted therein.”

Germany is one of the few jurisdictions in which dissenting opinions are considered to be in breach of public policy, constituting, thus, a ground for the set aside of the arbitral award under Article

1059(2) of the German Civil Procedure Code².

Arbitration rules usually contain no express provision concerning dissenting opinions³. In the practice of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), the issue of dissenting opinions have been discussed since 1985 and later reviewed in 2000⁴.

Initially, it was suggested that dissenting opinions should be excluded, as in some jurisdictions they are prohibited under the arbitration laws. The current ICC Arbitration Rules have opted for allowing arbitrators to dissent. Article 32(1) of the 2021 ICC Arbitration Rules provides that “[w]hen the arbitral tribunal is composed of more than one arbitrator, an award is made by a majority decision”, thus indirectly allowing for the possibility that arbitrators issue dissenting opinions.

The 1988 ICC Final Report on Dissenting and Separate Opinions has also raised the interesting issue of the scru-

* Crina Baltag is Associate Professor (Docent) in International Arbitration at Stockholm University, and director of the master program in International Commercial Arbitration Law. Dr Baltag sits as arbitrator and is appointed as expert in commercial and investment arbitrations.

¹ See also Article 57 of the Statute of the International Court of Justice which provides that: “*If the judgment does not represent in whole or in part the unanimous opinion of the judges, any judge shall be entitled to deliver a separate opinion*”.

² See Martina Magnarelli, Gregorio Pettazzi and Federico Parise Kuhnle, “I dissent – can I? A Closer Look at the Higher Regional Court of Frankfurt’s decision of 16 January 2020 from a German-Italian Perspective”, *Kluwer Arbitration Blog*, 20 March 2021. Available at: [I dissent – can i? a closer look at the higher regional court of frankfurt’s decision of 16 january 2020 from a german-italian perspective - kluwer arbitration blog](#).

³ An example of rules providing for the possibility of having dissenting opinion in the arbitration proceeding are the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules of 2015, which provide in Article 49(5) that: “*A written dissenting opinion shall be kept with the file and may be appended to the award. Such dissenting opinion shall not form a part of the award*”.

⁴ Available at: [Icc digital library \(iccwbo.org\)](#).

tiny of dissenting opinions⁵. Article 34 of the ICC Rules provide that the arbitral tribunal, before signing any award, shall submit the draft award to the Court, who may lay down modifications as to the form of the award and, without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. The 1988 ICC Final Report on Dissenting and Separate Opinions explains that

The Court of Arbitration to look at a dissenting opinion at the same time as it scrutinises the award of the majority arbitrators, with the primary objective of determining whether or not there are any 'points of substance' (the phrase used in Article 21 of the ICC Rules) that should be drawn to the attention of the majority. If the dissenting opinion discloses any weakness in the reasoning of the award, then it must surely be advantageous for the majority arbitrators to be aware of the doubts held by the Court of Arbitration, and be given an opportunity to reconsider their position. Accordingly, the Working Party recommends that the Court of Arbitration should continue its current practice of looking at dissenting opinions, where they are available at the time of scrutiny of the majority award itself.

Nonetheless, the Final Report makes it clear that as a dissenting opinion not be-

ing 'part of the award'⁶, should not be subject to scrutiny. In any case, what it appears to be useful, as highlighted by the Final Report, is the fact that it can be useful – and also respectful towards the other arbitrators – to make available the (draft) dissent prior to finalizing the arbitral award, and that the ICC would consider such dissenting opinion as part of the scrutiny of the award.

Alan Redfern, in his 2003 seminal Freshfields Lecture, published later as a journal article in *Arbitration International*⁷, refers to three types of dissenting opinions. The “good dissent” is the dissenting opinion which is short, polite and, above all, restrained to relevant issues which usually concern the merits of the arbitration or the jurisdiction of the tribunal⁸. Alan Redfern explains that “[t]he advantage of the “good dissents” is that they permit an arbitrator to express disagreement, without what may be seen as a show of conceit, or petulance.”⁹ The “the bad dissent” is the dissent that, unlike the “good dissent”, uses a language which is not appropriate for the arbitration environment¹⁰. The “the ugly dissents” are the ones that “attack the way in which the arbitration itself was conducted.”¹¹

⁵ International Chamber of Commerce, “Final Report on Dissenting and Separate Opinions” (International Court of Arbitration Bulletin Vol 2, No 1). Available at: [icc digital library \(iccwbo.org\)](http://iccwbo.org)

⁶ See also Article 49(5) of the CIETAC Arbitration Rules.

⁷ Alan Redfern, “The 2003 Freshfields -Lecture Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly” (*Arbitration International*, Volume 20, 2004), 223–242.

⁸ Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration*, 226.

⁹ Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration*, 228.

¹⁰ Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration*, 228.

¹¹ Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration*, 229.

Generally, the grounds for the set aside of an arbitral award are related to irregularities in the arbitration process. For example, Section 34 of the 2018 Swedish Arbitration Act provides, among others, that an award may be wholly or partially set aside upon the request of a party:

1. if it is not covered by a valid arbitration agreement between the parties;
2. if the arbitrators have made the award after the expiration of the time limit set by the parties;
3. if the arbitrators have exceeded their mandate, in a manner that probably influenced the outcome;
4. if the arbitration, according to Section 47, should not have taken place in Sweden;
5. if an arbitrator was appointed in a manner that violates the parties' agreement or this Act,
6. if an arbitrator was unauthorized to adjudicate the dispute due to any circumstance set forth in Sections 7 or 8; or
7. if, without fault of the party, there otherwise occurred an irregularity in the course of the proceedings which probably influenced the outcome of the case.

Similarly, the grounds for resisting the recognition of arbitral awards, as stated in Article V of the 1958 New York Con-

vention, refer to procedural irregularities in most of their part. For example, Article V(1)(b) provides that

Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: ...

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case...

These grounds are, essentially, concerned with the arbitration process and, as explained by Alan Redfern, the “ugly dissents” are “dangerous, precisely because one of the few grounds on which an arbitral award may be annulled, or refused recognition and enforcement, is failure to observe the requirements of due process¹²”.

Following Alan Redfern's classification, an example of “ugly dissent” is the dissenting opinion of arbitrator James Gaitis *Vantage v. Petrobras*, relied on by Petrobras for the –unsuccessful– set aside of the award. As presented by Petrobras, the arbitral procedure was “fundamentally flawed” and this was confirmed by the very dissenting opinion of arbitrator Gaitis. Co-arbitrator James Gaitis, in his dissenting opinion has highlighted, in a brief paragraph, the purported shortcomings of the arbitration proceedings, and in the footnote to

¹² Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration*, 229.

this paragraph, including a reference to the need of a dissenting opinion. Given its brevity, the dissent is reproduced in full below:

I object to, and I dissent from, the tribunal majority's Final Award. This Objection and Dissent is based not only on my differing conclusions regarding the merits of the parties' dispute, but also on my belief and conclusion that the pre-hearing, hearing, and posthearing processes that led to the issuance of the Final Award have denied the Respondents in this proceeding the fundamental fairness and due process protections meant to be provided to arbitrating parties by Sections 10(a)(1), 10(a)(2), 10(a)(3), 10(a)(4), and Chapters 2 and 3 of the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §1, *et seq.*

FN1: In keeping with advice I have long-endorsed relating to the conduct of domestic and international commercial arbitrations in the United States, this Objection and Dissent is intended simply to generally advise the parties of the generic reasons why I cannot join in the Final Award. See *The College of Commercial Arbitrators Guide to Best Practices in Commercial Arbitration* (James M. Gaitis et al. eds. JURIS 4th ed. 2017) at 322 (stating that when arbitrators issue dissenting opinions they should do so "dispassionately and discreetly"); *The College of Commercial Arbitrators Guide to Best Practices in Commercial Arbitration* (James M. Gaitis et al. eds. JURIS 3rd

ed. 2013) at 249 (same); *The College of Commercial Arbitrators Guide to Best Practices in Commercial Arbitration* (James M. Gaitis et al. eds. JURIS 2nd ed. 2010) at 184 (same). I emphasize that the brevity of this Objection and Dissent and the fact that I have not participated in the drafting of the tribunal majority's Final Award should not be interpreted to mean that I agree with any particular representation made in the Final Award, regardless of whether the pertinent representation pertains to the relevant substantive facts, the applicable law, or the procedural events (and nonevents) leading up to the issuance of the Final Award and this Objection and Dissent¹³.

The dissent attacks not only the merits of the case – "[d]issent is based not only on my differing conclusions regarding the merits of the parties' dispute" –, but the "fundamental fairness and due process protections", without providing any support for such assertions. Such omission of the evidence is somehow explained in the footnote of the dissenting opinion, as arbitrator Gaitis explains that the dissenting opinion is meant to "generally advise the parties of the generic reasons why I cannot join in the Final Award" and that "when arbitrators issue dissenting opinions they should do so "dispassionately and discreetly"".

In response to the dissent, the majority of the arbitral tribunal confirmed that both the presiding arbitrator, William

¹³ See *Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling, Inc. v. Petrobras America Inc., Petrobras Venezuela Investments & Services, BV Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras Brazil)*, Order of 17 May 2019 of the US District Court for the Southern District of Texas. Available at: https://www.govinfo.gov/content/pkg/uscourts-txsd-4_18-cv-02246/pdf/uscourts-txsd-4_18-cv-02246-0.pdf.

W. Park, and the other co-arbitrator, Charles N. Brower, “remained independent and impartial throughout the proceedings” and that “the pre-hearing, hearing, and post-hearing processes leading to the issuance of this Final Award have been conducted with full respect for all Parties’ rights to fundamental fairness and due process protections”.

527. The Majority have carefully considered the Objection to, and Dissent from, the Majority’s Final Award, initially provided by Arbitrator Gaitis to his Tribunal colleagues and the AAA immediately following the Chairman’s communication of proposed tentative conclusions on jurisdiction, liability and limitation of damages.

528. Arbitrator Gaitis subsequently confirmed and supplemented that Objection and Dissent, indicating to his Tribunal colleagues, and to the ICDR/AAA, an intention not to sign the Award.

529. The Chairman and Judge Brower each confirms that he has remained independent and impartial throughout the proceedings. The Chairman and Judge Brower each confirms that the pre-hearing, hearing, and post-hearing processes leading to the issuance of this Final Award have been conducted with full respect for all Parties’ rights to fundamental fairness and due process protections

meant to be provided to arbitrating parties by Chapters 1, 2 and 3 of the Federal Arbitration Act. Neither the Chairman nor Judge Brower has noted any evidence that these proceedings denied the Parties fundamental fairness and due process protections¹⁴.

The court rejected this argument explaining that arbitrator Gaitis put forward no argument to sustain such conclusion of a flawed procedure. Furthermore, the court held that “Petrobras does not point to a case, nor does the court find one where a dissenting opinion provides grounds for vacatur of the majority’s arbitration award.” Even more, as highlighted by the court, there is nothing in the file to “support the position that Petrobras was denied a fair Arbitration or that the arbitration was fundamentally flawed”.

Another example of an “ugly dissent” is the opinion of arbitrator Hándl in *Czech Republic v. CME*,¹⁵ and which was raised in the context of the set aside proceedings of the arbitral award.

Pursuant to the opinion, the dissenting arbitrator was excluded from the deliberations of the arbitral tribunal. In the set aside proceedings before the Swedish Court of Appeal, all members of the tribunals had to depose as witnesses.

¹⁴ International Centre for Dispute Resolution, Case No. 01-15-0004-8503 [Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling, Inc. v. Petrobras America Inc., Petrobras Venezuela Investments & Services, BV Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras Brazil)]. Final Award of 29 June 2018, 527-529. Available at <https://images.law.com/contrib/content/uploads/documents/401/9302/Petrobras-award.pdf>.

¹⁵ The details of the case are available at <https://www.italaw.com/cases/281>, and the decision of the Swedish Court of Appeal at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0182.pdf>.

The Court rejected the arguments put forward by the Czech Republic highlighting the fact that the deliberations of an arbitral tribunal have no express provision under the Swedish Arbitration Act, and that arbitrator cannot indefinitely prolong the deliberations in an attempt to get to an unanimous decision.

The Court also concluded that the position of the Czech Republic regarding the exclusion of arbitrator Hándl from the deliberations is unfounded and ungrounded, and stressed that by submitting this argument the deliberations of the arbitral tribunal have become public. On this latter point, the Court emphasized the fact that while arbitration can be transparent, deliberations must always be confidential¹⁶.

Continuing with Alan Redfern's classification, an example of "good dissent" is the one discussed in *F Ltd. v M Ltd.* [2009] EWHC 275 (TCC), although it led to the court ordering the remit of the award to the arbitral tribunal.

The underlying arbitral tribunal proceeded to set off the amount awarded to claimant against the one awarded to respondent, although the dissenting arbitrator had highlighted that there was no pleaded basis for such offset.

Before proceeding with analysing the elements highlighted by the dissenting

opinion, Coulson J., stated his view on the relevance and effects of dissenting opinion, as follows:

(a) The existence of a dissenting opinion on a point of law or fact, arising in connection with an issue that has been pleaded or dealt with by the parties in argument, will be irrelevant to any application under section 68. The decision of the Arbitral Tribunal on such a point, albeit by a majority rather than unanimously, could not be challenged for serious irregularity in such circumstances.

(b) A comment or observation in a dissenting opinion, to the effect that an important point has been decided by the majority without reference to the parties, will be a factor to which the court will attach weight in dealing with an application under section 68. Depending on the circumstances, such an observation may have considerable weight, although it is unlikely that it could, on its own, prove determinative.

(c) In circumstances where an argument raised by the dissenting arbitrator has plainly been considered and rejected by the majority, even if it is an argument that the parties did not themselves raise, it may be difficult to say – even if there was a serious irregularity – that there was also a substantial injustice. Regardless of how it arose, the argument will have been considered and rejected by the majority.

As such, the court has pointed out that, at least in the context of Section 68 of

¹⁶ See for example Article 602(1) of the Romanian Civil Procedure Code which expressly provides that "*in all cases, the decision must be preceded by the confidential deliberation of the arbitrator, in the manner provided by the arbitration agreement or, in the absence of this, by the arbitral tribunal*".

the 1996 English Arbitration Act, the existence of a dissenting opinion does not raise a ready presumption of a serious irregularity in the arbitration proceedings.

Nonetheless, the court will look into the issues raised by the dissenting arbitrator, in particular when there is an allegation that the parties have failed to raise an argument, but the existence of a dissent in itself will likely not be determinative. Further, the fact that the tribunal has considered and addressed the issue raised by the dissenting arbitrator, will not trigger a situation of substantial injustice, even if there is serious irregularity.

Evidently, and as often emphasized in the literature on this topic, dissenting opinions bear advantages and may help improve the arbitration process.

Those “good dissents”, in the words of Alan Redfern, offer the arbitral tribunal the possibility to revisit its conclusions and reassess the positions of the parties, not necessarily in order to modify its decision, but rather to provide a more articulated reasoning.

For the dissenting arbitrator, the opinion is an important guarantee in ensuring that each arbitrator is free to decide and have her own views on the case, as well as in safeguarding the flexibility of the arbitration proceedings and the parties’ autonomy reflected in the appointment of arbitrators.

In a paper on dissenting opinions, Judge Brower and Chip Rosenberg summarize the advantages of having dissenting opinions as follows: they are indeed a significant feature of international arbitration¹⁷, they can ease the deliberation process when the arbitrators cannot reconcile their positions¹⁸, and help a losing party accept the legitimacy of the process knowing that the arguments were considered by the tribunal¹⁹.

Justice Charles Hughe, former US Chief Justice has stated that a dissenting opinion is “an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed”²⁰. In other words, dissenting opinions –more the ones of judges, rather than those of arbitrators– may help advance the law, by stimulating discus-

¹⁷ Charles N. Brower & Charles B. Rosenberg, *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded* [International Arbitration, 2012 29(1)], 27. Available at: https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawcharles_brower_the_death_of_the_twoheaded_nightingale_speech_2.pdf

¹⁸ Brower & Rosenberg, *The Death of The Two-Headed Nightingale*, 33.

¹⁹ Brower & Rosenberg, *The Death of The Two-Headed Nightingale*, 41.

²⁰ William D. Blake; Hans J. Hacker, “The Brooding Spirit of the Law: Supreme Court Justices Reading Dissents from the Bench,” Justice System Journal 31. Available to: <https://scholarworks.iupui.edu/bitstream/handle/1805/5531/blake-2010-the-brooding.pdf?sequence=1>

sions and opinions on particular issues, which the legislator and/or the courts may take into consideration for future reforms and/or new case law.

For example, the dissenting opinion of Lord Denning in *Candler v. Crane, Christmas & Co* [1951] 2 KB 164, seminal judgment of tort law, served as ground for the judgment of the House of Lords in *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1963] UKHL 4. However, even if we acknowledge the evident stimulating and forward-thinking effects of the “good” dissenting opinions, this may be of less value in arbitration, as arbitral awards are usually confidential, while it is generally agreed that there is no doctrine of precedent in international arbitration.

Dissenting opinions are, without doubt, important for the arbitration procedure. Parties have the guarantee that they are being heard, while the arbitral tribunal can overcome deadlocks in their deliberations and in the decision-making process, ensuring the efficiency of the proceedings.

However, the “ugly dissents”, as Alan Redfern has coined them, may become a tool which may be misused by the parties, by raising unfounded challenges to the arbitral award.

It is important to highlight that the “good” or “ugly” character of a dissent

is not based on whether an arbitral award is set aside or refused recognition and enforcement, but on whether the dissenting arbitrator, in providing her individual opinion, has raised a procedural irregularity in the proceedings and, in doing so, has brought robust evidence, from the case record, in support for such position.

Article 3(3) of the Chartered Institute of Arbitrators Practice Guidelines on Drafting Arbitral Awards provides that

An arbitrator may issue a dissenting or separate opinion to explain a disagreement with the outcome and/or the reasoning of the majority, as long as it is not prohibited under the arbitration agreement, including any arbitration rules and/or the *lex arbitri*. Dissenting or separate opinions should be carefully drafted to avoid any appearance of bias²¹.

Paragraph 3 of the comments to Article 3 explains that

a) An arbitrator may wish to make an individual separate opinion expressing disagreement with the reasoning and/or the conclusions of the majority. There is no required form in which dissenting or concurring opinions should be made. They may be annexed to the final award or included in the award itself; however, they do not have any legal effect and they do not form part of an award.

b) It is good practice for an arbitrator to issue a written draft of any separate opinion for consideration by the other

²¹ Chartered Institute of Arbitrators, Practice Guidelines on Drafting Arbitral Awards, Part I-General. Available at: <https://acica.org.au/wp-content/uploads/2020/04/guideline-10-drafting-arbitral-awards-part-i-general-2016.pdf>

Dissenting opinions in international arbitration: More than an opinion?

arbitrators before any award is made. The separate opinion should not disclose any details of the deliberations. It should be clearly identified as the personal opinion of its author; it should be limited to explaining the basis of the opinion; and it should not raise any new arguments that the arbitrator failed to raise at the deliberations.

While the CIArb Guidelines summarize the proper conduct in issuing dissenting opinions, the *Vantage v. Petrobras* case has perhaps highlighted the need for a proper checklist for arbitrators in drafting their dissents.

Aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral

José Pedro Barnola, Jr. * Carol Jiménez López**

Principia No. 6–2022 pp. 29–46

Resumen: A veces la complejidad del caso puede extender los costos y tiempos del arbitraje, lo cual afecta su eficacia. Este trabajo resume los aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral como una oportunidad valiosa para que las partes lleguen a varios acuerdos importantes sobre la regulación del procedimiento arbitral y las pruebas y así, lograr un procedimiento eficaz.

Abstract: Sometimes the complexity of the case may extend costs and time of arbitration, which affects its effectiveness. This paper summarizes the practical aspects of the first case management conference of the arbitration procedure as a valuable opportunity for the parties to reach several important agreements on the regulation of the arbitral procedure and evidence and achieve an effective procedure.

Palabras Claves: Primera audiencia de organización | Procedimiento arbitral | Pruebas

Keywords: First case management conference | Arbitral procedure | Evidence

* Abogado *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela, 1993). Especialista en Derecho Tributario *cum laude*, Universidad Central de Venezuela (1999). Examen General para el Egreso de la Licenciatura en Derecho, Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior (México, 2020). Revalidación de la Licenciatura en Derecho y Cédula Profesional, Secretaría de Educación Pública (México, 2021). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y la International Fiscal Association. Consultor y litigante. Cursante del PREAA.

** Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019). Diplomada en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (Venezuela, 2020). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Consultora y litigante. Cursante del PREAA.

Sumario: I. Introducción, II. La junta preliminar, III. Los acuerdos de la junta preliminar, A. Aspectos operativos del funcionamiento del tribunal arbitral, B. Aspectos de procedimiento, C. Aspectos probatorios, IV. Conclusiones

I. Introducción

El objeto de este trabajo es resumir los aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral.

La terminología no es uniforme: Esa audiencia se denomina usualmente “primera audiencia de trámite”¹, “primera reunión de procedimiento”²,

“junta preliminar”³, “conferencia sobre conducción del procedimiento”⁴, “consulta procesal preliminar”⁵, o términos similares.

En inglés se usan las denominaciones “first case management conference”⁶, “pre-trial conference”⁷, “pre-hearing conference”⁸, “preliminary meeting”⁹, “pre-arbitration conference”¹⁰, “initial procedural conference”¹¹, “preparatory

¹ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela* (Gaceta Oficial No. 36.430 del 7.4.98), art. 25; Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (“CEDCA”), *Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2020)*, art. 31; Ricardo Henríquez La Roche, “La Tramitación del Procedimiento Arbitral” (*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), p. 283; Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela* (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000), p. 195 y James Otis-Rodner, “El Arbitraje Complejo” (*El Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 326-7.

² V. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)* (Naciones Unidas, Nueva York, 2016), pp. 9-10.

³ V. Fernando González de Cossío, *Arbitraje* (5ª ed., Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2018), p. 651.

⁴ V. Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), *Reglamento de Arbitraje (vigente a partir del 1.1.21)*, en <https://www.iccpain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>, consultado el 16.2.22, art. 24.

⁵ V. Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje)* (CIADI, Washington, D.C., abril 2006), Regla 20.

⁶ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders* (London), en <https://www.ciarb.org/media/4198/guideline-6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf>, consultado el 21.2.22, art. 2 y Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Aland Redfern y Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Student Version, Oxford University Press, 6ª ed., Oxford, 2015), p. 360.

⁷ V. Phillippe Fouchard, Emanuelle Gaillard y Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Ed. por Emmanuel Gaillard y John Savage, Kluwer Law International, The Hague, 1999), p. 665 y Michael F. Hoellering, *The Pre-arbitration Conference: Can the Big Case Be Expedited?* (New York Law Journal, August 12, 1972), p. 3, cit. en Fouchard et al, loc. cit.

⁸ V. Fouchard et al, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)* (Naciones Unidas, Nueva York, 2016), pp. 2-3.

⁹ V. Blackaby et al, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, loc. cit.

¹⁰ V. Fouchard et al, loc. cit. y Hoellering, loc. cit.

¹¹ V. Gary B. Born, *International Arbitration. Law and Practice* (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016), p. 169.

conference”¹², “pre-hearing review”¹³, “procedural conference”¹⁴, “preliminary procedural consultation”,¹⁵ o términos similares.

Usaremos el término “Junta Preliminar”, siguiendo a González de Cossío¹⁶, porque es el nombre más corto donde el sustantivo permite diferenciarla de las otras audiencias de manejo del procedimiento y de pruebas y el adjetivo indica el momento en que ocurre.

En efecto, la Junta Preliminar tiene lugar lo antes posible en el procedimiento arbitral, antes de la fase escrita. Su finalidad es organizar el procedimiento y las pruebas.

Las demás audiencias de manejo del procedimiento ocurren después de la Junta

Preliminar. La audiencia de preparación de la audiencia de pruebas, por su parte, también ocurre después de la Junta Preliminar y concretamente después de la fase escrita. Su finalidad es organizar la evacuación o desahogo de las pruebas.¹⁷

II. La junta preliminar

Las partes y los árbitros deben hacer sus mejores esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz “en términos de costos (y tiempo), teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia” (paréntesis nuestro)¹⁸. 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 pruebas¹⁹,

¹² CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (2016), loc. cit.

¹³ Id.

¹⁴ V. CCI, *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (Report from the ICC Commission on Arbitration, ICC Publication, Paris, 2007, 843), p. 21.

¹⁵ V. la versión en inglés de las *Reglas de Arbitraje del CIADI*, cit. en la nota 5.

¹⁶ V. nota 3.

¹⁷ V. Blackaby et al, op. cit., p. 366, nota 38 [“It is necessary to distinguish between a preliminary meeting (or preliminary hearing) and a pre-hearing conference. A preliminary meeting takes place as early as possible in the proceedings, and certainly before the written stage. A pre-hearing conference takes place after the written stage, and has as its primary objective the organisation and order of proceedings at the evidentiary hearing.”]

¹⁸ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje*, cit., art. 22(1) y *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives* (Paris, 2017), p. 3.

¹⁹ V. CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, Nueva York, 2008) (“Ley Modelo”), art. 19; CCI, *Reglamento de Arbitraje*, art. 19; CNUDMI, *Reglas de Arbitraje* (Nueva York, 2014), en <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

siempre garantizando y respetando el derecho al debido proceso de las partes²⁰.

En México se ha cuestionado la facultad del tribunal arbitral de dirigir el procedimiento. Así, en un amparo en revisión, el accionante, que había sido el demandado en el juicio arbitral, alegó que el artículo 1435 del Código de Comercio de México²¹ es inconstitucional porque (i) omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento relativas a la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, los plazos y formas para ello y el periodo de alegatos; y (ii) faculta al tribunal arbitral para actuar de manera omnímoda en la fijación de las reglas atinentes y dirigir el arbitraje en el modo que estime apropiado²².

La Suprema Corte de Justicia de la Nación desechó esos argumentos y declaró que la facultad del tribunal arbitral de establecer las reglas del procedimiento no es inconstitucional ni omnímoda porque está acotada por las disposiciones del Título IV del Código de Comercio ya que, aun cuando no todas las normas procesales necesarias para desarrollar el procedimiento están previstas en dicho Título, cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento para asegurar la protección del derecho a la defensa, toda vez que el demandado tiene la oportunidad de alegar su pretensión y de ofrecer y

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), p. 151 y Robert Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (*Arbitration International*, Vol. 22, No. 3, London Court of International Arbitration, 2006), p. 408.

²⁰ V. Born, op. cit., pp. 158-60, *Ley Modelo*, art. 18 y *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 1434 ("Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos"). No existe una norma similar en la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, pero debería llegarse a la misma conclusión por la elemental aplicación del derecho al debido proceso, que es un Derecho Humano Fundamental [v. Alberto Blanco-Urbe Quintero, *Régimen Jurídico de las Pruebas en el Procedimiento Administrativo Tributario* (Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021), pp. 17-23]. En ese sentido, v. José Pedro Barnola Quintero, "El respeto a la Igualdad de las Partes y al Derecho a la Defensa" (*EL Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 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").

²¹ Incluido en la reforma del Título IV (Del Arbitraje Comercial) de 1993, basada en la Ley Modelo (v. Diario Oficial de la Federación del 22.7.93).

²² V. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia del 30.6.04, amparo en revisión 759/2003, en https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2003/2/2_59035_0.doc, consultado el 17.1.22 y José Luis Siqueiros, "Las facultades de los árbitros no son omnímodas, ni inconstitucionales" (*Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, No. 47, Ciudad de México, abril 2005), en <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/f2e53cc1f233d072fada168fc09-d85f0ab14a18c.pdf>, consultado el 18.2.22, p. 4.

desahogar las pruebas en que basa dicha pretensión²³.

El arbitraje es un “animal del consentimiento”²⁴. Según el principio de la autonomía de la voluntad que rige el arbitraje, por tanto, las partes pueden acordar la forma como desean que se lleve a cabo el procedimiento²⁵. Varios de esos acuerdos se convienen normalmente en la Junta Preliminar, que la CNUDMI recomendó por primera vez en 1996²⁶.

En un arbitraje doméstico o internacional, una vez que el tribunal arbitral se ha constituido, es usual que las partes y el tribunal celebren la Junta Preliminar, previa convocatoria del tribunal. En la práctica, luego de revisar el expediente, el tribunal arbitral puede invitar a las partes a que presenten propuestas sobre el manejo del procedimiento²⁷. Cada vez con más frecuencia los tribunales arbitrales celebran la Junta Preliminar por conferencia telefónica o videoconferencia²⁸.

²³ V. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 30.6.04, amparo en revisión 759/2003, cit. y Cecilia Azar Manzur, Sofía Gómez Ruano y Elsa Ortega López, *Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial* (Editorial Themis, Ciudad de México, 2009), pp. 71-2.

²⁴ V. José P. Barnola Jr., “Principios de planificación de arbitraje de inversión en Latinoamérica” [Trabajo ganador del Concurso Rodger Farrell 2021, organizado por el CEDCA y el Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana de Comercio (Venamcham) (Comité de Arbitraje de Venamcham, *Revista MARC, Boletín Especial*, Caracas, 2022)], en <https://www.venamcham.org/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-Especial-MARC-Ganadores-PRF.doc.pdf>, p. 17 (“El arbitraje de inversión, al igual que el comercial, es un animal del consentimiento”). En el mismo sentido, v. *Convenio del CIADI*, en <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/panorama> y <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>, consultados el 16.2.22, art. 25; George A. Bermann, “The self-styled ‘autonomy’ of international arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 2, The Netherlands (jun. 2020), p. 3 (“Arbitration after all is fundamentally a creature of contract”) y la doctrina citada en la nota 8; Fouchard et al, op. cit., p. 29 y Sonia Rodríguez Jiménez, *El Sistema Arbitral del CIADI* (Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2006), pp. 114-16 y 377-388.

²⁵ V. Born, op. cit., p. 156 y *Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 7 de junio de 1959 (Convención de Nueva York)* (Diario Oficial de la Federación del 22.6.71), art. V(1)(d), según la cual se puede denegar la ejecución del laudo arbitral cuando la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo celebrado por las partes o, en su defecto, que no se han ajustado a ley del país donde se ha efectuado el arbitraje. En el mismo sentido, v. *Ley Modelo*, art. 36(1)(a)(iv), *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 49(c) y *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 1462(I)(d). Esa también normalmente es una de las causales de nulidad del laudo.

²⁶ V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)*, cit, p. vii. V. también Swiss Arbitration Association, *Arbitration Toolbox*, en <https://toolbox-int.arbitration-ch.org/toolbox/home>, consultado el 16.2.22.

²⁷ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13.

²⁸ V. Born, op. cit., p. 169. En una encuesta a abogados litigantes realizada por Baker McKenzie y KPMG en octubre de 2021, el 71% de los encuestados había participado en una audiencia virtual desde el comienzo de la pandemia del COVID 19 (v. Impact Lawyers, *La última encuesta de Baker McKenzie y KPMG: El futuro de las disputas ¿Están las audiencias virtuales aquí para quedarse?*, 15.1.22, en <https://theimpactlawyers.com/es/noticias/la-ultima-encuesta-de-baker-mckenzie-y-kpmg-el-futuro-de-las-disputas-estan-las-audiencias-virtuales-aqui-para-quedarse>, consultado el 28.2.22.)

La Junta Preliminar es el primer acto conjunto del procedimiento arbitral para las partes y árbitros y “supone el inicio de la fase de conocimiento y de la actividad probatoria”²⁹ que terminará con el laudo arbitral. Es una valiosa oportunidad para que las partes lleguen a varios acuerdos importantes sobre la regulación del procedimiento. Por eso, las partes deben seguir una actitud proactiva.

En Venezuela, la Junta Preliminar marca un hito en el procedimiento arbitral, ya que la parte que pretenda alegar la excepción de falta de jurisdicción del tribunal arbitral (normalmente el demandado), debe hacerlo dentro de los cinco días hábiles siguientes a la celebración de dicha Junta Preliminar³⁰.

En la Junta Preliminar debe leerse el acuerdo arbitral, las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía³¹.

La preparación de la Junta Preliminar tiene un carácter estratégico, ya que los acuerdos de las partes en la Junta Preliminar se reflejarán normalmente en el

acta de misión³² o de términos de referencia³³ (“terms of reference”³⁴ en inglés), aunque los intercambios de los puntos de vista de las partes en la Junta Preliminar pueden o no resultar directamente en la preparación del acta de misión³⁵.

En todo caso, el correcto desarrollo del procedimiento y el control de costos y tiempos dependen en gran medida los acuerdos adoptados en la Junta Preliminar y, por vía de consecuencia, en el acta de misión. Las decisiones de la Junta Preliminar pueden modificarse durante el curso del procedimiento arbitral por el acuerdo de las partes o, a falta de acuerdo, por decisión del tribunal arbitral³⁶.

La Junta Preliminar también es una oportunidad para que el árbitro o los árbitros anticipen con las partes los potenciales riesgos y dificultades prácticas en la conducción del procedimiento (e.g., las interrupciones causadas por la pandemia del COVID 19 o situaciones similares), delimitar su alcance y proponer a las partes la adopción de las

²⁹ V. Henríquez La Roche, “La Tramitación del Procedimiento Arbitral”, cit., p. 283.

³⁰ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 25 y Rodner, loc. cit.

³¹ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 24.

³² V. Cámara de Caracas, *Reglamento General de (sic) Centro de Arbitraje (12.11.12)*, art. 62.

³³ V. CEDCA, *Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2020)*, art. 62 y José Carlos Fernández Rozas, “Permanencia del Acta de Misión en la Práctica Arbitral” (Universidad de Chile, Facultad de Derecho, *Temas Actuales de Derecho Internacional Homenaje al Profesor Emérito Mario Ramírez Necochea*, Thomson Reuters, Santiago, 2016), pp. 445 y ss.

³⁴ V. Fouchard et al, loc. cit.

³⁵ V. Fouchard et al, loc. cit.

³⁶ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13.

medidas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos.

Por lo expuesto, la Junta Preliminar es fundamental para garantizar la buena organización y eficacia del procedimiento arbitral³⁷.

III. Los acuerdos de la junta preliminar

En la medida en que no haya habido consentimiento previo de las partes o no haya regulación expresa en el reglamento del arbitraje institucional o la *lex arbitri*, los acuerdos de la Junta Preliminar pueden recaer sobre tres grandes categorías (i) la organización y funcionamiento del tribunal arbitral; (ii) el procedimiento arbitral; y (iii) los aspectos probatorios.

A. Aspectos operativos del funcionamiento del tribunal arbitral

La primera categoría se refiere al funcionamiento y operación del tribunal arbitral durante la fase de conocimiento

e instrucción. Así, la Junta Preliminar usualmente incluye:

1. La elección del presidente del tribunal arbitral en los casos de tribunales conformados por tres o más árbitros.

En algunos casos, el presidente es escogido por los árbitros ya designados por las partes. Usualmente, a falta de acuerdo entre las partes, deberá ser designado por el centro de arbitraje en caso de arbitraje institucional³⁸, o bien por una autoridad nominadora escogida por aquellas.

2. La conveniencia de la elección de un secretario del tribunal que colaborará con el tribunal arbitral en la sustanciación del procedimiento³⁹, la delimitación de sus funciones y facultades y la forma de cálculo y pago de sus honorarios.

Eso es muy importante para evitar la posterior anulación del laudo arbitral por interferencias o uso indebido del secretario⁴⁰. La mayoría de los centros de

³⁷ V. Christopher Newmark, “Controlling Time and Costs in Arbitration” (Laurence C. Newman y Richard D. Hill ed., *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2008), pp. 81-96.

³⁸ V., e.g., CEDCA, *Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2020)*, cit., art. 24(11) [“En caso de que hubiere tres (3) o más árbitros coincidentes en ambas listas, y no pudieren acordar las partes la designación del Tribunal Arbitral o del Presidente de éste, el Directorio del CEDCA hará la correspondiente designación, de los árbitros coincidentes.”]

³⁹ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 6.

⁴⁰ V. Constantine Partasides, “The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration”, [2002(18) *Journal of International Arbitration*], p. 147 y Chloe J Carswell y Lucy Wintington-Ingram, “Awards: Challenges Based on Misuse of Tribunal Secretaries” (*Global Arbitration Review*, 8.6.21), en <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/2nd-edition/article/awards-challenges-based-misuse-of-tribunal-secretaries#footnote-065>, consultado el 19.2.22, passim, y los casos allí citados: *Compagnie Honeywell Bull S.A. v. Computación Bull de Venezuela C.A.*, Paris Court of Appeal (PCA), 21 June 1990, 1991(1) Rev. Arb. 96; *Sonatrach v. Statoil* (2014) EWHC 875 (Comm); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, UNCITRAL, PCA

arbitraje internacional establecen que el tribunal arbitral solo puede designar un secretario previa consulta o acuerdo de las partes, el cual está sujeto a los mismos requisitos de imparcialidad e independencia que los árbitros⁴¹.

3. La forma de cálculo, facturación y pago de los honorarios del tribunal⁴².
4. La forma de comunicación de las partes con el tribunal y entre ellas⁴³, cómo las partes deben presentar sus comunicaciones escritas al tribunal, cuántas copias y cuál deberá ser el formato de citas e identificación y enumeración de los anexos⁴⁴.

Ese punto requiere considerar las expectativas y experiencia del tribunal y los abogados de las partes, especialmente cuando han sido formados en sistemas jurídicos diferentes⁴⁵. La tecnología ofrece muchas opciones, desde el fax⁴⁶ hasta el correo electrónico, la creación de un sitio seguro en la nube o la contratación de servicios de terceros (que involucra costos adicionales), lo cual apareja la necesidad de acordar o establecer medidas que garanticen la seguridad, privacidad y confidencialidad de las comunicaciones y el procedimiento arbitral⁴⁷ y la forma de demostrar la fecha de presentación de los escritos.

Los centros de arbitraje han adoptado reglas al respecto⁴⁸. Así, las partes po-

Case No. AA 227, Writ of Summons, 28 January 2015 (Yukos Set-Aside Petition); *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russia*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228; *P. v. Q and Ors* (2017) EWHC 194 (Comm) y J Adlam and E Lauterpacht (editors), *Iran-US Claims Tribunal Reports* (Vol. 27, 1991), pp. 293-297.

⁴¹ V. Carswell y Winnington-Ingram, loc. cit.

⁴² V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 6.

⁴³ V. González de Cossío, loc. cit., CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 7.

⁴⁴ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 67.

⁴⁵ Para las diferencias sobre el principio de confidencialidad entre los sistemas anglosajones y continental y las expectativas de los abogados de ambos sistemas, v., e.g., Diana Kuitkowski, "The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration" (*Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, Vol. 32, Issue 1), pp. 66 y 70-74.

⁴⁶ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2012)* (Naciones Unidas, Nueva York, 2012), p. 35. Aunque el fax pueda parecer obsoleto en tiempos modernos, es un medio de comunicación confiable que solo depende de una línea telefónica fija y es independiente de la conexión a Internet. Muchos bancos y otras instituciones financieras (incluso de países desarrollados) siguen usándolo para recibir instrucciones de sus clientes o como herramienta subsidiaria si fallan los medios más modernos.

⁴⁷ Id. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59. La privacidad se refiere a que solamente las partes del procedimiento arbitral pueden asistir a las audiencias y participar en el procedimiento arbitral, mientras que la confidencialidad se refiere a una obligación de no hacer: la prohibición de revelar a terceros información relacionada con el arbitraje o guardar reserva sobre dicha información (v. Born, op. cit., p. 201).

⁴⁸ V., e.g., Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, *Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos (2020)*; CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., *Appendix I: Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*, pp. 29-32.

drán enviar sus comunicaciones al tribunal arbitral en la tradicional forma impresa o por medios tecnológicos.

También debe establecerse si las partes deben usar en formatos especiales según las exigencias particulares de cada árbitro (e.g., en forma impresa, en unidades de memoria externa, discos ópticos, discos magnéticos, tabletas u otros formatos o una combinación de los anteriores)⁴⁹, la forma de establecer hipervínculos a los anexos citados (e.g., a otro archivo en formato PDF, JPG u otros formatos o directamente a la nube) o la presentación de documentos en formato PDF con hipervínculos.

5. La confidencialidad del procedimiento.

Aunque la confidencialidad es un principio inherente al arbitraje comercial, las partes pueden ampliarlo o restringirlo⁵⁰.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁵¹, tiene cuatro normas precisas sobre divulgación de la existencia del arbitraje⁵², la confidencialidad de las pruebas producidas en el arbitraje⁵³, la divulgación del laudo⁵⁴ y la

⁴⁹ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., p. 65-66.

⁵⁰ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 50-55.

⁵¹ V. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, vigente desde el 1.7. 21.

⁵² V. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 75 ("a) A menos que sea necesario en relación con un recurso judicial relativo al arbitraje o un procedimiento de ejecución de un laudo, una parte no podrá divulgar unilateralmente a terceros información alguna relativa a la existencia del arbitraje, salvo si se ve obligada por la ley o por una autoridad competente, y, en estos casos, i) sólo divulgará lo que se exija legalmente; y ii) sólo proporcionará al Tribunal y a la otra parte, si se divulga información durante el arbitraje, o a la otra parte únicamente si se divulga información una vez terminado el arbitraje, detalles de la divulgación y sus motivos. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), una parte podrá divulgar a un tercero los nombres de las partes en el arbitraje y la reparación solicitada, a efectos de satisfacer cualquier obligación de buena fe y equidad contraída con un tercero.")

⁵³ Id., art. 76 ("a) Además de las medidas específicas que puedan tomarse en virtud del Artículo 54, se considerará como confidencial cualquier prueba documental o de otra índole presentada por una parte o un testigo en el arbitraje y, en la medida en que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa información a terceros bajo ningún concepto sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente. b) A efectos del presente Artículo, no se considerará como un tercero el testigo designado por una de las partes. En la medida en que se autorice a un testigo el acceso a pruebas o a otra información obtenida en el arbitraje para preparar su testimonio, la parte que designe a ese testigo se responsabilizará de que el testigo mantenga el mismo grado de confidencialidad que se exige a esa parte.")

⁵⁴ Id., art. 77 ("Las partes respetarán la confidencialidad del laudo y éste sólo podrá ser divulgado a terceros en la medida en que i) las partes lo autoricen; o ii) caiga en el dominio público como resultado de un procedimiento ante un tribunal nacional u otra autoridad competente; o iii) deba ser divulgado para cumplir con un requisito legal impuesto a una parte o para establecer o proteger los derechos jurídicos de una parte frente a terceros.")

confidencialidad que deben mantener el Centro de Arbitraje y el árbitro⁵⁵.

6. El idioma en que se conducirá el arbitraje⁵⁶.

Normalmente el acuerdo arbitral o las reglas institucionales establecen el idioma del arbitraje. Es muy importante regular la forma de presentación de las traducciones de los documentos que estén en un idioma distinto y regular cómo las partes pueden ejercer el derecho de cuestionar las traducciones presentadas por la contraparte.

En algunos arbitrajes, especialmente donde se requiere la revisión de grandes volúmenes de documentos, se han usado traducciones automáticas (“machine

translations”)⁵⁷, que no siempre son precisas. Las diferencias en la fidelidad y exactitud de las traducciones pueden tener grandes repercusiones⁵⁸.

7. Si las audiencias requieren de traducción simultánea⁵⁹ y la contratación de los servicios de los intérpretes, podría alargar innecesariamente las audiencias y encarecer el procedimiento sin una ventaja comparativa directa.

8. En los arbitrajes ad-hoc, (i) la cuenta bancaria que se usará para el pago de los honorarios del tribunal arbitral y los gastos del procedimiento y (ii)

⁵⁵ Id., art. 78 (“a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Centro y el árbitro mantendrán el carácter confidencial del arbitraje, del laudo y, en la medida en que contenga información que no pertenezca al dominio público, de cualquier prueba documental o de otra índole divulgada durante el arbitraje, a menos que lo exija una acción judicial en relación con el laudo o que lo imponga la ley. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), el Centro podrá incluir información relativa al arbitraje en toda estadística global que aparezca en publicaciones relativas a sus actividades, siempre que esa información no permita la identificación de las partes ni las circunstancias particulares de la controversia.”)

⁵⁶ V. González de Cossío, loc. cit., CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 20-26 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 5.

⁵⁷ V. Julie Anne Halter y Lori Steidl, “Leveraging machine translation technology for multi-lingual arbitrations” (*Arbitration World*, 36th Ed., July 2018) en <https://www.klgates.com/ePubs/Arb-World-36th-2018/index.html?page=28>, consultado el 19.2.22, pp. 28-30.

⁵⁸ El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela es emblemático, porque fue una reciente decisión en materia de Derechos Humanos donde se discutió la errada traducción oficial de un tratado internacional (v. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, decisión del 14.12.21, caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela). En ese caso, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos había declarado inadmisibile la acción. El texto en español del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo impedía la presentación de la acción ex novo ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que una defectuosa traducción de la norma establecía un supuesto de hecho diferente respecto de la norma en otros idiomas como el inglés y el francés. El Comité decidió que la versión en español era una traducción errada y que las versiones de los otros idiomas eran las correctas y debían prevalecer, admitió la acción y condenó a Venezuela. En ese sentido, v. Carlos M. Ayala Corao, “Allan Brewer Carías vs. Venezuela: Los caminos para llegar a la justicia internacional” [*Justicia!! Al fin, Justicia!!*, *Condena al Estado venezolano por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas por violación de las garantías judiciales al debido proceso, a ser juzgado por jueces independientes, a un recurso efectivo y a la presunción de inocencia de Allan R. Brewer-Carías* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, Serie Estudios No. 137, Editores Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao, Caracas, 2022)], pp. 22-41.

⁵⁹ V. González de Cossío, loc. cit.

los servicios administrativos requeridos⁶⁰.

9. El depósito de los gastos⁶¹.

Éstos suelen incluir (i) los honorarios del tribunal arbitral; (ii) los gastos realizados por el tribunal arbitral, e.g., en concepto de (a) viajes y alojamiento; (b) apoyo administrativo (si no los sufragan directamente las partes); y (c) los peritos nombrados por el tribunal (incluidos sus honorarios, viajes y alojamiento) y demás asistencia que necesite el tribunal arbitral; y (iii) los honorarios y gastos del Centro de Arbitraje⁶².

B. Aspectos de procedimiento

La segunda categoría se refiere a los aspectos de procedimiento, que normalmente incluye:

1. Las adopción de las reglas procesales aplicables⁶³, especialmente relevante en el arbitraje ad-hoc, donde no hay un reglamento institu-

cional y el procedimiento se rige por lo que hayan convenido las partes⁶⁴.

2. La cantidad de rondas de memoriales que deben presentar las partes⁶⁵.

Lo común es un memorial de demanda, contestación al memorial de demanda, réplica y contraréplica. Lo mismo se aplica para la reconvencción o contrademanda. Las rondas adicionales de escritos permiten que las partes formulen sus posiciones de manera más extensa y respondan a los argumentos presentados. Sin embargo, cada una incrementa la duración y costos del arbitraje⁶⁶.

3. La sede del arbitraje y la posibilidad de celebrar audiencias en otros lugares⁶⁷.

En el arbitraje comercial normalmente el acuerdo arbitral establece la sede del arbitraje, pero no en todos los casos⁶⁸. La sede del arbitraje normalmente determina la *lex arbitri*, que tiene diversos

⁶⁰ V. González de Cossío, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 32-38.

⁶¹ V. González de Cossío, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 39-49.

⁶² V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)*, cit., p. 17.

⁶³ V. González de Cossío, loc. cit., CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 14-16 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 5.

⁶⁴ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 15 y Adolfo Hobaica Ramia, "El Arbitraje Independiente o Ad Hoc" (*El Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 262-3.

⁶⁵ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 8.

⁶⁶ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 33.

⁶⁷ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 27-31 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 5.

⁶⁸ Id. Bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, e.g., el tribunal arbitral debe determinar la sede del arbitraje, según las circunstancias del caso, cuando las partes no hayan acordado previamente (art. 18).

efectos jurídicos, e.g., los requisitos para el nombramiento y recusación de los árbitros; las normas imperativas de procedimiento; la posibilidad de impugnación del laudo arbitral y las causales de impugnación; el órgano judicial que tiene competencia para asistir al tribunal arbitral; y el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en otras jurisdicciones⁶⁹.

4. Los instrumentos de soft law sobre la ética de las partes y los árbitros (e.g., el Proyecto de Código de Conducta para Árbitros y Otras Personas que ejercen funciones de Adjudicación del CIADI y la CNUDMI⁷⁰, o el Código de Ética del CEDCA, que forma parte de su Reglamento de Arbitraje).
5. Identificar las cuestiones que puedan ser resueltas por acuerdo de las partes o sus expertos⁷¹.
6. Identificar las cuestiones a ser decididas únicamente sobre la base de documentos en lugar de declaraciones orales o argumentos legales en una audiencia⁷².
7. Aunque no hemos encontrado casos reportados, es teóricamente posible que las partes acuerden el procedi-

miento expedito en la Junta Preliminar⁷³.

8. Las restricciones o expansiones de los poderes del tribunal arbitral, incluyendo la posibilidad de reservar al presidente decidir individualmente asuntos de procedimiento y firmar las órdenes procesales por cuenta del tribunal⁷⁴ y las limitaciones del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares.
9. Confirmar si una de las partes pretende solicitar medidas cautelares y el procedimiento para presentación de los escritos relacionados con ese tema⁷⁵.
10. El calendario procesal, señalando las futuras actuaciones y sus fechas.

Éste servirá para indicar los plazos en que deberán notificarse las presentaciones por escrito, las declaraciones de testigos, los informes de peritos y las pruebas documentales, de manera que las partes puedan planear las ulteriores actuaciones del procedimiento arbitral.

En el calendario se incluyen las fechas provisionales de las audiencias tomando en consideración si la legislación o el reglamento de arbitraje aplicables establecen algún plazo legal u obligato-

⁶⁹ V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización de proceso arbitral (2016)*, cit., p. 13.

⁷⁰ V. <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/codigo-de-conducta>, consultado el 19.2.22.

⁷¹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje*, cit., *Apéndice IV (Técnicas para la conducción del caso)*, p. 68.

⁷² Id.

⁷³ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 6.

⁷⁴ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, id.

⁷⁵ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 7.

rio sobre la duración del procedimiento arbitral⁷⁶.

11. La posibilidad de bifurcar el procedimiento⁷⁷, que puede cambiar la estrategia del caso, especialmente en los arbitrajes multipartes y los que están financiados por terceros.

Ello es relevante analizarlo desde el inicio ya que, por ejemplo, un solo arbitraje con multiplicidad de partes podría –aunque no siempre– resultar en un procedimiento más detallado y evitar la duplicidad y también evitar el riesgo de decisiones contradictorias en arbitrajes independientes⁷⁸.

12. Los poderes del tribunal arbitral para proponer temas de procedimiento y otros temas legales que no hayan planteado las partes⁷⁹.

En los casos *Canfor Corp.*, *Tembec* y *Terminal Forest Products Ltd.*, que fueron arbitrajes de inversión contra los EE.UU. bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, uno de los tribunales sugirió a las partes acumular los tres casos, aunque después los

EE.UU. presentaron solicitudes formales en cada uno de ellos⁸⁰.

13. En materia de arreglo de controversias, el tribunal arbitral podría: (i) alentar a las partes a considerar la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o cualquier método amistoso de resolución de controversias; y (ii) cuando las partes y el tribunal arbitral lo hayan acordado, el tribunal arbitral puede tomar medidas para facilitar un acuerdo sobre la controversia, siempre que se hagan todos los esfuerzos para asegurar que todo laudo subsiguiente sea ejecutable⁸¹.

14. Cuáles son los hechos convenidos y controvertidos y cuáles son los puntos debatidos⁸².

Eso permitirá a las partes concentrar sus esfuerzos probatorios en demostrar los hechos controvertidos y al tribunal arbitral asegurarse que el laudo no incurra en *ultrapetita*, *infrapetita* o *citrapetita*.

⁷⁶ V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)*, cit., p. 10. E.g., la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela establece que, a falta de acuerdo de las partes, el proceso debe durar seis meses (art. 22).

⁷⁷ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 8.

⁷⁸ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 25.

⁷⁹ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 9.

⁸⁰ V. *Canfor Corp. vs. United States of America and Tembec et al vs. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. vs. United States of America*, Order of the Consolidation Tribunal (7.9.05).

⁸¹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, cit., p. 69.

⁸² V. González de Cossío, loc. cit., CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 8.

15. Si bien es un tema sustantivo, la Junta Preliminar también es una oportunidad para que las partes acuerden el derecho aplicable al fondo de la controversia (si no lo habían convenido).

C. Aspectos probatorios

Finalmente, la tercera categoría se refiere los aspectos probatorios:

1. La mecánica del funcionamiento de las pruebas en el arbitraje⁸³ y las reglas probatorias aplicables.

Las normas de “soft law” más usadas en el arbitraje comercial internacional son las Reglas de la International Bar Association (“IBA”) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁸⁴. La IBA

tiene un texto modelo para establecer las reglas de prueba en el acuerdo arbitral⁸⁵.

Sin embargo, la práctica más común en la redacción acuerdos arbitrales comerciales es omitir ese texto. En nuestra opinión, esa práctica es quizás la menos prudente, porque las partes habrían perdido la oportunidad de establecer, ab initio y antes de una controversia, las reglas de prueba⁸⁶.

Probablemente la práctica se explica porque la redacción del acuerdo arbitral usualmente está a cargo de abogados consultores o transaccionales y no a cargo de abogados litigantes, que tienen enfoques distintos de los problemas legales⁸⁷. Además, muchas veces la redacción del acuerdo arbitral se deja

⁸³ V. González de Cossío, loc. cit. y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 9.

⁸⁴ V. International Bar Association, *IBA Rules on the Taking on Evidence in International Arbitration (Adopted by a Resolution of the IBA Council, 17.12.20)*, en <https://www.ibanet.org/Media-Handler?id=def0807b-9fec-43cf-b624-f2cb2af7cf7b>, consultado el 16.2.22, p. 6.

⁸⁵ Id. [“Si las partes desean adoptar las Reglas de la IBA sobre Pruebas en la redacción de un convenio arbitral, se recomienda que incorporen el siguiente texto al convenio, seleccionando una de las alternativas aquí proporcionadas: ‘(Además de las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas elegidas por las partes.) las partes acuerdan que el arbitraje se desarrollará conforme a las Reglas de la IBA sobre Prueba que se encuentran vigentes a la fecha de (este acuerdo/el inicio del arbitraje).’”]

⁸⁶ V. Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., *Essential Lawyering Skills* (5th ed., Wolters Kluwer, New York, 2015), p. 28 (“A prudent lawyer foresees risk, makes sure that mistakes do not happen and, to the extent possible, keeps clients out of trouble”) y Ramón Alvíns, “Pruebas en el Arbitraje” (*El Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 301-303.

⁸⁷ V. Patrick G. Jones, *The midnight clause: from darkness to daylight* (Henning Mediation & Arbitration Service, Inc. and Friend, Hudak & Harris, LLP, Atlanta, Georgia, 2015), en https://www.henningmediation.com/n/PGJ/cle_seminar.pdf, consultado el 16.2.22, pp. 1-2. Cfr. Krieger y Neumann, Jr., op. cit., p.32 [“The practice of law is divided in two parts. On is the resolution of disputes, often through litigation. The other is transactional: advising and representing clients in situations where there is no dispute (...) Some lawyers do only dispute work. Some do only transactional work. And some do both. (...) Dispute lawyers and transactional lawyers approach legal problems differently and in some respects see the world differently. Most fundamentally, dispute lawyers fight to protect clients who are already in conflict with somebody else.”] y Barnola jr., op. cit., p. 3 [“Normalmente, los profesionales que diseñan estructuras de inversión extranjera en Latinoamérica son abogados consultores especialistas en derecho corporativo y/o fiscal (y/o, como el caso de México, contadores fiscales) que no siempre prestan atención al arbitraje de inversión. Este trabajo propone la tesis que una asesoría prudente para gerenciar el riesgo país debe considerar el arbitraje de inversión e integrar los enfoques del abogado litigante y el abogado consultor desde el inicio del proceso de toma de decisiones de inversión.”]

para el último momento y sin la debida atención y por eso se le refiere como la cláusula de la medianoche (“midnight clause”)⁸⁸.

2. Las expectativas de las partes con respecto a la sustanciación de las pruebas.

Así, los abogados formados en sistemas anglosajones pueden tener la expectativa de usar el “discovery”, institución propia de esos sistemas que es ajena a los sistemas continentales, según la cual las partes están obligadas a suministrar todos los documentos y otras pruebas relevantes del caso, incluso si son adversos a sus posiciones⁸⁹.

El discovery normalmente no se usa en el arbitraje internacional por considerarse inapropiado y costoso⁹⁰. Como regla general, las partes de un arbitraje internacional no están obligada a producir documentos y otras pruebas adversos a sus intereses, a menos que la otra parte lo solicite y/o lo ordene el tribunal arbitral⁹¹. Las Reglas de la IBA citadas no incluyen el discovery, pero establecen un punto medio entre el sistema anglosajón y el sistema continental⁹².

3. En relación con los documentos⁹³:

(a) Determinar si las partes deben producir junto con sus escritos los documentos en los que se basen⁹⁴;

⁸⁸ V. Jones, loc. cit. [“This refers to the dispute resolution clause, and in particular the arbitration clause, because all too often it is addressed at the end of the contract negotiations (and many times after midnight) as more or less an ‘afterthought,’ with very little consideration given to the consequences. A typical scenario would be where a litigator receives a call or e-mail at the 11th-hour from one of the corporate associates working on the deal, who asks the litigator to send him or her a ‘standard’ or ‘boilerplate’ arbitration clause. Unfortunately, there is no such thing.”]

⁸⁹ V. American Bar Association, *How Courts Work* (21.9.21), en https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery/, consultado el 19.2.22 e IBA Task Force for the Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration/Consolidated Amendments (January 2021), *Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, en <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>, consultado el 20.2.22, p. 8; Pietrowski, op. cit., p. 392 y Claudia T. Salomon y Sandra Friedrich, “Obtaining and Submitting Evidence in International Arbitration in the United States” (*The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School, Center for International Commercial and Investment Arbitration, 2013/Vol. 24 No. 4), pp. 550-1.

⁹⁰ V. IBA Task Force for the Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration/Consolidated Amendments (January 2021), loc. cit. y Nathan D. O’Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Informa Law from Routledge, London and New York, 2012), pp. 37-40.

⁹¹ V. Pietrowski, op. cit., pp. 392-3 y Paul S. Reichler, “Problems of Evidence Before International Tribunals” (*International Arbitration. Contemporary Issues and Innovations*, Ed. John Norton Moore, Martinus Hijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013), pp. 47-8.

⁹² V. IBA Task Force for the Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration/Consolidated Amendments (January 2021), loc. cit.

⁹³ V. en general CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 73-85.

⁹⁴ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, cit., p. 68 y *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13.

- (b) Determinar el uso de las herramientas y técnicas electrónicas de revisión de documentos⁹⁵;
- (c) Evitar las solicitudes de exhibición o producción de documentos cuando sea apropiado para controlar el tiempo y los costos⁹⁶, limitándolas a los documentos o categorías de documentos que sean pertinentes y determinantes para resolver el caso⁹⁷;
- (d) Establecer plazos razonables para la exhibición o producción de documentos⁹⁸ y las limitaciones temporales para ello⁹⁹;
- (e) Establecer una tabla para resolver cuestiones relacionadas con la exhibición o producción de documentos¹⁰⁰. La técnica más usada es la Tabla Redfern¹⁰¹;
- (f) La posible aplicación del principio de retención de documentos (“legal hold” o “litigation hold”). Bajo el derecho norteamericano, ese principio prohíbe que una parte destruya documentos que pudiesen razonablemente estar involucrados en un eventual litigio¹⁰². En los sistemas continentales, usualmente, no existe esa prohibición, ya que la obligación general de conservación de documentos está regida por un plazo específico o el lapso de prescripción¹⁰³;
- (g) Si la declaración de las partes sobre el origen, recepción y exactitud de las fotocopias de documentos deben presumirse correctas¹⁰⁴;
- (h) Si las partes están dispuestas a presentar conjuntamente un solo set de pruebas documentales¹⁰⁵; y
- (i) Si los documentos voluminosos y complicados deben presentarse a

⁹⁵ V. CCI, Comisión de Arbitraje y ADR, *Informe: Gestión de la Producción de Documentos Electrónicos* (Paris, 2016), pp. 9-16.

⁹⁶ Id.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 73-75.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ V. Peter Harris, “Reinventing the Redfern” (*Journal of International Arbitration*, Volume 33, Issue 4, 2016), pp. 353-364.

¹⁰² V. *Lubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 FRD 212, 216-18 (SDNY 2003) en <https://www.finnegan.com/en/insights/articles/litigation-holds.html>, consultado el 19.2.22 (“Once a party reasonably anticipates litigation, it must suspend its routine document retention/destruction policy and put in place a ‘litigation hold’ to ensure preservation of relevant documents”).

¹⁰³ V. e.g., el art. 44 del Código de Comercio de Venezuela (Gaceta Oficial No. 475 Ext. del 21 de diciembre de 1955), según el cual los comerciantes deben conservar los libros de contabilidad mercantil y sus comprobantes durante 10 años, a partir del último asiento de cada libro. Ese, además, es el lapso de prescripción de las obligaciones mercantiles (art. 132).

¹⁰⁴ CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., p. 80-81.

¹⁰⁵ Id., p. 82-85.

- través de resúmenes, cuadros, tablas, extractos o muestras¹⁰⁶.
4. Cuáles son las medidas que deben tomarse si las partes deben presentar pruebas distintas de documentos¹⁰⁷ y si es necesaria una inspección¹⁰⁸.
 5. La extensión y el alcance de las presentaciones escritas y testimoniales escritas y orales para evitar repeticiones y mantener el enfoque en las cuestiones claves¹⁰⁹.
 6. El uso de las tecnologías de la información que permitan comunicaciones en línea entre las partes y el tribunal arbitral para la audiencia de pruebas u otras audiencias en las que la asistencia en persona no sea esencial o no sea posible¹¹⁰, cuáles serán los mecanismos de control y contradicción de las pruebas en caso de audiencias virtuales o mixtas y la regulación de las actuaciones de los abogados, testigos, expertos y otros terceros y los métodos y costos involucrados en el uso de cámaras y otros medios tecnológicos requeridos para la audiencia virtual o mixta.

7. La forma de las audiencias de preparación de la audiencia de pruebas¹¹¹.

Aunque la tendencia es a no sobrerregular esas audiencias y sus modalidades, es necesario establecer si se celebrará o no la audiencia que prepare la audiencia de pruebas propiamente y cómo se hará.

IV. Conclusiones

Un arbitraje rentable y eficaz será aquel en el cual el tiempo y los costos dedicados a resolver la disputa sean apropiados a la luz de lo que está en juego¹¹².

La Junta Preliminar es el primer acto conjunto del procedimiento arbitral de las partes y los árbitros, y constituye una oportunidad estratégica para que las partes acuerden aspectos importantes sobre la organización y funcionamiento del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral y los temas probatorios.

Por ello, las partes deben asumir una actitud proactiva en la preparación y celebración de la Junta Preliminar, para así promover que la ulterior discusión sea sobre el fondo de la controversia y no sobre las reglas de discusión –una de las deficiencias habituales de la jurisdicción ordinaria– y, de esa forma, asegurar la

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Id., pp. 86-107.

¹⁰⁸ Id., pp. 108-113.

¹⁰⁹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, cit., p. 69.

¹¹⁰ Id. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59.

¹¹¹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, loc. cit.; CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13; CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 33-4 y González de Cossío, loc. cit.

¹¹² V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 14.

Aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral

eficacia del procedimiento arbitral que culmine en un laudo ejecutable.

El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI

Diego Thomás Castagnino*

Principia No. 6–2022 pp. 47-61

Resumen: El presente artículo tiene por objeto señalar las principales novedades que ofrece el Reglamento de Arbitraje Acelerado que fue adoptado el 21 de julio de 2021 por la CNUDMI, y que entró en vigor a partir del 19 de septiembre de 2021. Se trata de un Reglamento que ofrece un procedimiento que procura garantizar el equilibrio entre: la eficacia del proceso arbitral y los derechos de las partes a gozar de las garantías procesales, y a recibir un trato equitativo, orientado a disminuir tiempos y costos en el arbitraje. Se señalarán los antecedentes a dicho Reglamento, se especificarán las eficiencias procesales en las actuaciones de las partes, así como en las del Tribunal Arbitral, y se concluirá con unos comentarios respecto a la cláusula compromisoria modelo que contiene el Reglamento objeto del presente estudio.

Abstract: The purpose of this article is to point out the main novelties offered by the Expedited Arbitration Rules that were adopted on July 21, 2021 by UNCITRAL, and which entered into force as of September 19, 2021. It is a regulation that offers a procedure that seeks to guarantee the balance between the effectiveness of the arbitration process and the rights of the parties to enjoy procedural guarantees, and to receive equitable treatment, aimed at reducing time and costs in arbitration. The background to said Rules will be indicated, the procedural efficiencies in the actions of the parties will be specified, as well as in those of the Arbitral Tribunal, and it will conclude with some comments regarding the model arbitration clause contained in the Rules that is the subject of this study.

Palabras Claves: Arbitraje | Arbitraje acelerado | CNUDMI

Keywords: Arbitration | Expedited arbitration | UNCITRAL

* 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 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 la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Director de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

Sumario: I. Introducción, II. Características del RAA, A. El arbitraje acelerado nace para dar respuesta a las preocupaciones de la comunidad arbitral respecto a costos y tiempos, 1. Centro de Arbitraje Suizo, 2. Centro Internacional de Resolución de Disputas, 3. Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, 4. Cámara de Comercio de Estocolmo, 5. Cámara de Comercio Internacional, 6. Club Español del Arbitraje, 7. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 8. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, B. Es un apéndice del Reglamento de arbitraje CNUDMI, C. Su aplicación depende exclusivamente de la voluntad de las partes, D. Las partes y el Tribunal Arbitral cooperan para evitar demoras y gastos innecesarios, E. Prevalencia de la voluntad de las partes, F. Flexibilidad en cuanto a cuando utilizar el arbitraje acelerado, G. Es perfectamente factible que se dicten medidas cautelares en el arbitraje acelerado, III. Eficiencia procesal en las actuaciones de las partes, IV. Eficiencia procesal en las actuaciones del tribunal arbitral, V. Cláusula modelo, VI. Conclusiones

I. Introducción

Como respuesta a la frecuente preocupación por los costos y por la duración de algunos arbitrajes, y visto que se ha vuelto una práctica consolidada y creciente en el arbitraje internacional la utilización de reglas procesales que permitan conducir arbitrajes de forma abreviada y más eficiente, el 21 de julio de 2021, fue adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI¹ (“RAA”), el cual entró en vigor el 19 de septiembre de 2021.

El RAA procura garantizar el equilibrio entre la eficacia del proceso arbitral, y los derechos de las partes a gozar de las garantías procesales, en un momento en

el que los usuarios del arbitraje exigen que sus controversias sean resueltas de manera más rápida y a menor costo.

Surge así el arbitraje acelerado, entendido 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”².

II. Características del RAA

A los fines de facilitar el estudio del RAA, a continuación, se explicarán sus principales características:

¹ Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral_ea_website_sp.pdf

² Proyecto de nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.219>

A. El arbitraje acelerado nace para dar respuesta a las preocupaciones de la comunidad arbitral respecto a costos y tiempos

La preocupación en torno a costos y tiempos en el arbitraje ha sido tratada de distintas maneras. En primer término, la solución se sustentó en el principio de la libre autonomía de la voluntad, según el cual, las partes son libres de acortar los plazos del procedimiento de común acuerdo, logrando así ser más eficientes.

Posteriormente, algunas instituciones como la Cámara de Comercio Internacional³, incluyeron en sus reglamentos una disposición expresa para evitar dudas, permitiendo a las partes acordar reducir los plazos previstos, y si dicho acuerdo ha sido celebrado después de la constitución del Tribunal Arbitral, solo surtiría efectos una vez aprobado por este.

Por otro lado, otras instituciones prefirieron contar con una regulación especial que ofrezca a las partes un procedimiento más expedito, usualmente llamado abreviado, breve o acelerado⁴, para determinados asuntos, optimizando costos y tiempos⁵; solución

que se ha venido replicando en las instituciones nacionales e internacionales más prestigiosas, como es el caso de la CNUDMI con la entrada en vigor del RAA a partir del 19 de septiembre de 2021.

En términos generales, la experiencia en la utilización de este tipo de arbitraje ha sido positiva, y creemos que su implementación se seguirá expandiendo rápidamente a nivel internacional. Algunas de las experiencias previas al RAA a nivel internacional son:

1. Centro de Arbitraje Suizo

La modificación realizada en el año 2021 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje Suizo⁶ (“CAS”), mantuvo el procedimiento abreviado para la resolución de controversias contemplado en la versión de 2012, y es aplicable a los casos en donde las partes así lo acuerden expresamente, o cuando el monto de la disputa no supere los CHF 1.000.000, salvo que la Corte decida lo contrario⁷.

³ En su versión de 1998. En el mismo sentido el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje, desde su versión del año 2005. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/bbpps_mediacion_1.pdf

⁴ No se debe confundir con el procedimiento de emergencia o de urgencia, contemplado en la mayoría de los reglamentos de arbitraje, el cual tiene por finalidad la obtención de una medida cautelar (usualmente provisorias) antes de la constitución del Tribunal Arbitral.

⁵ Algunas instituciones han optado por crear normas autosuficientes y separadas a su reglamento, otras, lo han incluido dentro de sus propios reglamentos.

⁶ Disponible en: <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/12/Swiss-Rules-2021-EN-1.pdf>

⁷ Artículo 42.1 CAS.

2. Centro Internacional de Resolución de Disputas

El Centro Internacional de Resolución de Disputas (“CIRD”) es la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, y su Reglamento en vigor desde el 1 de marzo de 2021⁸, al igual, que su versión anterior (2014), incluye un procedimiento de arbitraje expedito y simplificado, orientado también a reducir tiempo y costos en el arbitraje.

Entre los aspectos más relevantes destacan: i) se presume que los asuntos de hasta USD 100.000 se resolverán sólo con documentos⁹, ii) puede aplicarse a casos de cualquier monto con el acuerdo de las partes, iii) el laudo debe dictarse dentro de los 30 días calendario siguientes al cierre de las audiencias o de la fecha establecida para la recepción de los alegatos de las partes¹⁰.

3. Centro Internacional de Arbitraje de Singapur

La Sexta Edición del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur¹¹ (“CIAS”), efectivo desde el 1 de agosto de 2016, también contempla un procedimiento expedito,

siendo su rasgo característico más diferenciador, el hecho de que puede utilizarse a requerimiento de una de las partes, siempre y cuando se cumpla con uno de los siguientes criterios: a) el monto de la disputa no exceda a SG\$ 6.000.000, incluyendo los montos de la demanda, reconvencción y cualquier compensación, b) si las partes así lo acuerdan, o c) en casos excepcionales de urgencia¹².

4. Cámara de Comercio de Estocolmo

El Reglamento de Arbitrajes Simplificados de la Cámara de Comercio de Estocolmo¹³ (“CCE”) fue publicado en el año 2017, ofrece un procedimiento expedito. Entre los elementos más relevantes destaca que el laudo final deberá dictarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha en que el caso fue remitido al árbitro, plazo que puede ser prorrogado, teniendo siempre en cuenta la naturaleza expedita del procedimiento¹⁴.

5. Cámara de Comercio Internacional

El Reglamento¹⁵ de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”)

⁸ Disponible en: https://www.icdr.org/sites/default/files/ICDR_Rules_Spanish.pdf

⁹ Artículo 1.4 CIRD.

¹⁰ Artículo E-10 CIRD.

¹¹ Disponible en: https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20English_28%20Feb%202017.pdf

¹² Artículo 5.1 CIAS.

¹³ Disponible en: https://sccinstitute.com/media/1407451/expeditedarbitrationrules_spanish_2020.pdf

¹⁴ Artículo 43 CCE.

¹⁵ Disponible en: <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

contiene un procedimiento abreviado¹⁶, que fue introducido en 2017, el cual consiste en un procedimiento simplificado con un arancel de honorarios reducido, y es aplicable para controversias con una cuantía no superior a USD 3 millones con respecto a acuerdos de arbitraje celebrados a partir del 1° de enero de 2021, también puede pactarse en casos de mayor cuantía.

6. Club Español del Arbitraje

El Reglamento Arbitral Modelo del Club Español del Arbitraje incluido en su Código de Buenas Prácticas (“RCEA”)¹⁷, también cuenta con un procedimiento abreviado, que será de aplicación siempre que: a) la cuantía total máxima del asunto sea igual o inferior a 1.000.000 Euros, teniendo en cuenta la demanda y la eventual reconvencción, b) las partes en convenio arbitral no hayan expresamente pactado su no aplicación, c) las partes así lo pacten, con independencia de la fecha del convenio arbitral y de la cuantía del asunto¹⁸.

En Venezuela, tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, también contemplan en sus

reglamentos un procedimiento abreviado:

7. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas

El Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (“CACC”) vigente desde el 1 de febrero de 2013¹⁹, contempla un procedimiento arbitral abreviado, que será aplicable cuando la cuantía de la solicitud de arbitraje no supere la cantidad de 5.000 Unidades Tributarias, salvo acuerdo en contrario de las partes²⁰, el plazo para que el tribunal arbitral dicte el Laudo no excederá de 3 meses contados a partir de la fecha del Acta de Misión, lapso que podrá ser prorrogado, por la Dirección ejecutiva, a solicitud del Tribunal Arbitral por un plazo de 3 meses²¹.

Recomendamos al CACC tomar en cuenta en una futura actualización de su Reglamento, la posibilidad de modificar la forma en la que se establece la aplicabilidad del procedimiento abreviado, toda vez que las Unidades Tributarias no se actualizan con la frecuencia debida, resultando ser poco conveniente, especialmente en un entorno hiperinflacionario. Consideramos que el criterio elegido por el RAA puede ser el adecuado, el cual, tal y como se explicará más adelante, parte del

¹⁶ Artículo 30 CCI.

¹⁷ Disponible en: <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>

¹⁸ Artículo 60 RCEA.

¹⁹ Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>

²⁰ Artículo 77 CACC.

²¹ Artículo 88 CACC.

acuerdo entre las partes y no de una cuantía determinada.

8. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (“CEDCA”) también cuenta con un procedimiento expedito en su Reglamento de 2020²², y es aplicable, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando 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.

El Procedimiento Expedito del CEDCA también puede ser aplicado a controversias de mayor cuantía o con multiplicidad de partes cuando estas así lo convengan²³. Uno de los elementos más relevantes de este procedimiento expedito es que el Tribunal Arbitral deberá dictar el laudo dentro de un plazo que no excederá de 10 días hábiles contados a partir del cierre del lapso probatorio²⁴.

B. Es un apéndice del Reglamento de arbitraje CNUDMI

El Reglamento de Arbitraje CNUDMI²⁵ es uno de los más utilizados a nivel

internacional en arbitrajes *ad hoc*, y cuenta con una muy buena reputación, ya que contiene reglas claras que facilitan la tramitación del arbitraje. El RAA viene a ser un apéndice de dicho Reglamento, por un lado, sustituye algunas de sus normas para simplificar actuaciones y así poder disminuir los tiempos para alcanzar el objetivo del arbitraje acelerado, pero por el otro, se complementa con el Reglamento, en todo en lo que no lo contravenga en su propósito.

De esta manera, la nota al pie de página del artículo 1 del RAA, enumera los artículos del Reglamento de Arbitraje CNUDMI que, salvo acuerdo en contrario, no se aplican al arbitraje acelerado, específicamente se trata de: artículo 3, párrafos 4 a) y b); artículo 6, párrafo 2; artículo 7; artículo 8, párrafo 1; la primera oración del artículo 20, párrafo 1; el artículo 21, párrafos 1 y 3; el artículo 22 y la segunda oración del párrafo 2 del artículo 27. En este sentido, el RAA se interpreta de forma conjunta con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, y no de manera aislada.

C. Su aplicación depende exclusivamente de la voluntad de las partes

Una de las novedades del RAA es que, a diferencia de otros Reglamentos como el de la Cámara de Comercio

²² 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>

²³ Artículo 46.1 CEDCA.

²⁴ Artículo 52.1 CEDCA.

²⁵ Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>

Internacional, su criterio de aplicabilidad no se basa en la cuantía, sino en el acuerdo de voluntades de las partes, tal y como lo señala su artículo 1. Esto significa que el arbitraje acelerado se aplica en virtud del consenso entre las partes. Ahora bien, si las partes desean aplicar criterios distintos para la aplicación del RAA, como por ejemplo cuantía, lo podrán hacer, pero deben pactarlo de manera expresa e indubitable.

En los reglamentos de arbitraje acelerado en donde el criterio de aplicabilidad está asociado a una cuantía, se ha vuelto común que una de las partes exija la aplicación del proceso ordinario justificándose en las características específicas relacionadas con el fondo de la controversia, por ejemplo, la complejidad a nivel probatorio.

Si las partes tienen una intención seria de resolver su conflicto de manera expedita, debería ser baja la posibilidad de dilataciones indebidas que afecte la celeridad del proceso, así como de trámites y diligencias innecesarias. De tal manera que, luce más apropiado dejar la aplicabilidad del procedimiento acelerado en manos de las partes y no de una cuantía determinada.

No obstante, debemos ser enfáticos en reconocer que cada caso debe ser analizado de manera individual, ya que, definitivamente, el arbitraje acelerado no es una medida apta para todo tipo de controversia. Lo que en realidad debe privar es el criterio de las partes, las cua-

les, además, deben ser sinceras en cuanto a su intención de tramitar su caso mediante un procedimiento más expedito pensando en las eficiencias en costos y tiempos.

D. Las partes y el Tribunal Arbitral cooperan para evitar demoras y gastos innecesarios

Si bien para que se apliquen las reglas del RAA es fundamental que las partes así lo acuerden, no menos cierto es que, las partes deben tener una intención real de lograr una rápida resolución de la controversia, por lo que, deben cooperar en la búsqueda de eficiencias en el proceso, en cuanto a tiempos y costos.

Por otro lado, los árbitros que se designen en un arbitraje acelerado deben comprometerse a dedicarle el tiempo que sea necesario para resolver el conflicto planteado, siempre garantizando los derechos fundamentales de las partes, pero buscando eficiencias en todo momento, para ello, deben conducir el procedimiento arbitral con la debida diligencia, y dictar sus decisiones orientadas hacia la celeridad, evitando actuaciones innecesarias.

El ambiente de cooperación entre las partes y el Tribunal Arbitral para la búsqueda de eficiencias tiene especial relevancia en el caso de arbitrajes *ad-hoc*, en donde no se cuenta con el soporte administrativo ni con la asesoría especializada de un centro de arbitraje, sino que todo el peso recae en el Tribunal Arbitral.

En aras de ayudar a las partes en su propósito, el RAA incluye una declaración modelo para que sea suscrita por los árbitros, en donde, al suscribirla, estos se comprometen expresamente a conducirse bajo los parámetros deseados para alcanzar los fines propios del arbitraje acelerado.

En todo caso, las partes y el Tribunal Arbitral deben actuar siempre bajo el principio de la buena fe, así que, cualquier comportamiento contrario a los propósitos del arbitraje acelerado, sea de las partes, o de los árbitros, deberá ser considerado como un incumplimiento al acuerdo de arbitraje o al contrato suscrito con los árbitros, y si tal incumplimiento ha causado un daño al otro, el que lo ha causado deberá repararlo.

E. Prevalencia de la voluntad de las partes

El RAA establece una amplia discrecionalidad para el Tribunal Arbitral, pero, exige que antes de tomar una decisión, se escuche la opinión de las partes. De tal manera que, en el arbitraje acelerado de CNUDMI se le da una vital importancia a la voluntad de las partes, así, el Tribunal Arbitral primero debe escuchar y luego podrá decidir razonablemente.

El RAA entiende que las partes son dueñas de su proceso, y les respeta el derecho de expresar su opinión libremente en todo momento. La idea es contar con reglas procesales que permitan conducir el arbitraje de forma

abreviada y más eficiente, pero garantizando siempre los derechos y las garantías de todas las partes involucradas.

Además, cada caso tendrá sus propias particularidades, es por ello que el RAA lejos de establecer un sistema rígido de reglas procesales, se basa en el principio de la flexibilidad propia del arbitraje, en donde las partes pueden ir adaptando el procedimiento de acuerdo a sus necesidades reales.

F. Flexibilidad en cuanto a cuando utilizar el arbitraje acelerado

Definitivamente una de las características más relevantes del RAA es su flexibilidad, la cual permite que sean las partes las que decidan cuando utilizarlo. Por ejemplo, si las partes pactaron dirimir sus conflictos en virtud del Reglamento de Arbitraje CNUDMI antes de la entrada en vigor del RAA, es decir, antes del 19 de septiembre de 2021, estas podrán acordar posteriormente someter su controversia de acuerdo con el RAA.

Pasar de un arbitraje no acelerado al acelerado puede traer consecuencias debido a las características propias del RAA, por ejemplo, deben tomar en cuenta: la oportunidad para presentar la propuesta de autoridad nominadora y árbitro único, si ya se celebraron audiencias y se presentaron pruebas, etc. La recomendación es que las partes se pongan de acuerdo sobre como quedarían estos temas, es decir, deben acordar cómo será la transición del arbi-

traje no acelerado al acelerado para evitar confusiones, o peor aún, vulneración de derechos de alguna de las partes. Se recomienda que dicho acuerdo conste por escrito.

Otro ejemplo, es la situación a la inversa, cuando las partes pactaron someterse al RAA, pero, debido a las condiciones particulares del caso, pueda que el arbitraje acelerado no sea la mejor opción, razón por la cual las partes en cualquier momento durante el proceso, pueden convenir en dejar de aplicarse el RAA²⁶, y ante este supuesto, el Tribunal Arbitral seguirá constituido y dirigirá el arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI²⁷.

El RAA también contempla la posibilidad que sea una de las partes la que le solicite al Tribunal Arbitral que deje de aplicarse el RAA, ante tal supuesto, el Tribunal Arbitral deberá oír a las partes antes de tomar la decisión²⁸, y debe tener en cuenta, entre otros elementos²⁹:

- La urgencia que haya en resolver la controversia;
- La etapa del procedimiento en que se formule la solicitud;
- La complejidad de la controversia (por ejemplo, el volumen de pruebas documentales que se estima se pre-

sentará y el número de personas que se estima prestarán declaración);

- La suma que se estime será litigiosa (todas las sumas reclamadas en la notificación del arbitraje, las reconvencciones que se formulen en la respuesta a esta, así como todas las modificaciones o complementos);
- Las condiciones del acuerdo entre las partes por el que estas sometieron su controversia a arbitraje acelerado y la previsibilidad de las circunstancias actuales en el momento de celebrarse el acuerdo; y
- La repercusión que tendría en las actuaciones la decisión que se tome.

Tales elementos no deben ser considerados como una lista exhaustiva, y tampoco es necesario que todos sean tomados en cuenta, se trata más bien de recomendaciones propuestas para orientar al Tribunal Arbitral en su decisión³⁰.

En todo caso, el Tribunal Arbitral podrá decidir que todas o algunas de las disposiciones del RAA dejará de ser aplicables al arbitraje, pero siempre, deberá ser enfático en informar a las partes cómo se dirigirá el arbitraje y cuáles artículos se les aplicarán. Si el Tribunal Arbitral aún no se hubiera constituido, la determina-

²⁶ Artículo 2.1 RAA.

²⁷ Artículo 2.3 RAA.

²⁸ Artículo 2.2 RAA.

²⁹ Proyecto de nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.219>

³⁰ Proyecto de nota explicativa.... p. 4

ción la hará después de su constitución, y si las partes no logran ponerse de acuerdo respecto al Tribunal Arbitral, será la autoridad nominadora la que decidirá *prima facie* si el arbitraje ha de sustanciarse de conformidad con el RAA, aunque la decisión definitiva sobre el particular le corresponderá al Tribunal Arbitral³¹.

G. Es perfectamente factible que se dicten medidas cautelares en el arbitraje acelerado

Si bien el RAA no contempla una norma especial que regule el tema de las medidas cautelares, tal y como se ha indicado, el RAA es un apéndice del Reglamento de Arbitraje CNUDMI, y debe interpretarse de manera conjunta con este, razón por la cual, el régimen aplicable a las medidas cautelares será el allí contemplado.

De tal manera que, el Tribunal Arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas cautelares, que tal y como lo señala el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI, por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo definitivo, el Tribunal Arbitral ordene a una de las partes.

III. Eficiencia procesal en las actuaciones de las partes

Las partes actuarán con celeridad en el proceso³², con la finalidad de lograr el propósito del arbitraje acelerado. De

esta manera, el RAA ha condensado algunas fases del proceso para disminuir los tiempos en aras de ser más eficientes, y para ello, es fundamental que las partes actúen de esa manera.

El RAA señala en su artículo 4 que el demandante debe incluir en un solo acto: la notificación del arbitraje, el escrito de demanda, y su propuesta de autoridad nominadora y de árbitro, condensando así, en una sola fase, una serie de actuaciones que son compatibles entre sí y que no generan una carga demasiado compleja en cabeza del demandante.

Por otro lado, el artículo 5 del RAA establece que el demandado tendrá 15 días siguientes a la recepción de la notificación, para comunicar al demandante su respuesta respecto a la notificación del arbitraje, y para presentar su escrito de contestación. Además, según el artículo 12 *ejusdem*, a más tardar en el escrito de contestación, se podrá presentar reconventiones o demandas a efecto de compensación, salvo que el Tribunal Arbitral considere apropiado que se haga en otro momento.

De esta manera, se busca agilizar el procedimiento, especialmente en lo que respecta a la constitución del Tribunal Arbitral.

Así mismo, el RAA señala en su artículo 13 que las partes no pueden presentar modificaciones o complementos de la demanda ni de la contestación, ni for-

³¹ Proyecto de nota explicativa... p. 4

³² Artículo 3.1 RAA.

mular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el Tribunal arbitral lo considere apropiado.

En cuanto a la designación de la autoridad nominadora, el RAA simplifica el proceso establecido en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y señala en el artículo 6, que, si en 15 días desde la propuesta para la designación de autoridad nominadora las partes no han llegado a un acuerdo, cualquiera de ellas puede solicitar al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje que designe la autoridad nominadora o que actúe como tal.

Por otro lado, en el supuesto en el que las partes no respeten los plazos acordados en el arbitraje acelerado, se aplicaría supletoriamente el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI. Si bien creemos que la flexibilidad es sin dudas una de las características del arbitraje acelerado, también lo es el compromiso que todos los involucrados asumen para conseguir los ahorros en tiempo y recursos. En todo caso, el Tribunal Arbitral será el encargado de decidir si admite o rechaza los escritos presentados con retraso, lo importante es que la decisión sea tomada con cautela y pensando siempre en darle a las partes la oportunidad de ejercer sus derechos.

IV. Eficiencia procesal en las actuaciones del tribunal arbitral

No solo las partes deberán actuar con celeridad, sino también el Tribunal Arbitral, quien deberá dirigir con celeridad el proceso³³, para ello, el RAA establece plazos que deben ser tomados en cuenta para ser lo más eficientes posible. Así, el Tribunal Arbitral tiene la obligación de dirigir las actuaciones orientados siempre a evitar demoras y gastos innecesarios, para llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes, siempre respetando las garantías procesales.

En primer lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del RAA, la regla es que toda controversia sea resuelta mediante un árbitro único, salvo que las partes hayan acordado otra cosa. La justificación reside en la búsqueda de ahorros en los costos del proceso.

La recomendación de utilizar un árbitro único para dirimir controversias bajo la modalidad de arbitraje acelerado es una constante que se remite continuamente en los reglamentos que contemplan tal opción, de hecho, en casos como el del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje Suizo, el cual dispone que, si las partes en su acuerdo arbitral acordaron que el Tribunal Arbitral estaría compuesto por más de un árbitro, la Secretaría invitará a las

³³ Artículo 3.1 RAA.

partes a que acuerden que el caso sea decidido por un árbitro único³⁴.

Por otro lado, indica el artículo 9 *ejusdem* que, dentro de los 15 días siguientes a su constitución, el Tribunal Arbitral consultará a las partes sobre la forma en la que dirigirá el arbitraje. Así mismo, el Tribunal Arbitral tendrá una amplia discrecionalidad con respecto a los plazos, con facultad para prorrogarlos o abreviarlos, pero siempre, después de invitar a las partes a que expresen su opinión³⁵. Si bien en el arbitraje acelerado se procura contar con plazos más breves, el Tribunal Arbitral debe preservar la naturaleza flexible del proceso y respetar las garantías procesales³⁶.

También tendrá discrecionalidad el Tribunal Arbitral respecto a las audiencias, ya que previo a oír la opinión de las partes, podrá decidir cuales audiencias no tendrán lugar³⁷, igual situación ocurre con la posibilidad de presentar otros escritos, ya que el Tribunal Arbitral podrá solicitar a las partes que presenten escritos adicionales³⁸. Es sumamente importante que las decisiones del Tribunal Arbitral estén siempre orientadas a velar por los derechos de las partes a gozar de las garantías procesales y a recibir un trato equitativo.

En cuanto a la actividad probatoria el RAA ofrece un sistema mucho más simple y flexible, al:

- Facultar al Tribunal Arbitral a que pueda decidir qué documentos u otras pruebas deberán presentar las partes, pudiendo denegar cualquier solicitud, a menos que la formulen todas las partes, de que se establezca un procedimiento en virtud del cual una parte pueda pedir a otra parte que presente documentos³⁹.
- Establecer como regla salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, que las declaraciones de los testigos y peritos se presenten por escrito y debidamente firmada por ellos⁴⁰, y facultando al Tribunal a decidir qué testigos y peritos deberán presentar declaración ante él en una audiencia, en caso de celebrarse una⁴¹.

Otra forma en la que el RAA contribuye para tener un proceso más expedito, es que faculta al Tribunal Arbitral a utilizar los medios tecnológicos que considere apropiado para conducir el proceso, para entre otras cosas, facilitar la comunicación con las partes, y celebrar

³⁴ Artículo 42.2.b CAS.

³⁵ Artículo 10 RAA.

³⁶ Proyecto de nota explicativa.... p. 12

³⁷ Artículo 11 RAA.

³⁸ Artículo 14 RAA.

³⁹ Artículo 15.1 RAA.

⁴⁰ Artículo 15.2 RAA.

⁴¹ Artículo 15.3 RAA.

consultas y audiencias a distancia⁴², siempre garantizando que el proceso sea justo y que se le dé a cada parte la oportunidad de hacer valer sus derechos.

Ahora bien, una de las obligaciones más importantes que asume el árbitro en un procedimiento de arbitraje acelerado, es el tiempo que se le asigna para dictar el laudo. En el caso del RAA, el artículo 16 *ejusdem* dispone que el laudo debe ser dictado en el plazo de 6 meses, contados a partir de la fecha de constitución del Tribunal Arbitral, salvo que las partes hayan pactado otra cosa.

Dicho plazo puede ser prorrogado en circunstancias excepcionales y después de invitar a las partes a expresar su opinión. Sin embargo, tal prórroga no puede exceder los 9 meses en total, contados a partir de la fecha de constitución del Tribunal Arbitral⁴³.

No obstante, si el Tribunal Arbitral llegara a la conclusión de que corre el riesgo de no dictar un laudo en el plazo de 9 meses antes señalado, previa explicación de las razones, propondrá una prórroga por un plazo definitivo e invitará a las partes a expresar su opinión en un plazo determinado. La prórroga quedará aprobada únicamente si todas las partes expresan su conformidad en el plazo otorgado para tal fin⁴⁴, pero, si la prórroga no quedara aprobada, cual-

quiera de las partes podrá solicitar que se deje de aplicar el RAA, y el Tribunal Arbitral podrá decidir que sigue dirigiendo el arbitraje con arreglo al Reglamento de arbitraje CNUDMI⁴⁵.

V. Cláusula modelo

El RAA ofrece a las partes el siguiente modelo de cláusula compromisoria para los contratos:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

Nota: Las partes deberían considerar la posibilidad de agregar lo siguiente:

- (a) La autoridad nominadora será... [nombre de la institución o persona];
- (b) El lugar del arbitraje será... [ciudad y país].
- (c) El idioma que se utilizará en el proceso arbitral será...”.

En primer lugar, la cláusula compromisoria propuesta ha sido redactada con la finalidad de ser incluida en un contrato. Sin embargo, consideramos que puede constar de un intercambio de mensajes de datos, por ejemplo, correos electrónicos, lo importante es que siempre conste por escrito y que quede regis-

⁴² Artículo 3.3 RAA. Por supuesto, previo oír la opinión de las partes, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

⁴³ Artículo 16.2 RAA.

⁴⁴ Artículo 16.3 RAA.

⁴⁵ Artículo 16.4 RAA.

trada la manifestación de la voluntad de las partes, quienes deben contar con la capacidad legal suficiente para suscribir dicho acuerdo.

El texto que ofrece la cláusula modelo contiene una manifestación de voluntad inequívoca, expresa e indubitable de sometimiento al conocimiento exclusivo en árbitros privados, y por consecuencia, de renuncia a someterse a los tribunales ordinarios para dirimir una controversia.

Además, la cláusula modelo es específica respecto a los conflictos que las partes desean someter a arbitraje, al señalar: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato”. Ahora bien, las partes son libres de modificar dicho alcance, podrían ser más específicos aún, dependiendo de su interés.

Por otro lado, la cláusula modelo está redactada bajo una concepción pre-conflicto, modalidad que siempre será la más recomendada, pero, también es posible que, si las partes no incluyeron la cláusula compromisoria en su contrato, puedan suscribirla de manera separada, inclusive, post conflicto.

Es recomendable acordar en la cláusula compromisoria quien será la autoridad nominadora, esto puede ayudar a ser más eficientes en el proceso, como también resulta sumamente útil si las partes logran acordar previamente el lugar del arbitraje y el idioma que se utilizará en el proceso.

Definitivamente el arbitraje acelerado no es recomendable para todo tipo de conflicto, pero resulta muy útil para dirimir controversias no muy complejas, sin una actividad probatoria excesivamente larga. Es por ello que, recomendamos que se debe estudiar su conveniencia en cada caso en concreto.

VI. Conclusiones

El arbitraje acelerado aparece como una respuesta a la frecuente preocupación por los costos y por la duración de algunos arbitrajes.

El RAA entró en vigor el 19 de septiembre de 2021, y se une a la larga lista de instituciones arbitrales que ofrecen este tipo de arbitraje.

El RAA es un apéndice del Reglamento de arbitraje CNUDMI, lo cual significa que deben interpretarse de manera conjunta.

Una de las características que diferencia al RAA de otros reglamentos similares, es que su aplicación depende, salvo pacto en contrario, exclusivamente de la voluntad de las partes, lo cual significa que no depende de una cuantía en específico.

Como en todo arbitraje acelerado, es fundamental que exista un ambiente de amplia cooperación entre las partes y el Tribunal Arbitral para evitar demoras y gastos innecesarios.

El procedimiento de arbitraje acelerado contemplado en el RAA se fundamenta en la prevalencia de la voluntad de las

partes, mientras le otorga discrecionalidad al Tribunal Arbitral en determinadas materias, siempre le exige que antes de tomar una decisión, escuche la opinión de todas las partes.

La flexibilidad consagrada en el RAA permite a las partes cambiar de un arbitraje no acelerado a uno acelerado, y viceversa, sin mayor inconveniente, siempre tomando en consideración que dichos cambios puede traer consecuencias, por lo que se les recomienda acordar los términos de la transición.

Si bien el RAA no establece una disposición expresa que regule el tema de las medidas cautelares, considerando que este es un apéndice del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y que deben interpretarse de manera conjunta, se concluye que es perfectamente compatible aplicar en el arbitraje acelerado las disposiciones relacionadas a medidas cautelares establecidas en dicho Reglamento.

La eficiencia procesal dependerá del comportamiento de las partes y del Tribunal Arbitral, es por ello que el RAA ha condensado algunas fases del proceso, por ejemplo, el demandante debe incluir en un solo acto: notificación del arbitraje, escrito de demanda, propuesta de autoridad nominadora y de árbitro, mientras que el demandado, tendrá 15 días siguientes a la recepción de la notificación, para comunicar al demandante su respuesta respecto a la notificación del arbitraje, para presentar su escrito de contestación, y para presentar recon-

venciones o demandas a efecto de compensación.

Una de las obligaciones más importantes que asume el árbitro en un procedimiento de arbitraje acelerado, es el tiempo que se le asigna para dictar el laudo, que en el caso del RAA, se dispone que el laudo debe ser dictado en el plazo de 6 meses, contados a partir de la fecha de constitución del Tribunal Arbitral, salvo que las partes hayan pactado otra cosa.

El RAA ofrece un modelo de cláusula compromisoria del tipo pre-conflicto, pero nada impide que las partes celebren un acuerdo de arbitraje post conflicto para someterse a un arbitraje acelerado. En todo caso, siempre debe constar por escrito, y debe contener una manifestación inequívoca e indubitable.

El arbitraje acelerado no es recomendable para todo tipo de conflicto, pero resulta muy útil para dirimir controversias no muy complejas.

La conciliación en Venezuela, una deuda pendiente

Jorge Hernán Gil Echeverry*

Principia No. 6–2022 pp. 63-81

Resumen: Pese a que Venezuela, en los artículos 253 y 258 de la Constitución, ha establecido dos principios fundamentales que sustentan y facilitan el desarrollo de los métodos alternativos de resolución de conflictos (“MARC”), de manera sorprendente, el legislador no se ha ocupado de regular la mediación y la conciliación como sistemas autocompositivos extrajudiciales para solucionar conflictos, circunstancia que no ha permitido un desarrollo adecuado de dichas instituciones. Como consecuencia, la conciliación y la mediación, en la actual regulación, no facilitan la descongestión de los despachos judiciales y tampoco han habilitado el desarrollo de los centros privados de conciliación y mediación.

Abstract: Despite that Venezuela, in articles 253 and 258 of the Constitution, has established two fundamental principles that support and facilitate the development of alternative conflict resolution methods (“ADR”), surprisingly, the legislator has not dealt with regulating mediation and conciliation as extrajudicial self-composing systems to solve conflicts, a circumstance that has not allowed an adequate development of these institutions. Consequently, conciliation and mediation in the current regulation do not facilitate the decongestion of judicial offices and neither have they enabled the development of private conciliation and mediation centers.

Palabras Claves: Constitución Política | Mediación | Conciliación | Métodos alternativos de resolución de conflictos

Keywords: Political Constitution | Mediation | Conciliation | Alternative dispute resolution mechanisms

* Abogado de la Universidad del Cauca, Colombia. Especialista en Derecho Comercial, Societario y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Árbitro y Profesor Universitario.

Sumario: I. Introducción, II. La conciliación y la mediación, III. Conciliación extrajudicial, IV. Deuda pendiente, V. El estado del arte, VI. Solución transitoria, VII. Análisis jurisprudencial, VIII. Conclusión

I. Introducción

Curiosamente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela corresponde al único estatuto marco que, en dos de sus preceptos, como principio rector, ha regulado y promovido los MARCs en sus artículos 253 y 258, en los siguientes términos:

Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y

cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Pese a que en el artículo 253 de la Carta Magna se integra al sistema de justicia, a todos los MARC, en cualquiera de sus denominaciones, más adelante, en el artículo 258, aunque se hace referencia general a los MARC, se determina específicamente el arbitraje, la conciliación y la mediación, y además, se ordena al legislador promover dichos MARC, compromiso que hasta el momento no se ha cumplido, en la medida que no se ha legislado la denominada conciliación extrajudicial, método auto-compositivo que resulta ser verdaderamente eficiente, puesto que se desarrolla al margen de los procesos judiciales.

Ciertamente, la experiencia a nivel de derecho comparado ha demostrado que, los jueces no son los mejores mediadores ni conciliadores, dado que, en general, simplemente cumplen con agotar la conciliación como una etapa más del proceso a su cargo, sin que realmente promuevan e induzcan a que las partes lleguen a un acuerdo para la terminación del litigio a su cargo.

II. La conciliación y la mediación

De la simple lectura del artículo 258 de la Constitución Venezolana puede inferirse que, el constituyente primario, ha

considerado que el arbitraje, la conciliación y la mediación, corresponden a tres MARC diferentes. Sin embargo, cuando el legislador se ha ocupado del asunto, indistintamente se utilizan los vocablos conciliación y mediación, como términos sinónimos.

Miremos cómo se regula el tema en Venezuela. El código de Procedimiento Civil venezolano, artículos 257 y siguientes, regula la conciliación judicial, pero no la mediación, en los siguientes términos:

Artículo 257. En cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, el Juez podrá excitar a las partes a la conciliación, tanto sobre lo principal como sobre alguna incidencia, aunque ésta sea de procedimiento, exponiéndoles las razones de conveniencia.

Artículo 258. El Juez no podrá excitar a las partes a la conciliación cuando se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones.

Artículo 261. Cuando las partes se hayan conciliado, se levantará un acta que contenga la convención, acta que firmarán el Juez, el Secretario y las partes.

Artículo 262. La conciliación pone fin al proceso y tiene entre las partes los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme.

Por su parte, la Ley Orgánica del Trabajo de 2006, artículo 3º, parágrafo único, dispone que la irrenunciabilidad de los derechos, no excluye la posibilidad de conciliar o transar. A su vez, los artículos 478 y siguientes de la misma Ley, regula

la conciliación en relación a los conflictos colectivos.

Repasando las leyes mencionadas, todas de carácter procesal, en ninguno de estos estatutos el legislador entra a definir y a diferenciar la conciliación de la mediación, y menos, a establecer en que consiste cada uno de ellos, como método alterno autónomo, nociones en las cuales tampoco hay unanimidad en la doctrina comparada.

En materia de protección al consumidor, La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, expresamente se remite a la conciliación, pero no menciona la mediación:

Artículo 139. Para la comprobación de las infracciones de esta Ley, o de las disposiciones dictadas en su ejecución, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) o el Alcalde a quien le competa, aplicará los procedimientos administrativos para imponer sanciones así como de los de conciliación y arbitraje solicitados por las partes afectadas en sus derechos, a fin de solucionar las controversias entre consumidores, usuarios y proveedores.

Artículo 142. La Sala de Sustanciación instruirá toda causa iniciada de oficio y las remitidas por la Sala de Conciliación y Arbitraje por denuncia efectuada por los consumidores o usuarios contra proveedores de bienes y servicios; cuando no acepten someterse a procesos conciliatorios ni de arbitraje; se consideren agotadas las gestiones conciliatorias para lograr un arreglo amistoso de la controversia o así lo solicitare cualquiera de los interesados, si no se optó por el arbitraje.

Ahora bien, es cierto que existen algunas leyes que separan, aparentemente, la conciliación de la mediación. Así, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002, artículo 6°, se faculta al juez para que promueva los MARC tales como el arbitraje, la conciliación y la mediación. Sin embargo, en la misma Ley, artículo 133, al tratar sobre la audiencia preliminar, se determina que en esta etapa procesal la función del juez es la de realizar la sustanciación, mediación y ejecución; pero más adelante, en el artículo 137 *ibidem*, se expresa que en la audiencia preliminar el juez deberá mediar y conciliar, utilizando ambos vocablos como equivalentes.

En forma parecida, en la ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal del 2012, artículo 56, nuevamente se trata a la conciliación y la mediación, como si fueran términos diferentes:

Artículo 56. Es un medio alternativo de justicia que promueve el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otra forma de solución de conflictos, ante situaciones derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, de acuerdo a los principios constitucionales del Estado democrático y social de derecho y de justicia, sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario.

La ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en su artículo 160, dispone, como atribución propia de los concejos de protección de

niños, niñas y adolescentes, promover la conciliación entre las partes involucradas en procedimientos administrativos a su cargo. Y en su artículo, 179-A, establece que son funciones propias de los equipos disciplinarios, la de contribuir en el desarrollo de las mediaciones; por lo tanto, parecería que, en esta ley, los términos mediación y conciliación también se utilizan como sinónimos.

Por su parte, Ley Orgánica de La Jurisdicción Contencioso Administrativa del 25 de junio de 2010 en su artículo 6°, se refiere en general a los MARC, sin precisar alguno en particular, al expresar lo siguiente:

Los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promoverán la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, atendiendo a la especial naturaleza de las materias jurídicas sometidas a su conocimiento.

A lo anterior, hay que añadir que, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, determina la nulidad de la conciliación celebrada por entidades públicas, cuando esta se realice sin previa autorización del Procurador General, (artículo 5°). Luego, no parecería ser posible la mediación.

De hecho, la diferencia legislativa entre la conciliación y la mediación, como métodos autocompositivos, que yo conozca, solo ha sido señalada en la ley orgánica del trabajo de 2006, en cuyo Reglamento, artículo 194, respecto a los

conflictos colectivos de trabajo, se dispone:

Artículo 194. Los modos de autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, salvo disposición en contrario de la Ley o de este Reglamento, se preferirán a los de heterocomposición. Son modos de autocomposición:

La negociación directa entre las partes.

La conciliación, donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo.

La mediación, donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo; y

La consulta directa a los trabajadores y empleadores involucrados en el conflicto, mediante la instalación de una comisión de encuesta, la celebración de un referéndum o cualquier otra modalidad que se estime apropiada.

De la simple lectura de la norma anterior bien puede afirmarse que esta se ha orientado por lo que al respecto opina la doctrina comparada mayoritaria, en el sentido que la diferencia sustancial entre la mediación y la conciliación, consiste en que el mediador es más proactivo y propone a las partes fórmulas del arreglo y, el conciliador no puede hacerlo.

Sin embargo, tal regulación especial aplica, exclusivamente, frente a los conflictos colectivos del trabajo. En todo caso, en relación a los MARC denominados conciliación y mediación, que la constitución obliga al legislativo a promoverlos, el artículo 194 anterior-

mente referido, no aporta mayor cosa, por la sencilla razón que la ley no ha regulado lo relativo a los centros de conciliación y mediación, las condiciones y calidades de los conciliadores y mediadores, la forma de designación, las competencias, el procedimiento a seguir, ni los efectos jurídicos de ambas figuras.

En realidad, en derecho comparado, es cierto que, estos términos son equivalentes. Con razón, la ley modelo de la UNCITRAL, en su etapa inicial, se denominó como, “Ley Modelo de Conciliación”, pero a partir de la modificación realizada en el año 2018, cambió su título y estructura normativa sustituyendo la palabra conciliación, por mediación. Es de advertir que, tal cambio no obedeció a que la mediación y la conciliación sean dos instituciones diferentes, sino por cuanto se consideró que, siendo términos sinónimos, en la mayoría de los países se utiliza el vocablo “mediación”, tal como sucede en Argentina y España; en Colombia y Bolivia, al contrario, se utiliza el vocablo de conciliación.

Para despejar toda duda al respecto, el artículo 1° de la Ley Modelo de Mediación, expresamente aclara que los términos mediación y conciliación, son equivalentes:

Artículo 1. Ámbito de aplicación de la presente Ley y definiciones.

1. La presente Ley será aplicable a la mediación comercial internacional y a los acuerdos de transacción internacionales.

2. A los efectos de la presente Ley, el término “mediador” podrá hacer referencia a un único mediador o, en su caso, a dos o más mediadores.

3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “mediación” todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el mediador”) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

Después de todo, se reitera, la doctrina más autorizada considera que la diferencia sustancial entre el mediador y el conciliador, consiste en que el primero asume un papel más activo, incluso proponiendo fórmulas de arreglo a las partes, lo cual no puede hacer el conciliador, circunstancia que no es del todo cierta, pues en países como Colombia, por disposición legal, el conciliador debe analizar pruebas y proponer fórmulas de advenimiento a las partes. Otra cosa es que las propuestas que haga el conciliador no son obligatorias para las partes:

La conciliación extrajudicial como mecanismo de resolución de conflictos se ha definido como un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una

controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral - el conciliador - quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian¹.

Para la Corte es clara la vulneración denunciada, por cuanto la conciliación exige que medie voluntad plena sobre todos los aspectos que se acuerden, sin imposición alguna del tercero que dirige la diligencia, pues éste se limita a dar sugerencias o guiar a las partes para suscitar una convención, pero jamás para forzar a los participantes en contra de su voluntad, a aceptar obligaciones que no consideran convenientes a sus intereses².

Efectivamente, el conciliador en Colombia, por estar facultado para administrar justicia, tiene la facultad de verificar y analizar las pruebas que justifiquen el acuerdo cuando se trata de contratos administrativos, e incluso, puede tomar medidas cautelares, como acontece en los procesos de familia, pero nunca puede imponer sus soluciones para terminar el conflicto.

III. Conciliación extrajudicial

El otro gran problema que aqueja a la legislación venezolana es que, la conciliación o mediación, solamente se ha regulado como un sistema o etapa

¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-222/13 del 17 de abril de 2013.

² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC14794-2019 del 10 de octubre de 2019.

procesal y con efectos procesales, actuando como conciliador el juez.

Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil dispone que, en cualquier estado del proceso, el juez, antes de emitir sentencia, podrá promover una conciliación entre las partes (artículo 257).

Por su parte, el artículo 261 *ibidem*, expresa que, cuando se llegue a un acuerdo, se levantará el acta que contenga lo acordado, documento que deberá ser suscrito por el juez, el secretario y las partes.

Finalmente, el artículo 262 CPC dispone que el acuerdo de conciliación, una vez suscrito por el juez, produce como consecuencia, la terminación del proceso y los mismos efectos que una sentencia judicial.

El estatuto procesal civil, en todo caso, no acoge los principios y orientaciones que en los últimos años ha desarrollado la legislación comparada, puesto que la conciliación y la mediación han sido reguladas como instituciones que operan como requisito previo o condición necesaria para que el juez pueda admitir la demanda, tal como se establece en Italia, España, Argentina, Brasil o Colombia.

Bajo el sistema anterior se promueve la denominada conciliación extrajudicial obligatoria, procedimiento que se tramita ante los centros de conciliación, que corresponden a institutos especializados que cuenta con instalaciones y logística adecuada, poseen una lista de

profesionales de diversas especialidades, los cuales han sido preparados en técnicas de conciliación y mediación, quienes, además, no están saturados de procesos como sucede con los jueces de los países suramericanos y por lo tanto, tienen tiempo suficiente para preparar con antelación y en debida forma el trámite conciliatorio, así como para estructurar las fórmulas de advenimiento que consideren convenientes proponer a las partes, logrando, de esta forma, que gran número de conflictos se solucionen amigablemente, sin necesidad de acudir al juez estatal.

En materia de relaciones de consumo, a nivel de derecho comparado, dicho sistema de negociación extrajudicial ha demostrado muchísima eficacia.

Ahora bien, respecto a la conciliación judicial, las leyes también suelen implementar la audiencia correspondiente en la etapa inicial del proceso, una vez trabada la litis, de suerte que, si se logra un acuerdo no se presenta un desgaste judicial innecesario, pues el juez ni siquiera tiene que entrar a decretar y practicar pruebas. Por esta razón no es afortunada la redacción del artículo 257 del CPC cuando otorga plena libertad al juez para que promueva el acuerdo conciliatorio, hasta antes de proferir sentencia. Con razón se afirma:

Precisamente, el origen o la noción más básica de todo sistema que aspire impartir justicia proviene de la imposibilidad material de que los controvertidos allanen un arreglo, haciendo forzosa la participación

de un tercero desinteresado que sea capaz de disiparla, aún de manera coercitiva. Con lo cual, la promoción de mecanismos de auto composición por el operador judicial, lejos de significar como ha sido ampliamente difundido como <"mecanismos excepcionales de terminación de causas"> debería constituirse en el comienzo o inicio de todo proceso de cognición o avocamiento (lato sensu)³.

En parecidos términos, el artículo 6º de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo regula la conciliación y la mediación judicial, autorizando al juez para realizarla, en cualquier etapa del proceso, pero en todo caso, una vez decretadas y practicadas las pruebas.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del 2006, artículo 6º, expresa que es deber del juez de lo contencioso promover la utilización de los MARC, sin especificar la oportunidad adecuada para hacerlo.

Tienen en común las tres leyes procesales anunciadas anteriormente que, regulan la conciliación de carácter procesal, pero la experiencia en diversos países ha demostrado que la conciliación judicial resulta bastante ineficiente. En primer término, porque los jueces no han sido preparados en técnicas de mediación y conciliación y carecen, entonces, de la pericia suficiente para incitar un acuerdo entre las partes. En

segundo lugar, debido al volumen del trabajo y expedientes que les han sido asignados, dichos funcionarios no tienen tiempo para estudiar y preparar, en debida forma, la audiencia de conciliación, como instancia que efectivamente permita a las partes sentirse motivadas para lograr un acuerdo conciliatorio.

IV. Deuda pendiente

Para mí, es sorprendente que pese a la orden establecida en el artículo 258 de la Constitución en el sentido que es deber del legislador promover la conciliación y la mediación como métodos alternativos para la resolución de conflictos, en Venezuela no se haya promulgado una ley de conciliación y mediación extrajudicial, promocionando la creación de centros especializados para tramitar tales MARC, el procedimiento a seguir en cada uno de estos métodos, las cualidades y facultades de los conciliadores y mediadores, la forma de elección de estos, los costos del procedimientos, los efectos jurídicos que se derivan al terminar el conflicto por conciliación o mediación, así como la conciliación y/o mediación, como requisito de procedibilidad o condición previa para que se pueda acudir ante el juez estatal.

A mi entender, parece que se ha venido interpretando de manera restrictiva el artículo 253 de la Constitución y, como consecuencia, las leyes que han desarro-

³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, Sentencia No. 00575, del 3 de abril de 2001, Ponente: Magistrada Yolanda Jaimes.

llado la conciliación y la mediación solamente implementan tales figuras bajo la modalidad judicial, es decir, la que se surte dentro de los procesos judiciales.

Si bien es cierto que, el artículo 253 establece que dentro del sistema de justicia se deben entender incorporados los métodos de solución de conflictos, lo anterior no significa que tales sistemas solamente puedan regularse como estancias dentro de un proceso judicial. Por el contrario, en norma posterior, el mismo constituyente ha establecido la justicia de paz como una jurisdicción especial y diferente a la ordinaria a cargo de los jueces estatales y, en su parte final, el artículo 258 de la Constitución ordena, como principio fundamental, que la ley promueva la conciliación y la mediación, sin que esta norma limite su espectro exclusivamente a los procesos judiciales. Y no puede entenderse tal limitación, precisamente porque el artículo 258 ha querido regular una forma alternativa de justicia diferente a la delegada a la jurisdicción ordinaria, estatuyendo los jueces de paz, y la promoción de los MARC.

De esta suerte, el artículo 258 de la Constitución, al establecer una jurisdicción especial y diferente a la asignada al juez estatal, está habilitando la conciliación y la mediación por fuera del procedimiento regulado en los códigos procesales, tales como el Código de Procedimiento Civil, la Ley Orgánica Procesal de Trabajo y la Ley Orgánica de

la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, por lo tanto, ha querido que el papel del conciliador o mediador lo asuma un tercero que no sea el juez.

En Colombia, pese a que el artículo 116 de la Constitución dispone que los árbitros y los conciliadores administran justicia al igual que lo hace el juez estatal, la Ley 640 de 2001, ha regulado, con bastante éxito, la conciliación judicial y extrajudicial, en los siguientes términos:

Artículo 30. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Artículo 8. El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.
5. Formular propuestas de arreglo.

6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.

7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.

Parágrafo. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

De conformidad con la legislación colombiana, el acuerdo conciliatorio logrado por fuera del proceso judicial, produce efectos de cosa juzgada, es decir, los mismos efectos de una sentencia judicial que pone fin al proceso, e igualmente, presta mérito ejecutivo. Con razón se afirma:

“Con miras a resolver la discrepancia importa señalar que, en términos generales, un acta de conciliación es un acto jurisdiccional que contiene una obligación expresa, clara y exigible, (...).

A su turno, en la misma dirección, también ha precisado la Corte, que el artículo 4° del Decreto Ley 2651 de 1991 (en vigor en tiempo de los sucesos) señalaba que el procedimiento de conciliación concluye con la firma del acta contentiva del acuerdo, “la cual hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo”, de suerte que a ese instrumento se incorporan los derechos subjetivos del beneficiario, quien queda facultado para demandar su cumplimiento por vía coactiva.

Emerge en consecuencia clara la naturaleza jurídica otorgada al citado instrumento, al cual se dotó de los mismos efectos vinculantes de una decisión judicial, dado que, una vez avalado el acuerdo por el conciliador, se resuelve de fondo la controversia que entraña, siendo posible a partir de allí su ejecución⁴.”

Así las cosas, la excepción de cosa juzgada que el sentenciador halló demostrada, y en cuya virtud los compromisos ajustados ante el Notario Quinto de Bucaramanga como conciliador habilitado por ley, no podían ser objeto de nuevo debate judicial, confiriéndole certeza a los derechos allí consignados, tuvo cabal aplicación en la causa, si en cuenta se tiene, justamente, el temperamento irrevocable que a esa conciliación le dieron las partes⁵.

Ahora bien, si el acuerdo de conciliación se reviste de mérito ejecutivo y con efectos de cosa juzgada, lo anterior significa que, ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un acta de conciliación, no es posible solicitar la resolución judicial del mismo alegando que se trata de un contrato bilateral, pues por esta vía se le quita el efecto de cosa juzgada, puesto que la sentencia de resolución judicial retrotrae las cosas al estado anterior al acuerdo conciliado y en consecuencia revive nuevamente el conflicto. De tal manera que solo resulta procedente la vía ejecutiva:

⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP4514-2020 Radicación Número 55345 del 18 de noviembre de 2020.

⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC17197-2015 del 14 de diciembre de 2015.

Como la conciliación implica la terminación del proceso y, si de ella surgen obligaciones entre las partes y no se cumplen voluntariamente es necesario que se acuda al proceso ejecutivo. Además, como consecuencia de la cosa juzgada que reviste la conciliación, cierra la posibilidad de volver a plantear los puntos materia de la controversia entre las mismas partes y por igual causa en un proceso judicial⁶.

Se reitera, cuando el artículo 258 de la Constitución ordena al legislativo promover los MARC para lograr la solución de conflictos, como principio constitucional, se está instituyendo, que el acuerdo de conciliación y mediación debe producir efectos de cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo.

De igual forma, al no haberse limitado la naturaleza de las diferencias que pueden ser objeto de conciliación y mediación, tales métodos alternos se pueden promocionar para solucionar conflictos de carácter civil, mercantil, laboral, de familia e incluso, tributario y fiscal, con las limitaciones que la ley considera conveniente establecer.

Finalmente, acorde con la Constitución Venezolana, la ley puede implementar cualquier método alternativo de resolución de conflictos que sea novedoso, tales como el examen de controversias por expertos y la junta de examen y/o de solución de controversias, métodos establecidos en la Guía Legislativa de la UNCITRAL Sobre Alianzas Público-

Privadas del año 2020. De igual forma, podrá implementar el sistema establecido en el nuevo Código Civil Francés, Título XVII, denominado “Convenio de Procedimiento Participativo”, artículos 2062 y siguientes:

Artículo 2062. El convenio de procedimiento participativo es un acuerdo por el que las partes de una disputa en relación con la cual aún no se haya acudido a ningún juez ni árbitro se comprometen a trabajar conjuntamente y de buena fe para la resolución amistosa de su disputa.

Dicho acuerdo debe celebrarse con una vigencia definida.

Artículo 2063. Bajo pena de nulidad, el convenio de procedimiento participativo deberá incluirse en un escrito en el que se precisen:

1. Su plazo;
2. El objeto de la disputa;
3. Los documentos e información necesarios para la resolución de la disputa, y las modalidades aplicables a su intercambio.

Artículo 2064. Cualquier persona, con la asistencia de su abogado, podrá celebrar un convenio de procedimiento participativo en relación con los derechos de que pueda disponer libremente, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 2067.

No obstante, no podrán celebrarse convenios destinados a resolver las disputas que surjan en el marco de un contrato de trabajo sujeto a lo dispuesto en el código de trabajo entre los empleadores, o sus

⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Auto 2018-00302/62939 del 6 febrero de 2020.

representantes, y los trabajadores que empleen”.

El pacto mediante el cual se acuerda buscar una negociación respecto de cualquier disputa, previamente a demandar ante el juez o tribunal arbitral, aunque se rige por lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, según el artículo 2068, implica un requisito de procedibilidad para acudir ante el juez natural, y determina la obligación de las partes, que asistidas por sus abogados y otros expertos, de negociar de buena fe la solución de sus conflictos.

V. El estado del arte

Venezuela está en deuda de proferir e implementar una ley orgánica que regule la conciliación y la mediación extrajudicial. Si bien, en el año 1998 se presentó al Congreso un ante proyecto de Ley de Mediación Civil y Comercial que finalmente no tuvo acogida, en dicho proyecto se disponía:

Artículo 2. A los efectos de la presente Ley, se entiende por mediación todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador o mediadores. El mediador o mediadores en ningún momento podrán imponer a las partes una solución de la controversia.

Artículo 34. El acuerdo que pone fin a la controversia, alcanzado por las partes con la ayuda del mediador, será, salvo pacto en contrario de las partes, transformado en laudo. A tales efectos, se designará

como árbitro único al mediador del caso, quien deberá darle forma de Laudo arbitral al acuerdo alcanzado, a los fines de que sea reconocido y ejecutado como Laudo de manera eficiente. En caso de que en el procedimiento haya intervenido más de un mediador, el tribunal arbitral estará integrado por la totalidad de estos, quienes de común acuerdo designarán al Presidente que redactará el Laudo que se dictará por mayoría simple. Observación: a) Se establece como principio general que el acuerdo de resolución de la controversia será transformado en laudo arbitral, debido a que, al acogerse el contenido del acuerdo en un laudo, se facilita la ejecución de lo acordado sin la necesidad de solicitar el cumplimiento ante la jurisdicción ordinaria.

La importancia del artículo 2º del proyecto era que, despejaba toda duda respecto a la equivalencia entre los vocablos conciliación y mediación, puesto que los utilizaba como sinónimos.

En cambio, el artículo 34 proyectado desencajaba totalmente la conciliación como método alternativo de resolución de conflictos, al trasmutar no sé porque alquimia jurídica sorprendente, el conciliador en un árbitro y, por lo tanto, disponer que el acuerdo de conciliación constituye un laudo. Es decir, se inicia una conciliación y se termina con un proceso arbitral.

Los actuales centros de conciliación y arbitraje tampoco han sido afortunados al regular la conciliación como método alterno, eficaz y que sea atractivo, lo que no ha permitido el desarrollo de la con-

ciliación extrajudicial. Así, por ejemplo, el Reglamento de Mediación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, simplemente dispone:

Artículo 91. Se entenderá por mediación el mecanismo por el cual las partes en conflicto buscan llegar a un acuerdo bajo la asesoría de un mediador.

Artículo 98. El mediador podrá, de acuerdo con las partes, decidir efectuar más de una sesión. En caso de lograrse un acuerdo entre las partes, se elaborará un Acta de Mediación para ser suscrita por las mismas y el mediador.

Si hay acuerdo total o parcial, se señalarán de manera clara y definida en el Acta los puntos de acuerdo, determinando las obligaciones de cada parte, el plazo para su cumplimiento, su monto y demás acuerdos.

Si no se logra acuerdo alguno, se dará por concluida la actuación del mediador, caso en el cual se dejará constancia en acta suscrita por los presentes y el mediador.

Si la audiencia no pudiere celebrarse por ausencia de una de las partes, previo informe del mediador, la Dirección Ejecutiva podrá citar para una nueva audiencia. Si esta nuevamente no se pudiere realizar por ausencia de una de las partes, se elaborará la constancia de imposibilidad de la mediación, suscrita por los presentes y el mediador.

No aparece en dicho reglamento cual es el alcance, la naturaleza jurídica y la efectividad del acta de conciliación, circunstancias que lamentablemente no ha regulado el legislador.

Acudiendo a la analogía de las normas procesales, bien puede decirse que la conciliación está habilitada para todo asunto que sea susceptible de transacción, según lo previsto en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que: “El Juez no podrá excitar a las partes a la conciliación cuando se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones”.

Desde luego que, el principio consistente en que el asunto sometido al procedimiento de conciliación, sea susceptible de transacción, será el primer parámetro que ha de considerarse respecto a las facultades del conciliador y mediador.

Ahora bien, debido a que en las normas procesales el papel del conciliador lo asume el juez, y naturalmente la conciliación extrajudicial se desarrolla por fuera del proceso, no es posible que dicho funcionario firme el acta de conciliación y como consecuencia, este documento no tiene la virtualidad de producir los efectos de cosa juzgada, que le son connaturales. Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil que establece: “La conciliación pone fin al proceso y tiene entre las partes los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme”.

Lamentablemente, el efecto de cosa juzgada que resulta necesario para terminar de manera efectiva el conflicto, no se puede disponer por el simple acuerdo de las partes, salvo cuando se logre una

transacción, porque al respecto existe norma expresa que así lo determina.

VI. Solución transitoria

Mientras el legislador promueve una ley de conciliación y mediación extrajudicial, a la luz de las normas vigentes, considero que el procedimiento de conciliación se puede desarrollar en centros especializados, con feliz término y bastante eficacia, implementando las siguientes reglas:

1. Las partes, al acudir a un centro de mediación firman un acuerdo en el cual aceptan someterse a las reglas de procedimiento de mediación del respectivo centro;

Si las partes llegan a un acuerdo y firman el acta de conciliación en el cual se incorpora lo acordado, dicha acta no tiene los mismos efectos y la coercitividad que la ley le atribuye al acta de conciliación judicial, por la sencilla razón que no se tramita en un proceso y no está firmada por el juez, el secretario del despacho y las partes, tal como dispone el Código de Procedimiento Civil: “Cuando las partes se hayan conciliado, se levantará un acta que contenga la convención, acta que firmarán el Juez, el Secretario y las partes”.

2. Sin embargo, para que el asunto quede efectivamente resuelto, produzca efectos de cosa juzgada y preste mérito ejecutivo, dentro del acta, en el acápite relativo al acuerdo, este se puede incorporar bajo el formato de una transacción, indicando que de conformidad con

el artículo 1713 del Código Civil, las partes, habiéndose hecho mutuas y recíprocas concesiones han transigido sus diferencias, enumerando cuales son;

3. En el acta también se indicará que el acuerdo produce efectos de cosa juzgada en los términos del artículo 1718 del Código Civil, y que, por lo tanto, ambas partes se declaran mutuamente a paz y salvo y se comprometen a no acudir a las instancias judiciales o a ventilar nuevamente las mismas diferencias resueltas en el proceso conciliatorio;
4. Igualmente, se expresará que el acta de conciliación produce mérito ejecutivo, para lo cual deberán establecerse claramente las obligaciones a cargo de cada una de las partes cumpliendo, los mismos requisitos de cualquier título que preste mérito ejecutivo.
5. Finalmente, la firma del conciliador no siendo necesaria para que quede formalizado el contrato de transacción, si le otorga al acta de conciliación la condición de documento público, puesto que de conformidad con el artículo 253 de la Constitución, el conciliador ejerció una potestad pública consistente en administrar justicia; es decir, corresponde a un documento suscrito por autoridad, expedido en ejercicio de funciones públicas.

Es interesante observar que, en el artículo 15 de la Ley Modelo de Mediación, elaborado por la UNCTRAL en el año 2018, se establece que el acuerdo al que lleguen las partes, tiene la naturaleza de una transacción, con efectos vinculantes y merito ejecutivo en los siguientes términos: “Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelve la controversia, ese acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución”.

En Venezuela, no hay duda que, tanto la transacción extrajudicial como la judicial, deben producir efecto de cosa juzgada, es decir, logrado el acuerdo definitivo, las partes no pueden presentar una demanda judicial invocando los mismos hechos que fueron objeto de transacción. (ver artículos: 1718 del Código Civil, 255 Código de Procedimiento Civil y 10º del reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo).

El Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, al definir la mediación, la identifica con el concepto de conciliación y en caso de llegarse a un acuerdo, nada dispone respecto a si el acta de conciliación produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

En Colombia, no hay duda que el conciliador ejerce funciones jurisdiccionales, por disposición del artículo 116 de la Constitución:

Una cosa es el ejercicio permanente de la actividad jurisdiccional por los particula-

res, prohibida por el artículo 116 de la Carta, y otra la posibilidad de acudir, en cualquier tiempo, ante particulares que ejerzan como conciliadores. La disponibilidad de conciliadores no tiene que ver con el ejercicio permanente de la función jurisdiccional por particulares, sino que es una respuesta operativa y de efectividad del sistema para asegurar que sea posible acceder a la administración de justicia en todo tiempo, de donde se concluye que la transitoriedad de la función de administrar justicia como conciliador previsto en el artículo 27 de la Ley 640 de 2001, se ajusta a las prescripciones del artículo 116 de la Constitución⁷.

De esta suerte, el acta de conciliación suscrita por el conciliador, aunque el trámite se desarrolle en un centro privado, tiene el carácter de documento público, por corresponder a un documento de carácter procesal expedido en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

VII. Análisis jurisprudencial

Algunas consideraciones expuestas anteriormente ya han sido expresadas por la jurisprudencia venezolana; sin embargo, meceré especial mención la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 29 de marzo del 2016 puesto que en dicha providencia se hacen las siguientes afirmaciones. En primer lugar, que la conciliación no se puede confundir con la transacción:

El autor A.R.R. en su libro “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, Tomo II, Pág. 342 señala: ‘La concilia-

⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-222/13 del 17 de abril de 2013.

ción es uno de los modos de autocomposición procesal, por el cual se llega a una solución convencional y no jurisdiccional de la litis. Si bien en su base se encuentra una convención o acuerdo de las partes, sin embargo, ella no se confunde con la transacción, ni con un simple contrato privado formulado auténticamente por ante un Tribunal que da fe de él, como piensan algunos autores, porque lo que caracteriza a la conciliación y la diferencia de la transacción es la mediación del juez, sin la cual no se tiene la conciliación y que no existe en la transacción⁸.

Efectivamente, la transacción y la conciliación consisten en dos instituciones jurídicas totalmente diferentes; sin embargo, por falta de una ley que regule la conciliación y la mediación extrajudicial, nada impide que el acuerdo transaccional se logre por intermedio de la mediación de un tercero que funja como conciliador. Lo sustancial es que, el acta de conciliación suscrita por las partes manifestando que han llegado a un acuerdo transaccional, producen todos los efectos jurídicos previstos en el artículo 1718 Código Civil respecto al contrato de transacción, en especial los efectos de cosa juzgada: “La transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada”.

Cosa diferente es que, el acta de conciliación así levantada y que como fórmula de arreglo contiene un contrato de transacción, produce los efectos natura-

les de este último negocio jurídico. Naturalmente, como, en esencia, el acta del acuerdo que dio por terminada las disputas entre las partes, tiene la condición y carácter de un contrato de transacción, dicho documento está sujeto a interpretación, en caso que sus cláusulas no sean lo suficientemente claras:

Y si se trata de desentrañar el genuino propósito que tuvieron los celebrantes de un acuerdo de voluntades, forzoso es examinar sus antecedentes, pues de ellos, como es lógico entenderlo, puede inferirse el mismo.

Así las cosas, cuando el Tribunal interpretó la conciliación en la forma como lo hizo, con total desprecio de sus antecedentes, de todos y, especialmente, de los que se dejaron destacados en precedencia, a más de cometer el error de hecho que esa pretermisión implicó, vulneró indirectamente la norma sustancial atrás registrada⁹.

Así, por ejemplo, si las partes se han declarado mutuamente a paz y salvo y han renunciado a demandar judicialmente a la otra, dicha cláusula ha de interpretarse atendiendo lo previsto en los artículos 1716 y 1717 del Código Civil. En consecuencia, aunque el texto contractual exprese que los contratantes se encuentran a paz y salvo por todo concepto, tal paz y salvo no se extiende a otros asuntos pendientes que no hayan sido objeto de conciliación:

⁸ Tribunal Supremo De Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia del 29 de marzo de 2016, Expediente numero 2015-000204.

⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC3416-2019 del 23 de agosto de 2019.

Artículo 1716. La transacción no se extiende a más de lo que contribuye su objeto, la renuncia a todos los derechos y acciones comprenden únicamente lo relativo a las cuestiones que han dado lugar a la transacción.

Artículo 1717. Las transacciones no ponen fin sino a las diferencias que se han designado, sea que las partes hayan manifestado su intención por expresiones especiales o generales, sea que esta intención aparezca como una consecuencia necesaria de lo que se haya expresado.

Para la debida aplicación de los referidos artículos 1716 y 1717, en el acta de conciliación debe quedar expreso, en el título preliminar o en los antecedentes, debidamente anotadas y discriminadas, las diferencias y reclamaciones que son objeto de conciliación y de transacción.

La misma jurisprudencia también ha considerado que la conciliación y la mediación corresponden a dos métodos alternativos diferentes, pues la conciliación se sitúa entre la mediación y la sentencia judicial:

La conciliación nos dice Carnelutti tiene la estructura de la mediación, en cuanto se resuelve en la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto, para inducirlos a la composición contractual. Pero la nota diferencial entre estas dos formas de actividad se refiere al objeto, porque la mediación mira a una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su

justicia, mientras que la conciliación tiende, al contrario, a la composición justa de la litis. De este modo sostiene Carnelutti la conciliación está a mitad de camino entre la mediación y la decisión: tiene la forma de la primera y la sustancia de la segunda¹⁰.

En relación a la conciliación judicial, no queda duda que el acuerdo logrado al incorporarse en el acta de conciliación y haber sido avalado por el juez, produce efectos de cosa juzgada, lo que no acontece con la conciliación extrajudicial, por falta de norma que así lo determine expresamente:

Cuando las partes concilian en el acto conciliatorio presidido por el juez de la causa, están decidiendo eliminar las diferencias surgidas con relación a lo principal o alguna incidencia del proceso. En este sentido, se adelantan a la sentencia del juez, en el caso de haber llegado a un entendimiento, sustituyendo así la decisión de fondo o el pronunciamiento emitido respecto a alguna incidencia, y por ende produce los efectos acordados en el acto conciliatorio¹¹.

De manera desacertada, la jurisprudencia comentada del Tribunal Supremo, ha dicho que la conciliación, como método alternativo, por virtud de la Constitución, está limitada al ámbito judicial, es

¹⁰ Tribunal Supremo De Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia del 29 de marzo de 2016, Expediente numero 2015-000204.

¹¹ Tribunal Supremo De Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia del 29 de marzo de 2016, Expediente numero 2015-000204.

decir, no es posible instaurar, por el legislador, la conciliación extrajudicial:

A diferencia de la transacción, las partes no tienen que presentar los acuerdos ante el juez, ya que éste forma parte de la audiencia de conciliación, y por esta razón las propuestas aprobadas tienen la misma autoridad de la cosa juzgada, lo que impide que vuelva a plantearse la controversia sobre el mismo punto, ya que los acuerdos generados en el acto conciliatorio, son ley entre las partes.

El concepto de conciliación, obtiene rango constitucional por tratarse de un medio alternativo para la resolución de un conflicto como medio de facilitar una justicia rápida y eficaz, está limitada al ámbito de los procesos judiciales, y está definida como una institución jurídica que permite al juez en cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, poder motivar a las partes a la conciliación.

La definición de esta forma de autocomposición procesal se puede estructurar en función de tres elementos:

1. El subjetivo, que señala la relación entre los protagonistas del trámite conciliatorio, o partes en conflicto, quienes deben gozar de capacidad y ánimo para conciliar.
2. El objetivo, que está determinado por la disputa o controversia cuya solución se pretende, la cual debe ser susceptible de transacción.
3. El metodológico, que se traduce en el trámite conciliatorio propiamente

dicho, orientado por el conciliador que actúa como facilitador del diálogo entre las partes con fundamentos en el abordaje sistemático y estratégico, a fin de optimizar los resultados. la decisión: tiene la forma de la primera y la sustancia de la segunda¹².

Se insiste, de conformidad con lo previsto en el artículo 258 de la Constitución, se deben promover los MARC, pero al margen de los procesos judiciales a cargo del juez estatal.

Igualmente, se ha dicho que la conciliación es factible en aquellos eventos en que no está involucrado el orden público, vocablo bastante confuso e indeterminado; en todo caso, tal limitación no aparece en la Constitución:

Las referidas normas, recogen la voluntad del legislador de establecer que ciertas relaciones jurídicas son indisponibles y escapan del poder negocial de las partes por estar vinculadas con el orden público, como lo serían las materias relativas al estado y capacidad de las personas, las cuestiones de familia, la competencia, entre otras, siendo que el cambio en dichos estados jurídicos no puede ocurrir sin que la autoridad judicial declare la certeza del cumplimiento de los elementos que la Ley exige para que pueda producirse una conciliación o transacción sobre los referidos derechos. la decisión: tiene la forma

¹² Tribunal Supremo De Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia del 29 de marzo de 2016, Expediente numero 2015-000204.

de la primera y la sustancia de la segunda¹³.

Bajo este concepto, cuando un acto o contrato está viciado de nulidad absoluta, se afirma, el conflicto no sería transable ni conciliable por razón de estar involucrado el orden público, teoría que resulta bastante errada pues nada impide que las partes convaliden el contrato inválido, modificándolo y ajustando su acuerdo a lo que dispone la ley violada y que produjo los efectos de nulidad absoluta.

VIII. Conclusión

Resulta sorprendente que en Venezuela, siendo el único país del mundo que ha formulado dos principios constitucionales que permiten y facilitan el desarrollo adecuado de los denominados MARC, en los artículos 253 y 258 de la Constitución, la mediación y la conciliación extrajudicial han tenido escaso desarrollo legislativo, y en la actualidad, carecen del soporte legal adecuado para que dichas instituciones tengan aplicación práctica, cuando se realizan por fuera de un proceso judicial.

Si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 253 de la Constitución, los MARC forman parte del sistema de justicia, razón por la cual constituyen métodos adecuados para que el juez estatal pueda terminar un proceso a su cargo, el artículo 258 ordena al legislador promover el arbitraje, la mediación,

la conciliación, así como cualquier otro MARC. Naturalmente, de conformidad con este último principio constitucional, la promoción de los denominados MARC, no queda limitada al ámbito judicial y, por supuesto, se extiende al ámbito extrajudicial y prejudicial.

¹³ Tribunal Supremo De Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia del 29 de marzo de 2016, Expediente numero 2015-000204.

Límites al deber de confidencialidad de los árbitros

Carol Jiménez López*

Principia No. 6–2022 pp. 83-96

Resumen: El arbitraje se fundamenta en principios esenciales, entre ellos el principio de confidencialidad sin el cual es probable que el arbitraje no fuera tan atractivo como medio de resolución de controversias. El presente artículo busca explicar el límite que encuentran los principios que sustentan el arbitraje cuando malas prácticas rozan el procedimiento arbitral, entre ellas, la alteración de documentos, sobornos, legitimación de capitales y corrupción, especialmente el límite con el relevante principio de confidencialidad. Así como el papel que pueden jugar los intervinientes del arbitraje frente a estas situaciones.

Abstract: Arbitration is founded on essential principles, including the principle of confidentiality without which arbitration may not be as attractive as a means of dispute resolution. This article seeks to explain the limit found by the principles that support arbitration when bad practices border on the arbitration procedure, among them, the alteration of documents, bribery, money laundering and corruption, especially the limit with the relevant principle of confidentiality. As well as the role that arbitration participants can play in these situations.

Palabras Claves: Arbitraje | Confidencialidad | Transparencia | Presunción | Comisión de delito | Corrupción

Keywords: Arbitration | Confidentiality | Transparency | Presumption | Commission of crime | Corruption

* Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019). Diplomada en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (Venezuela, 2020). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Consultora y litigante. Cursante del PREAA.

Sumario: I. Introducción, II. Distinción de la confidencialidad, III. Base legal de la confidencialidad, IV. Violación de la confidencialidad y sus consecuencias, V. El rol frente a evidencias de corrupción, VI. Conclusiones

I. Introducción

El deber de todos los intervinientes en un proceso arbitral de no relevar información de este a terceros es una ventaja del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos y uno de los mayores atractivos para sus usuarios a la hora de escogerlo.

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.

Así, en encuestas a nivel mundial, este beneficio se posiciona entre las primeras 5 razones¹ por las cuales las empresas y los comerciantes prefieren arbitrar por encima de acudir a la vía ordinaria.

La confidencialidad, junto 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

en juego². Sin éstos, como ocurre en la vía judicial, en muchas ocasiones resultan soluciones al caso alejadas de los hechos, de la economía del contrato y de lo previsto y querido por las partes al contratar.

Se busca mantener bajo resguardo tanto la información técnica, comercial y estratégica de los intervinientes en la resolución del conflicto como la reputación de los mismos.

La experiencia demuestra que en muchas circunstancias resulta, de todo punto, indeseable para las partes que se conozca públicamente tanto la controversia como el eventual resultado de la misma³.

El disfrute de esta excelente ventaja arbitral y que también se puede encontrar en otros medios de resolución de controversias, como lo es la mediación, halla un límite cuando se encuentra con casos ligados a la presunción de actos ilícitos debido a que los integrantes del tribunal arbitral, miembros de los centros de arbitraje se enfrentan a las interrogantes de ¿Es el principio de confidencialidad

¹ El Estudio de Arbitraje en Iberoamérica del Club Español del Arbitraje en 2021, por ejemplo, señaló que en Venezuela la confidencialidad obtuvo un promedio 4,32/5 puntos entre los encuestados, precedido por otras ventajas como la cualificación exigida al árbitro y la posibilidad de tener un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros en vez de un único juez.

² Pablo Berenguer O'Shea, "Arbitraje en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31 (2018): 30.

³ Pablo Berenguer O'Shea, "Arbitraje en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31 (2018): 31.

un límite a la hora de evaluar un caso con indicios en la comisión de un delito? ¿Es necesario sacrificar el principio de confidencialidad por exponer sólo indicios? ¿Qué se puede hacer? ¿Qué rol se puede tomar?

El presente artículo explicará primero la relación de la confidencialidad con otras figuras del arbitraje, y detallará de donde surge este principio. Por último, buscará hallar respuestas a los planteamientos que trae consigo el estar en presencia de presuntos hechos delictivos, como el soborno, la corrupción o incluso destrucción y falsificación de documentos dentro de un proceso arbitral, exponiendo una propuesta para actuar ante la situación descrita que lamentablemente han flagelado la institución arbitral.

II. Distinción de la confidencialidad

Como se indicó, la confidencialidad confiere al sujeto la obligación de no revelar libremente “información alguna sobre el arbitraje, información alguna conocida a través del proceso arbitral, y

cualquier laudo o decisión emitida por el tribunal arbitral”⁴.

Dicha confidencialidad se contempla sobre varios elementos: la pretensión, las pruebas, los documentos valorados, el laudo e incluso la existencia misma del arbitraje; e incumbe tanto a los árbitros, como a las partes, a sus representantes legales, y cuando proceda, a las instituciones arbitrales⁵.

Esta confidencialidad se distingue de la tan nombrada transparencia, la cual, en el campo del arbitraje internacional, implica la publicidad de la información relacionada con los procedimientos arbitrales y la participación de terceros⁶.

La doctrina señala que la publicidad de la información implicaría idealmente: (i) el conocimiento de la existencia de la disputa; (ii) la divulgación de presentaciones escritas o documentos de procedimiento; (iii) el acceso público a las audiencias⁷.

Por otro lado, las principales reglas arbitrales se basan efectivamente en la confidencialidad de los procedimientos,

⁴ Srishti Kumar y Raghvendra Pratap Singh, “Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 86, no. 4 (2020): 466, traducción libre (“*Today scholars and researchers have coined the relevant distinction between privacy and confidentiality. Privacy means the right of the parties to forbid or disallow strangers from taking part in the arbitral proceedings. On the contrary, confidentiality is a narrower concept. It puts an obligation on the person not to disclose freely any information about the arbitration, any information learned through the arbitral proceedings and any award or decision rendered by the arbitral tribunal.*”).

⁵ Erick Machado Cerver, “Arbitraje y tutela efectiva de la justicia. Especial atención al contexto cubano”, *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje* N° 1 (2021): 318. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/Anuario-AVA-No-1-2020-VD.pdf>

⁶ Loretta Malintoppi y Natalie Limbasan, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2 (2015): 33.

⁷ Victoria Pernt, (Schoenherr), “How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2017.

ya que, en la mayoría de los casos, las partes deben especificar si desean hacer públicos los procedimientos y/o laudos. Entre estas dos cuestiones están quienes sostienen que la transparencia y confidencialidad no son necesariamente excluyentes, ya que podrían y deberían coexistir⁸. De hecho, la protección de la información confidencial se observa explícitamente en las disposiciones modernas de transparencia.

Escurra y Masnjak expresan que “recientemente, el arbitraje ha evolucionado hacia una mayor transparencia, aun cuando ello venga al costo de afectar en parte su confidencialidad”⁹. Esto se puede observar, por ejemplo, con la tarea que desarrolla la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Cámara de Comercio de Lima (CCL) al publicar los tribunales que cada árbitro ha integrado en casos administrados por dichos centros y también se observa en iniciativas privadas como *Arbitrator Intelligence*, que busca sistematizar la data sobre la trayectoria de los árbitros a nivel mundial.

Otros autores señalan que no debería existir una tensión entre la confidencialidad y el arbitraje ya que, primeramente la noción de transparencia va más allá de

la confidencialidad porque no se limita a la publicidad de los procedimientos, que es la preocupación clave en relación con la confidencialidad; y por segundo, la transparencia, ya sea en relación con la publicidad de los procedimientos o la participación de terceros, no impide que las partes mantengan cierta información confidencial si la naturaleza de la información así lo requiere. Muestra de esto ocurre en el caso de conocimientos, secretos comerciales o documentos cubierto por privilegios bajo las leyes nacionales¹⁰.

Ahora bien, respecto de estos privilegios con los que se cuenta en ciertas jurisdicciones, es necesario diferenciar que los mismos se fundamentan en un derecho reconocido legalmente, pudiendo variar de Estado a Estado. En arbitraje, en algunos casos se traducen en la obligación de retener ciertas pruebas documentarias o testimoniales y excluirlas del proceso¹¹.

A pesar de que el privilegio de exclusión se articula de manera diferente en el *common law*, el derecho civil reconoce el mismo principio subyacente de exclusión para proteger valores sociales

⁸ Victoria Pernt, (Schoenherr), “How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need?”, Kluwer Arbitration Blog, 2017.

⁹ Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín, “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*, N° 4 (2021): 56.

¹⁰ Malintoppi, Loretta; Limbasan, Natalie, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2 (2015): 34.

¹¹ Henri C. Alvarez, “Privilegios y secreto profesional en el arbitraje internacional”, *Themis Revista de Derecho*, N° 53 (2007): 168.

importantes¹². Las reglas de la *International Bar Association* para la toma de evidencia en Arbitraje Comercial Internacional (reglas IBA)¹³ también ha reconocido la aceptación de algunos privilegios.

En resumen, lo privilegiado depende de una categorización por parte un órgano legislativo. Lo confidencial se entiende por una restricción que no necesariamente estará expresa en un texto normativo como se explicará en el siguiente capítulo.

Finalmente, sobre la confidencialidad del arbitraje, Gary Born comentó que para él lo importante es que las partes tienen la autonomía y libertad de acordarla, pero en su opinión no es una característica esencial del arbitraje internacional¹⁴; de hecho en varias jurisdicciones los laudos circulan libremente.

III. Base legal de la confidencialidad

El fundamento del principio de confidencialidad se encuentra en la misma

naturaleza del arbitraje y en general de los medios alternos de resolución de conflictos por distinción de la jurisdicción ordinaria. Esto se debe a que históricamente, la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han brotado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central¹⁵.

Para algunos autores este principio no nace con el nombramiento y aceptación del árbitro o con la presentación de una demanda arbitral, sino que es previo a esto: una vez que se acepta el arbitraje mediante convenio, las partes y principalmente el árbitro vienen obligados a respetar el deber de confidencialidad¹⁶.

A pesar de su fundamento intrínseco en la institución arbitral, la confidencialidad no es un principio expresamente consagrado en convenciones, leyes modelo ni en muchas leyes de arbitraje internas como podría esperarse. Así, por ejemplo, vemos que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención Interamericana Sobre Arbi-

¹² Henri C. Alvarez, “Privilegios y secreto profesional en el arbitraje internacional”, *Themis Revista de Derecho*, N° 53 (2007): 169.

¹³ V. Artículo 20.6 de las reglas sobre Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association (AAA).

¹⁴ “¿Qué nos dijo Gary Born?, Master Class: Is Summer Coming?” *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, N° 1 (2020) <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/Anuario-AVA-No-1-2020-VD.pdf>.

¹⁵ José Miguel Júdece (blog), “Confidencialidad y Arbitraje”, por José F. Merino Merchán https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

¹⁶ José Miguel Júdece (blog), “Confidencialidad y Arbitraje”, por José F. Merino Merchán https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

traje Comercial Internacional, mejor conocidas como las Convenciones de Nueva York y de Panamá respectivamente, no mencionan en sus textos la confidencialidad.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional tampoco contiene ninguna regla al respecto. Por su parte, tanto el Reglamento de arbitraje como el de mediación de la Cámara de Comercio Internacional - ICC por sus siglas en inglés- contienen disposiciones referidas. En el de arbitraje se faculta a las partes a solicitar al tribunal arbitral a dictar órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento o cualquier otro relacionado¹⁷.

El Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje expresa en su artículo 1 el carácter confidencial de las actividades de la Corte¹⁸, lo cual deberá ser respetado por sus miembros y cualquier persona invitada a ella.

También el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-, incorpora la confidencialidad en 4 normas precisas: en cuanto a la existencia misma del arbitraje; la confidencialidad de la

información divulgada durante el arbitraje; la divulgación del laudo; y finalmente, en cuanto a la confidencialidad que debe mantener tanto el Centro y el árbitro.

El reglamento indica las únicas posibilidades en las cuales es posible quebrantar esta confidencialidad, de la siguiente manera:

Artículo 75

A menos que sea necesario en relación con un recurso judicial relativo al arbitraje o un procedimiento de ejecución de un laudo, una parte no podrá divulgar unilateralmente a terceros información alguna relativa a la existencia del arbitraje, salvo si se ve obligada por la ley o por una autoridad competente, y, en estos casos...¹⁹

La obligación de no divulgar información es clara para los participantes de un proceso arbitral auspiciado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Aunque, el Centro de Arbitraje podrá incluir información relativa al arbitraje en toda estadística global, siempre que esa información no permita la identificación

¹⁷ Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje vigente a partir del 1° de enero de 2021, artículo 22.

¹⁸ Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje, Artículo 1. Carácter confidencial de las actividades de la Corte Internacional de Arbitraje

1 Para los fines de este Apéndice, los miembros de la Corte incluyen al Presidente y a los Vicepresidentes de la Corte.

2 A las sesiones de la Corte solo podrán asistir sus miembros y el personal de la Secretaría.

3 No obstante, excepcionalmente, el Presidente de la Corte podrá invitar a otras personas a asistir a dichas sesiones. Estas personas deberán respetar el carácter confidencial de las sesiones de la Corte...

¹⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual vigente desde el 1 de julio de 2021.

de las partes ni las circunstancias particulares de la controversia²⁰.

El Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán, que en su artículo 27 dice que la Cámara Arbitral, el Tribunal Arbitral y los asesores tienen el deber de mantener la confidencialidad de toda noticia o información relativa al procedimiento²¹.

Si de legislaciones específicas se trata, en España, “los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”²².

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, en su artículo 42, también consagra la confidencialidad del arbitraje como una obligación de los árbitros, y sólo salvo acuerdo en contrario de las partes se podrá alterar ese deber²³. Sin embargo, las mencionadas son la minoría de las legislaciones.

En materia de arbitraje de inversión se cuenta con la referencia del Reglamento

de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, que garantiza que el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida “cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral”²⁴.

Es necesario resaltar que este Reglamento distingue lo que es considerado como información confidencial o protegida en su artículo 7 referido a las excepciones a la norma de la transparencia de esta forma:

- a) Información comercial confidencial;
- b) Información que, conforme al tratado, no debe ponerse a disposición del público;
- c) Información que no debe ponerse a disposición del público, en el caso de la información del Estado demandado, con arreglo a la legislación de este, y en el caso de información de otro tipo, con arreglo a cualquier ley o normativa que el tribunal

²⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual vigente desde el 1 de julio de 2021, artículo 78.

²¹ Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán, Reglamento de la Cámara de Arbitraje y Reglamento de Arbitraje Internacional, artículo 27, traducción libre:

Obligation to Preserve Confidentiality

1. *The Chamber of Arbitration, the arbitrator, the expert and the parties shall keep all information on the development and outcome of the arbitral proceedings confidential.*

2. *The parties may expressly authorize the Chamber of Arbitration to publish the award, either in its entirety or in a totally anonymous form as far as the parties and other persons in the proceedings are concerned.*

²² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Boletín Oficial N° 309, de 26 de diciembre de 2003, artículo 24.

²³ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial No. 36.430, de fecha 07 de abril de 1998.

²⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado en 2013, Artículo 6.

arbitral determine que es aplicable a la divulgación de esa clase de información; o

d) Información cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley²⁵.

El nivel de confidencialidad o transparencia en el marco de un arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI- depende del acuerdo de las partes, del tratado aplicable y de las decisiones del Tribunal, pues ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen una presunción general de confidencialidad o transparencia aplicable a las partes²⁶. Sin embargo, sí existen normas específicas aplicables tanto al Secretariado del CIADI como a los miembros del tribunal²⁷.

Un ejemplo de disposición de un tratado en materia de confidencialidad y transparencia se encuentra en el artículo 10.21 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana²⁸.

Aunque su consagración no es universal, como lo es el principio de imparcialidad,

por ejemplo, este deber es exigible como elemento esencial de la institución²⁹, debido a la naturaleza privada del arbitraje al que se acude desde el acuerdo arbitral se aprecia que la confidencialidad encuentra basamento legal en algunas legislaciones, algunos reglamentos tanto de arbitraje comercial como de inversión y en tratados de protección de inversiones. Lo cual se traduce en una obligación de los intervinientes en el arbitraje y a su vez en un auténtico derecho de las partes de que no se revele nada de lo que acontezca en el procedimiento arbitral³⁰.

IV. Violación de la confidencialidad y sus consecuencias

Es momento de analizar qué ocurre si se quebrantan algunas de las disposiciones que contienen la obligación de mantener en discreción la información relativa a un proceso arbitral.

Primero, evidenciamos que ninguna de las normas revisadas dispone de una sanción al incumplimiento del deber de confidencialidad. ¿Esta carencia signi-

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado en 2013, Artículo 7.

²⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, La Confidencialidad y transparencia - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/laconfidencialidadtransparencia#:~:text=El%20nivel%20de%20confidencialidad%20o,a%20los%20Miembros%20del%20Tribunal>.

²⁷ V. reglas 6 (2) y 15 del Reglas de Arbitraje del CIADI.

²⁸ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana firmado el 05 agosto 2004.

²⁹ José Miguel Júdece (blog), “Confidencialidad y Arbitraje”, por José F. Merino Merchán https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

³⁰ José Carlos Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. II, No 2 (2009): 338.

fica que es posible violentar el principio sin recibir consecuencias?

La respuesta varía según cada uno de los distintos sistemas jurídicos. En algunos el principio es que los árbitros son civilmente responsables, en otros prevalece el criterio opuesto, sentando la inmunidad como regla³¹, en especial para los árbitros.

Así, se tiene que en los sistemas legales que regulan la responsabilidad de los árbitros existe una tendencia a extender a éstos el régimen de responsabilidad previsto para los jueces. Como corolario de ello, existen dos corrientes marcadas en orden al principio general: los que consagran la inmunidad, y los que auspician la responsabilidad de los árbitros³².

En EE.UU., inspirados en la doctrina de la inmunidad judicial, establecida por la Corte Suprema en 1872 en el caso “Bradley v. Fisher”³³, los tribunales comenzaron a extender esta misma doctrina a los árbitros. Asimilando a los árbitros con los jueces, en 1880, un tribunal de Iowa resolvió que un árbitro no

puede ser demandado por daños; y pocos años más tarde la Corte Suprema de Massachusetts consideró a los árbitros dignos de esa protección, para preservar su independencia, imparcialidad y libertad de criterio, afirmando que éstos son “cuasi-jueces” y cumplen una función judicial³⁴.

En otros países del *common law* la situación es similar, entre ellos, es posible mencionar a Reino Unido, Australia³⁵, y Singapur.

En contraposición, en los países cuyo sistema jurídico está basado en el derecho romano, en general, la regla suele ser la responsabilidad de los árbitros³⁶ – incluso personal de las instituciones arbitrales– por incumplimiento de sus deberes.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina establece el principio general de la responsabilidad por daños y perjuicios de los árbitros³⁷. Ocurre de manera similar en Bolivia, El Salvador, España, Perú y Uruguay.

³¹ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011).

³² Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011).

³³ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, caso: Bradley v. Fisher, 80 U.S. (13 Wall.) 335, 20 L. Ed. 646 (1872).

³⁴ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011).

³⁵ V. Ley 97 de 2010, artículo 28.10, que dispone que los árbitros no son responsables por acciones u omisiones en que hubiesen incurrido de buena fe.

³⁶ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 133-134.

³⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, DECRETO N° 1042/1981 – Boletín Oficial 27 de agosto de 1981, artículo 745.- La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daños y perjuicios.

Somos de la opinión que apoya de alguna manera, sancionar por errores graves o inexcusables en el ejercicio de sus labores a intervinientes en el proceso arbitral, en cuyo caso debería evaluarse si tales errores se cometieron con dolo y además, solo si el cumplimiento de su deber no está sometido a incumplir deberes más primarios o violentar principios fundamentales de orden público. Esto lo aterrizamos con el incumplimiento del deber de confidencialidad que venimos refiriendo, pues, en ocasiones, está en juego no solo un deber arbitral sino también un deber social.

Respecto de las consecuencias de la infracción al deber de confidencialidad frente al laudo arbitral, es decir, si tal violación afecta la validez del laudo, Caivano explica que, en la mayoría de las legislaciones, si bien se admite que podría haber excepciones, se señala que “como regla general la violación del deber de confidencialidad por uno o más

árbitros no tiene repercusión en la validez del laudo arbitral”³⁸.

Si se quisiera encuadrar la violación al principio de confidencialidad entre alguna de las causales de nulidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, diríamos que la única que podría, eventualmente, invocarse es la contenida en el literal (a), numeral (iv)³⁹, la cual, conforme esta disposición el recurso de nulidad sería procedente si se prueba que “el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes”⁴⁰.

Esta causal deberá interpretarse, en cuanto al procedimiento se refiere, juntamente con la contenida en el numeral (ii), en tanto la infracción al procedimiento debe ser de una entidad tal que produzca una situación de indefensión o impida a alguna de las partes hacer valer

³⁸ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 147.

³⁹ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 148.

⁴⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, artículo 34.2:

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

- a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, 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 de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
- b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

sus derechos⁴¹. Sin embargo, advertimos que la invocación de esta norma para pretender la nulidad del laudo por infracción al deber de confidencialidad puede ser de difícil argumentación y declaratoria judicial.

V. El rol frente a evidencias de corrupción

Las dudas sobre la postura que debe tomar un árbitro ante la presencia de presuntos hechos al margen de la ley en el caso que le corresponde decidir, no es un debate reciente, debido a que estas situaciones se han adentrado en el mundo arbitral desde hace un par de décadas. Tales son los casos lamentables, de Concesionaria Ruta del Sol⁴², Lava Jato⁴³ y Odebrecht⁴⁴ presenciados en América Latina en los últimos años.

En cualquiera de las formas de presentación de la corrupción: en 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 de corrupción, las alegaciones de corrupción acarrear serios debates éticos y consecuencias, tales como, la nulidad del contrato que se trata o hasta la declaratoria de falta de jurisdicción arbitral.

En arbitraje de inversión, cuando el inversor incurre en actos de corrupción o cuando el inversor se niega 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 concluido que ciertos actos de corrupción pueden infringir los estándares de protección plasmados en los tratados de inversión⁴⁵.

Los arbitrajes de inversión no operan en una especie de éter jurídico, aislados de la realidad. Por consiguiente, los tribu-

⁴¹ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 148.

⁴² En Colombia en 2019 el Tribunal de Arbitramento declaró nulo el contrato para la construcción del tramo 2 del proyecto vial “Ruta del Sol” y sus adiciones por los hechos de corrupción que empañaron su adjudicación, el cual fue suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol SAS, -integrada por las firmas Odebrecht, Episol y CSS Constructores- y la Agencia Nacional de Infraestructura.

⁴³ En 2014, 24 personas fueron detenidas por la Policía Federal de Brasil por la red de lavado de dinero descubierta con “la Operación Lava Jato” donde se calcula la desviación de aproximadamente 2.250 millones de dólares desde la petrolera Petrobras hacia a la constructora Odebrecht. Posteriormente, las empresas que constituían dicha red fueron a arbitraje con el Estado peruano y ganaron 33 de los 41 arbitrajes, por lo cual se investigó por soborno a los árbitros involucrados.

⁴⁴ El 21 de diciembre de 2016 el Departamento de Justicia de Estados Unidos publicó documentos que revelan presuntos sobornos por 788 millones de dólares por parte de la constructora brasileña Odebrecht en 12 países de América Latina y África entre 2001 y 2016. Reconocido con el caso más grande de corrupción y destapado en 2016, alcanzó al arbitraje con la emisión de laudos arbitrales a favor de la empresa brasileña Odebrecht en perjuicio del Estado Peruano por la cantidad de 281 millones de dólares, y por lo cual se investigaron abogados, árbitros, funcionarios públicos en distintos países de América Latina.

⁴⁵ 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.

nales arbitrales no pueden simplemente ignorar los temas más complicados o debatidos que se plantean frente a ellos.

En estos casos, los tribunales arbitrales tendrán que lidiar con el desafío procesal de asegurar un arbitraje y resultados que sean justos mediante un proceso eficiente. Los tribunales arbitrales están dotados de amplios poderes procesales, y pueden (y deben) usar tales atribuciones para ajustarse a la infinidad de situaciones que pueden surgir⁴⁶.

Tomando en cuenta que tanto que el juez como el árbitro están dotados de facultades y poder jurisdiccional, entre los que se encuentra, el de dirigir el proceso arbitral como lo consideren apropiado; pero recordando que el árbitro no tiene competencia para abrir investigaciones penales, por ello, cabe preguntarse si el árbitro puede remitir el caso a los tribunales con competencia penal.

Los tribunales arbitrales deben utilizar sus poderes para resolver de la forma más adecuada en las circunstancias del caso concreto las alegaciones de corrupción. 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 pruebas⁴⁷ o indicios que ten-

gan sobre la corrupción. Por ejemplo, el árbitro puede ver en que tanto contamina al contrato el pago indebido.

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 corrupción⁴⁸.

Tomar estas medidas para proteger la información confidencial es realmente importante en aras de cumplir con las instituciones del arbitraje en la medida de las posibilidades, sin embargo, existe el peligro de considerar la confidencialidad como un instrumento que sirva para ocultar decisiones incorrectas, o caren-tes de ética, por parte de los árbitros, o ignorantes de los principios de base que

⁴⁶ 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): 91.

⁴⁷ 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): 91.

⁴⁸ 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): 90.

deben adornar el desarrollo del proceso arbitral⁴⁹.

Por otro lado, la “tolerancia cero” con la corrupción tiene un resultado paradójico, porque la parte que usa la defensa de la ilegalidad siempre queda en una posición mejor y beneficia finalmente del esquema de corrupción en el cual participó⁵⁰ (de ser el caso). Ignorar o dejar trascender hechos de corrupción por parte del tribunal arbitral puede conllevar a nulidad del laudo por contravención del orden público.

La jurisprudencia y la doctrina comparadas se han inclinado por interpretar la causal referida a la de manera restrictiva, aplicando únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorancia o corrupción intolerables por parte del tribunal arbitral.

En virtud de que no existen parámetros para la evaluación de los casos concretos inmersos en la comisión de presuntos hechos delictivos, somos partidarios de la creación de un instrumento de *soft law* que oriente especialmente a los árbitros y los miembros de instituciones arbitrales a la hora de responder ante estos casos. El mismo debería dirigir al establecimiento de entre otras, las siguientes ideas:

- (a) Las causales por las cuales los miembros del tribunal arbitral pueden estar en curso de incumplimiento grave de sus responsabilidades;
- (b) Cómo se deben valorar los indicios y las pruebas relacionadas con presuntos actos delictivos;
- (c) Si debe contactarse a las autoridades competentes para la apertura de las investigaciones pertinentes y de ser así, en que momento han de contactarse;
- (d) Debe o no informarse a las partes intervinientes que se colocará en conocimiento a las autoridades competentes de los indicios y las pruebas que sustentan la comisión de los presuntos hechos delictivos;
- (e) Si una vez resuelta la investigación del presunto hecho delictivo por parte de las autoridades competentes, debe el mismo tribunal arbitral designado conocer del asunto.

VI. Conclusiones

A nivel mundial, claramente, las instituciones más afectadas por la corrupción se encuentran en el poder judicial y ello ha sido contagiado al poder arbitral.

Las Naciones Unidas desde hace varias décadas se han propuesto “adoptar medidas urgentes y enérgicas para seguir luchando contra la corrupción en todas

⁴⁹ José Carlos Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. II, N° 2 (2009): 347.

⁵⁰ Isabella Cannatà, “Reporte Evento CEA Nápoles”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31 (2018): 106.

sus manifestaciones” a través del establecimiento de instituciones fuertes en todos los niveles⁵¹. De tal manera, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS– se tiene por meta reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.

La corrupción en todos sus ámbitos es una plaga que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad y aunque las fórmulas para atacarla existen gracias al trabajo mancomunado de muchas instituciones a nivel mundial, como se puede mencionar a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se requiere de unanimidad a la hora de enfrentar tal problema en la comunidad arbitral y principios fundamentales como la confidencialidad no pueden ser un freno para ello.

La esencia dinámica y evolutiva del arbitraje internacional permite que la comunidad arbitral se plantee como meta tangible un protocolo de acción frente a la comisión de un hecho delictivo que llega o transcurre en un proceso arbitral. Y no sólo se requiere actuar ante el hecho, sino también prevenirlo. Las fórmulas para cercar las malas prácticas existen y son múltiples; la voluntad y el trabajo en conjunto serán la clave para lograrlo.

⁵¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/66/288, El futuro que queremos, (11 de septiembre de 2012), https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=S.

El doble control del laudo en Venezuela

José Gregorio Torrealba R.*

Principia No. 6–2022 pp. 97-114

Resumen: Este ensayo parte de la interpretación de las normas de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana para determinar si en los arbitrajes con sede en Venezuela, domésticos o internacionales, existe la posibilidad de ejercer de forma alternativa, simultánea o consecutiva el recurso de nulidad para la impugnación del laudo arbitral y la oposición a la solicitud de reconocimiento o ejecución. Determinada la posibilidad de ejercer el doble control del laudo en la sede del arbitraje, se analizan diferentes escenarios y se proponen posibles soluciones a las complejas situaciones que en vista de la similitud existente entre las causales de nulidad y de denegación del reconocimiento o ejecución del laudo pueden presentarse.

Abstract: This essay starts from the interpretation of the Venezuelan Commercial Arbitration Act to determine if in arbitrations based in Venezuela, domestic or international, there is the possibility of exercising alternatively, simultaneously or consecutively the application for the annulment of the arbitral award and the opposition to the request for recognition or enforcement. Once it is determined the possibility of exercising the double control of the award at the seat of the arbitration, different scenarios are analyzed and possible solutions to the complex situations that could arise given the similarities in the grounds for annulment and denial of recognition or enforcement are proposed.

Palabras Claves: Arbitraje | Laudo arbitral | Control del laudo | Doble control

Keywords: Arbitration | Arbitral award | Award control | Double control

* PhD (Candidato) y LL.M. (2004), *King's College London, University of London; Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Profesor en los cursos de especialización en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). Miembro de la Comisión de ADR y Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Presidente Honorario de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Secretario General de la Alianza Venezolana de Asociaciones de Derecho (2021-2023).

Sumario: I. Introducción, II. ¿De qué se trata el doble control del laudo arbitral?, A. La situación en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, III. La interacción del recurso de nulidad y la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral en Venezuela, A. El reconocimiento del laudo arbitral como requisito previo a su ejecución, B. Dos nociones relevantes: Cosa juzgada y prejudicialidad, 1. Cosa juzgada, 2. Prejudicialidad, C. Los supuestos de interacción entre el recurso de nulidad y la solicitud de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral, 1. Oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral cuando no se ha ejercido el recurso de nulidad, 2. Oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral cuando se ha ejercido el recurso de nulidad, 3. Oposición al laudo arbitral cuando se ha dictado sentencia sobre el recurso de nulidad, i. ¿Existe la posibilidad de laudos zombis en Venezuela?, 4. La sentencia que niegue al reconocimiento del laudo arbitral y sus efectos, IV.

Conclusión

I. Introducción

Varios son los autores que se han dedicado a esclarecer el escenario presente en Venezuela en cuanto al control de la legalidad del laudo arbitral sobre la base de las disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial.

La doctrina es pacífica en cuanto a que el laudo puede ser controlado mediante el recurso de nulidad y mediante el ejercicio de la oposición al reconocimiento o ejecución, pero no parece haber un acuerdo sobre su interacción cuando se trata de un arbitraje con sede en Venezuela, doméstico o internacional, ni cuando se ejercen alternativa, simultánea o sucesivamente.

Partiremos por analizar lo que debe entenderse por el doble control del laudo para luego revisar las nociones relacionadas con la naturaleza monista o dualista de la Ley Modelo de la Comisión

de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo), y el enfoque asumido por nuestro legislador al sancionar la Ley de Arbitraje Comercial (LAC)¹.

Este ejercicio tiene como objeto el fijar las bases para la correcta interpretación de las disposiciones de la LAC en relación con la ejecución de los laudos arbitrales domésticos e internacionales.

Determinado el impacto que tiene la naturaleza monista de la LAC en cuanto al doble control, pasaremos a realizar una distinción entre el reconocimiento del laudo y su ejecución, lo que se vincula estrechamente con el carácter extrajudicial del laudo arbitral.

Luego, para poder desarrollar el análisis sobre la interacción de los medios de control del laudo, procederemos a refrescar las nociones de cosa juzgada y

¹ Venezuela, «Ley de Arbitraje Comercial», Gaceta Oficial Nro. 36.430 (1998).

prejudicialidad, que instintivamente parecen tener un rol que jugar.

Finalmente, haremos un ejercicio en el que pretendemos una aproximación a los problemas que se generan en los arbitrajes con sede en Venezuela cuando se da dicha interacción.

Todo lo anterior con la idea de aportar soluciones con base en interpretaciones que mantengan el balance entre la eficacia del laudo arbitral, fundamental para que el arbitraje pueda ser considerado como un medio efectivo para resolver disputas, pero sin perder de vista el debido balance que debe haber entre las partes en todo estado y grado del proceso.

II. ¿De qué se trata el doble control del laudo arbitral?

El doble control del laudo es un tema añejo en el arbitraje internacional. Brevemente, consiste en la interacción de los dos puntos de control de la legalidad de un laudo arbitral: el lugar sede del arbitraje –cuyos tribunales pueden conocer de un eventual recurso de nulidad– y el lugar de ejecución del laudo.

En una primera etapa, el control del laudo estaba limitado a la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo, pero esta situación sometía al deudor a

una posición reactiva a las acciones de su acreedor para ejecutar el laudo para poder atacarlo.

Con el surgimiento del arbitraje internacional se sumaba la posibilidad de tener decisiones contradictorias en las distintas jurisdicciones en las que pudiera solicitarse la ejecución. Esta situación, llevó a la creación de la acción de nulidad –mal llamado recurso– contra el laudo, de manera que el deudor pudiera defender sus intereses con independencia de las acciones de su acreedor y pudiera obtener una decisión que fuera vinculante en cualquier otra jurisdicción. Es en este momento que surgió el fenómeno del doble control del laudo².

Antes de la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI³ en 1985, el laudo arbitral podía ser objeto de diversos medios de impugnación según la jurisdicción que se tratara pues en muchas se equiparaba el laudo a una sentencia judicial, abriendo paso al ejercicio de recursos ordinarios y extraordinarios, lo que por supuesto, creaba una situación bastante caótica.

En principio, la Ley Modelo de la CNUDMI prevé causales esencialmente idénticas para decretar la nulidad del laudo arbitral (artículo 34) y para rechazar su reconocimiento o ejecución

² José Gregorio Torrealba R., «La Impugnación Del Laudo Arbitral», *Boletín de La Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Homenaje al Dr. José Santiago Núñez Aristimuño (1920-2020)*, n.º 160 (2020): 876, https://www.academia.edu/44498309/LA_IMPUGNACION_DEL_LAUDO_ARBITRAL.

³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006.» (Organización de las Naciones Unidas, 1985).

(artículo 36)⁴. Sin embargo, no existe ninguna disposición en dicho instrumento que impida –o que siquiera insinúe– que la parte perdidosa deba elegir entre presentar el recurso de nulidad u oponerse a su reconocimiento o ejecución⁵. Es decir, no hay objeción alguna para que el deudor se oponga al reconocimiento o ejecución del laudo si no ha ejercido el recurso de nulidad.

De hecho, la Ley Modelo asumió, con respecto al tratamiento de la ejecución de laudos arbitrales, una filosofía de neutralidad con respecto a la sede⁶, distinto al asumido por la Convención de Nueva York, que es aplicable solo a laudos arbitrales dictados en una jurisdicción distinta a la sede. La Nota Explicativa de la CNUDMI es clara al expresar este principio de tratamiento uniforme de todos los laudos, independientemente del país en que sean dictados⁷.

En el derecho comparado, la situación puede cambiar. Recordemos que la Ley

Modelo no es más que eso: un modelo que los Estados pueden adoptar total o parcialmente; pero no tiene, desde ningún punto de vista, el poder de *imperium*. Su principal objetivo, que ha cumplido en gran medida, es la de uniformar las legislaciones en materia de arbitraje internacional de manera de hacerlo más previsible para los usuarios con disputas transnacionales.

En Alemania, aunque es considerada una jurisdicción que adoptó la Ley Modelo, el doble control del laudo está expresamente excluido al preverse que no podrá rechazarse la petición de reconocimiento o ejecución si el deudor ha dejado fenecer el lapso para la interposición del recurso de nulidad sin ejercerlo. Otras jurisdicciones, que también han adoptado la Ley Modelo, han omitido los artículos 35 y 36, por lo que la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral será posible solo si la Convención de Nueva York –u otra de las que tratan el tema– es aplicable al caso⁸.

⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional» (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

⁵ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Tercera Edición (Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2021), 3678.

⁶ Corey Whiting, Constantin Klein, *Singapore Court of Appeal Clarifies Right to Challenge Tribunal's Decision on Jurisdiction at the Enforcement Stage*, 4,6 Arb. Q. - Debevoise & Plimpton LLP, (2013) 5, 7, citados por Aakanksha Kumar y Kruthika Prakash, «Giving the Award Debtor a “Choice of Remedies” in Domestic International Arbitrations: Should India Go the Singapore Way?», 2022, 8.

⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI», 39.

⁸ Born hace referencia a la legislación de Singapur como ejemplo de las jurisdicciones que aun cuando han adoptado la Ley Modelo, omitieron los artículos 35 y 36 en sus leyes nacionales de arbitraje. No obstante, el autor hace referencia a una interpretación de la Corte de Apelaciones de ese país según la cual, la omisión de haber adoptado los artículos 35 y 36 no se puede interpretar como que se aparta del trato uniforme a los laudos dictados en la misma jurisdicción, permitiendo que los tribunales de Singapur puedan negar el reconocimiento a un laudo dictado en ese país bajo las mismas causales que las previstas para los laudos

En los Estados Unidos de América la jurisprudencia se mantiene dividida entre los tribunales que interpretan que si ha transcurrido el lapso para el ejercicio del recurso de nulidad sin que se haya ejercido, el deudor no tiene derecho a oponerse al reconocimiento o ejecución del laudo mientras otros han llegado a la conclusión contraria⁹. Sin embargo, la primera de estas interpretaciones dejaría al deudor del laudo sin defensa alguna en caso de no haber ejercido el recurso de nulidad, lo que haría que el acreedor del laudo tuviera una ventaja con solo esperar el transcurso del lapso¹⁰.

A. La situación en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana

Nuestra LAC, inspirada en la Ley Modelo, adoptó el principio de neutralidad de la sede en lo referente al reconocimiento o ejecución del laudo al establecer que el laudo arbitral será reconocido “cualquiera que sea el país en

el que haya sido dictado”¹¹, frase tomada del artículo 36 de la Ley Modelo¹². Esto hace más que evidente que el doble control del laudo es posible en Venezuela sobre cualquier laudo, independientemente de que se trate de un laudo extranjero o un laudo dictado en el país, de un arbitraje nacional o uno internacional. Sin embargo, nuestra doctrina tiene posiciones que difieren en algunos aspectos sobre esta posibilidad, aunque ninguno de los autores consultados niega la posibilidad del doble control del lado de manera absoluta.

Barnola, por su parte, señala con meridiana claridad y sobre una interpretación literal de la frase “cualquiera que sea el país en el cual haya sido dictado”, que la LAC regula el reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales tanto nacionales como internacionales, sin perjuicio de los tratados internacionales aplicables¹³.

extranjeros. Ver Born, *International Commercial Arbitration*, 3679. La India ha asumido una posición similar a la de Singapur con respecto interpretación de dichas disposiciones. Ver Kumar y Prakash, «Giving the Award Debtor a “Choice of Remedies” in Domestic International Arbitrations: Should India Go the Singapore Way?», 10.

⁹ Born, *International Commercial Arbitration*, 3680-81.

¹⁰ Born, 3681.

¹¹ Venezuela, Ley de Arbitraje Comercial. “Artículo 48. El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por este sin requerir exequátur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

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

¹² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI». “Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado...”

¹³ José Pedro Barnola Quintero, «Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Comercial», en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas.*, ed. Irene Valera, Eventos 18 (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 195.

Esta postura es compartida por Torrealba Ledezma¹⁴ y puede entenderse que también por Díaz-Candia, que al señalar la imposibilidad de tener una certeza absoluta sobre la firmeza del laudo por no tener conocimiento sobre el ejercicio de un recurso de nulidad, aun requiriendo la información del centro de arbitraje correspondiente, “...no es legalmente indispensable visto que la parte interesada siempre podrá oponerse a la ejecución por vía de excepción”¹⁵.

Compartimos este enfoque agregando que no es posible establecer interpretaciones alejadas a la intención del legislador, mucho menos cuando la intención está claramente expresada en el texto legal. En este caso, ninguna de las disposiciones que regulan la materia puede ser interpretada como excluyente de la posibilidad de oponerse al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral cuando haya sido dictado en Venezuela e independientemente de si se ha ejercido o no el recurso de nulidad.

III. La interacción del recurso de nulidad y la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral en Venezuela

A. *El reconocimiento del laudo arbitral como requisito previo a su ejecución*

Barnola aportó dos interpretaciones relevantes a los efectos del tema que nos ocupa. En primer lugar, la neutralidad de la sede según el texto del artículo 48 y, en consecuencia, la necesidad de que los laudos arbitrales, cualquiera que sea el país en el que hayan sido dictados, deban ser reconocidos por el Estado venezolano para poder ser ejecutados¹⁶. La lúcida explicación de Barnola al respecto es que los árbitros “...no son jueces de jurisdicción ordinaria, sino de una especial, y, hasta ese momento – *en que el juez de ejecución determina que el laudo no se encuentra afectado por alguna de las causales del artículo 49* -, como veremos, a los efectos de la ejecución no hay propiamente laudo arbitral pasible de ejecución...”¹⁷.

El autor resalta el carácter de orden público del artículo 49 de la LAC, lo que implica que el tribunal de ejecución debe revisar de oficio que el laudo arbitral no incurra en ninguna de las causales

¹⁴ Henry Torrealba Ledezma, «El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral», en *El Arbitraje en Venezuela: Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, ed. Luis Alfredo Araque Benzo et al. (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español del Arbitraje, 2013), 474.

¹⁵ Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, 3ra edición ampliada (Caracas, 2016), 243.

¹⁶ Barnola Quintero, «Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Comercial», 196-98.

¹⁷ Barnola Quintero, 197.

que acarrear la denegación del reconocimiento¹⁸.

Coincidimos en la naturaleza de orden público del artículo 49 en cuanto a que dicha norma no puede ser relajada por convenio entre las partes, sin embargo diferimos del respetado autor en cuanto a las consecuencias de tal naturaleza, pues el propio artículo 49 es claro en que, tal como sucede con las de nulidad del laudo¹⁹, la mayoría de las causales deben ser demostradas por la parte contra la que se invoca el laudo, a excepción de la prevista en el literal f, que sí debe ser revisada *ex officio*.

Al respecto, Torrealba Ledezma señala que "...el juez no puede ser ajeno a un somero, expedito y prudente examen del laudo que se le solicita ejecutar" y coloca como ejemplo de tal necesidad el supuesto en el que se solicite la ejecución de un laudo "...proveniente de un arbitraje comercial en el que se declare la validez y se ordene el cumplimiento de un contrato que sea manifiestamente violatorio del orden público"²⁰.

Una vez que el tribunal que conozca de la ejecución haya determinado que el laudo no incurre en las causales de denegación de su reconocimiento es cuando debe iniciarse el procedimiento correspondiente a su ejecución, pues es entonces cuando el laudo arbitral es reconocido por el Estado para tal fin.

B. Dos nociones relevantes: Cosa juzgada y prejudicialidad

Al comentar la interacción entre los medios de control del laudo más adelante, veremos que las nociones de cosa juzgada y prejudicialidad parecieran tener un papel relevante, pues, aunque la pretensión en cada uno es distinta, las causales para declarar la nulidad o negar su reconocimiento o ejecución son esencialmente las mismas, con la excepción del literal g) del artículo 49, que no está prevista como causal de nulidad en el artículo 44.

En este contexto, al plantearse la posibilidad de procedimientos simultáneos o incluso consecutivos de nulidad y reconocimiento o ejecución, definir el alcance de estas nociones resulta fundamental. Sin que el orden implique algún tipo de jerarquía entre una y otra a los efectos de este trabajo, examinaremos en primer lugar la definición de "cosa juzgada", para luego referirnos a la "prejudicialidad".

1. Cosa juzgada

Para Rengel-Romberg, la cosa juzgada excluye cualquier impugnación de la sentencia (cosa juzgada formal) y perpetúa el resultado final del proceso, haciéndolo inmodificable en todo proceso futuro (cosa juzgada material), reguladas en los artículos 272 y 273 del

¹⁸ Barnola Quintero, 197-98.

¹⁹ Torrealba R., «La Impugnación Del Laudo Arbitral», 917.

²⁰ Torrealba Ledezma, «El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral», 495.

Código de Procedimiento Civil²¹. La cosa juzgada es, siguiendo a Badell, una cualidad del acto “sentencia”²².

Para este trabajo, lo relevante se encuentra en los límites de la cosa juzgada. Es decir, cuándo puede alegarse para impedir que el mismo asunto sea decidido en un nuevo proceso. Así, el numeral 3 del artículo 1.395 del Código Civil establece:

“La presunción legal es la que una disposición especial de la Ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos.

Tales son:...

3º La autoridad que da la Ley a la cosa juzgada.

La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior.”

Estos límites fijados por la citada norma se refieren a la eficacia de la sentencia cuando ha alcanzado autoridad de cosa juzgada²³, y han sido clasificados como límites objetivos y subjetivos. Rengel-Romberg indica que en dicha norma se da la aplicación de la doctrina de tres

identidades: (i) identidad de personas (*eadem personae*), (ii) identidad de cosa (*eadem res*) e (iii) identidad de causa (*eadem causa*) y que son estos, en su conjunto, los que determinan los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada²⁴.

La identidad de personas tiene que ver con su identidad física, pero también con el carácter con el que actúan. La cosa juzgada puede tener efectos sobre terceros cuando estos están subordinados a alguna de las partes de la causa decidida²⁵. La identidad de objeto se identifica con el interés jurídico que se ha hecho valer, en otras palabras, el derecho que se reclama²⁶. Por último, la identidad de causa o título de la pretensión que es la razón o fundamento de la pretensión deducida en juicio, es el fundamento de la pretensión, su causa jurídica²⁷. Solo en caso de encontrarnos, de forma concurrente, ante estas tres identidades, es posible invocar la cosa juzgada.

2. Prejudicialidad

Nuestra jurisprudencia ha entendido por prejudicialidad se entiende “...toda cuestión que requiere o exige resolución anterior y previa a la sentencia de lo prin-

²¹ Aristides Rengel Romberg, *Tratado de derecho procesal civil venezolano: (según el nuevo código de 1987)* (Caracas: Ed. Arte, 1994), 464-65.

²² Alvaro Badell Madrid, *La sentencia civil: tendencias jurisprudenciales*, Serie Estudios 118 (Caracas, Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019), 265.

²³ Badell Madrid, 265.

²⁴ Rengel Romberg, *Tratado de derecho procesal civil venezolano*, 475.

²⁵ Rengel Romberg, 486.

²⁶ Rengel Romberg, 476.

²⁷ Rengel Romberg, 478.

cipal por estar o hallarse esta subordinada a aquella”²⁸. Según Badell, la prejudicialidad requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- “1. Que se trate de dos procesos judiciales distintos y que no se puedan acumular, sin importar en qué tribunales, estado o frado se encuentren...”
2. Que el juicio cuya prejudicialidad incide ... y que se pretende suspender, no se haya dictado sentencia definitivamente firme;
3. Que exista vinculación directa entre la resolución judicial que habrá de recaer en el otro proceso, frente a la pretensión esgrimida en el que ha sido promovida la cuestión previa.”²⁹

Para que se pueda invocar la prejudicialidad, es necesario que haya una relación entre dos procesos tan estrecha y directa, que la resolución de un proceso pueda afectar la del otro.

C. Los supuestos de interacción entre el recurso de nulidad y la solicitud de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral

La prácticamente total identidad de las causales de nulidad con las de denegación de la ejecución del laudo hacen que tanto la prejudicialidad como la cosa juz-

gada sean elementos que, si bien pudieran existir en la interacción entre uno y otro procedimiento, no necesariamente podrán ser argumentadas.

Lo anterior podemos expresarlo tomando en cuenta que tanto la cosa juzgada como la prejudicialidad se encuentran previstas en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil como cuestiones previas a ser opuestas en el procedimiento en primera instancia, por lo que no pareciera correcto poder esgrimir las durante el procedimiento de ejecución del laudo con respecto a la existencia de un recurso de nulidad o viceversa.

Sin embargo, debemos recordar que el procedimiento de ejecución de sentencias previsto en el Código de Procedimiento Civil fue diseñado para sentencias y laudos arbitrales dictados conforme al procedimiento especial de arbitramento, que tiene diferencias fundamentales con el arbitraje comercial diseñado en la LAC.

No obstante, vale la pena resaltar (i) el paralelismo que existe en cuanto al efecto no suspensivo del laudo del recurso de nulidad tanto en la LAC como en el arbitramento, pues en este último,

²⁸ Sala Político-Administrativa, Corte Suprema de Justicia, caso: Banco Provincial, S.A. vs. Banco Central de Venezuela, 21 de noviembre de 1996. Citada por Alvaro Badell Madrid, «Las cuestiones previas. Visión jurisprudencial.», *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* 6 (2005): 190. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/6/deryso_2005_6_137-206.pdf. Adoptada por la Sala de Casación Social, Tribunal Supremo de Justicia, caso: Betty Ayda Avilez Huamani vs. C.A. Centro Médico de Caracas, Nro. 624, 21 de mayo de 2014, disponible en <http://historico-ts.jgb.gov.ve/decisiones/scs/mayo/164469-0624-21514-2014-13-091.HTML>.

²⁹ Badell Madrid, 190.

el recurso de nulidad tampoco interferirá contra la ejecución del laudo arbitral³⁰, y (ii) que en materia de arbitramento no hay posibilidad de oponerse a la ejecución del laudo (que, al ser publicado por un tribunal ordinario, no requiere de reconocimiento).

Por esta razón, en materia de arbitraje regulado por la LAC, el procedimiento de ejecución de sentencias debe ser adaptado mediante interpretación progresiva que incluya una oportunidad para que la parte contra la que se invoca el laudo pueda ejercer su derecho a oponerse al reconocimiento o ejecución³¹.

En las siguientes líneas analizaremos algunos escenarios en los que la interacción entre uno y otro procedimiento (nulidad y reconocimiento o ejecución) pueden generar situaciones jurídicamente complejas.

1. Oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral cuando no se ha ejercido el recurso de nulidad

Al comentar la Ley Modelo, Araque indica que solo parece posible solicitar la negativa de ejecución si, de acuerdo con la legislación local, aun es posible solicitar la nulidad por no haber transcurrido

los plazos a los cuales se condiciona la existencia de la acción de nulidad³².

La misma posición la asume Born, quien afirma que permitir la oposición a la ejecución del laudo cuando no se ha ejercido el recurso de nulidad es un tema de interpretación de la legislación de cada Estado, pero aboga por negar tal posibilidad³³. Sin embargo, ninguno de los autores mencionados se fundamenta en alguna disposición legal expresa o en algún principio que pudiera ser aplicado para llegar a tal conclusión.

Al igual que la Ley Modelo, la LAC no contiene ninguna prohibición para que el deudor del laudo pueda oponerse a su ejecución aun cuando no haya ejercido el recurso de nulidad. En nuestra opinión, en apego a la interpretación literal de los artículos 43, 44 y 49 de la LAC, no cabe la posibilidad de limitar la posibilidad de oponerse al reconocimiento o ejecución de un laudo que no ha sido objeto del recurso de nulidad, pues se estaría violando del derecho a la defensa de la parte contra la que se invoca el laudo.

Además, y en línea con lo expuesto en la nota explicativa de la CNUDMI, citada arriba, tal circunstancia daría ventaja a la parte que pretende ejecutar el laudo,

³⁰ Pedro J. Mantellini González, «El arbitramento y el arbitraje comercial», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 105-106 (1986): 187-88, http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1986/BolACPS_1986_42_105_106_173-193.pdf.

³¹ Torrealba Ledezma, «El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral», 491.

³² Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del arbitraje comercial*, Doctrina 1 (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana : Colección jurídica Araque Reyna, 2011), 151.

³³ Born, *International Commercial Arbitration*, 3681-82.

justamente como consecuencia de un impedimento a la otra parte para ejercer su derecho a la defensa.

En este escenario, en nuestra opinión, la parte contra la que se invoca el laudo tiene pleno derecho de oponerse con base en las causales previstas en el artículo 49 de la LAC aun cuando no haya ejercido el correspondiente recurso de nulidad. Esto sobre la base del principio de neutralidad de la sede, adoptado por nuestro legislador inspirado en la Ley Modelo.

2. Oposición al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral cuando se ha ejercido el recurso de nulidad

Cuando se ha ejercido el recurso de nulidad las consecuencias sobre la oposición al reconocimiento o ejecución variarán dependiendo de si se ha decretado la medida cautelar de suspensión de efectos del laudo arbitral o no.

El artículo 43 de la LAC es claro al señalar que “La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución del laudo”. Lo anterior pone en evidencia que para que el laudo arbitral pueda ser suspendido, se requiere de una medida cautelar decretada por el tribunal que conozca del recurso de nulidad a solicitud de la parte recurrente y la exigencia de la caución prevista en el artículo 43 de la LAC³⁴.

En ausencia de esta medida cautelar de suspensión de efectos del laudo, la ejecución del laudo puede ser decretada si no se encuentra incurso en alguna de las causales de denegación de reconocimiento. Sin embargo, en el supuesto de que el tribunal declare con lugar la oposición al reconocimiento o ejecución, compartimos la opinión de Barnola en cuanto a que esa sentencia puede ser objeto de apelación e incluso de casación, sin perjuicio de que la parte que pretende la ejecución pueda otorgar una caución o garantía para proceder a ejecutar mientras se resuelven los recursos que haya interpuesto³⁵.

Por el contrario, cuando se ha decretado la medida cautelar de suspensión de efectos, la oposición a la solicitud de reconocimiento o ejecución debe prosperar conforme a la causal e) del artículo 49 de la LAC que prevé la posibilidad de denegar la solicitud “Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral”.

La norma prevé tres supuestos: (i) el laudo no es aun vinculante para las partes, (ii) ha sido anulado, o (iii) ha sido suspendido por una autoridad competente.

³⁴ Torrealba R., «La Impugnación Del Laudo Arbitral», 910-11.

³⁵ Barnola Quintero, «Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Comercial», 208.

Para el análisis del presente escenario solo es pertinente comentar el primer supuesto, que el laudo no es aun vinculante para las partes. A tal fin, es necesario determinar cuándo se está en presencia de un laudo vinculante.

El artículo 32 de la LAC, aplicable a los arbitrajes *ad hoc*, prevé que “El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal arbitral de oficio o a solicitud presentada por una de las partes, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del mismo”. Consideremos que este lapso corre paralelamente al de cinco (5) días hábiles del tribunal competente (días de despacho), previsto en el artículo 43 para el ejercicio del recurso de nulidad.

El laudo, por lo tanto, no está firme (porque puede ser objeto de aclaratorias, correcciones, complementos y recurso de nulidad) hasta que transcurran íntegramente los lapsos previstos en el artículo 32 y 43 sin que se hayan ejercido los recursos en ellos previstos.

Pero las normas que determinan si el laudo es vinculante y cuándo es vinculante son las previstas en las reglas pactadas por las partes y las disposicio-

nes legales que sean aplicables. Cuando el artículo 43 señala que el recurso de nulidad no suspende los efectos del laudo, implica que el laudo es vinculante para las partes aun cuando se ejerza el recurso de nulidad.

Sin embargo, el artículo 46 indica que se considerará obligatorio el laudo cuando se declare sin lugar el recurso³⁶, lo que solo genera una confusión que, en nuestra opinión, puede aclararse asumiendo que la intención del legislador era indicar que, en caso de haber suspendido los efectos del laudo, dicha medida cautelar decaería al declararse sin lugar el recurso, por lo que era totalmente innecesaria esta mención³⁷.

En cuanto a los arbitrajes institucionales bajo las reglas de las principales instituciones arbitrales venezolanas, el artículo 75 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (Reglamento CACC) establece claramente que es una vez vencido el lapso para la aclaratoria, corrección o complementación que el laudo se considerará definitivo e inapelable y que las partes se obligan a cumplir sin demora, dejando claro el momento en que se convierte en un laudo vinculante para las partes³⁸.

³⁶ Ley de Arbitraje Comercial. Artículo 46. Cuando ninguna de lascausales invocadas prospere, se declarará sin lugar el recurso, se con-denará en costas al recurrente y el laudo se considerará de obligatorio cumplimiento para las partes.

³⁷ Torrealba R., «La Impugnación Del Laudo Arbitral», 915.

³⁸ Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, «Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. (Con modificaciones del 9 de noviembre de 2016)» (2013), <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>.

Artículo 75. Carácter Definitivo del Laudo. Vencido el lapso de quince (15) días hábiles sin que el Tribunal Arbitral de oficio aclare, corrija o complemente el Laudo o una vez resuelta la solicitud planteada por las

El Reglamento de Arbitraje y Conciliación del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Reglamento CEDCA) no es tan claro en su artículo 41.2 que señala que el laudo se considerará como definitivo y será de obligatorio cumplimiento una vez que se haya vencido el plazo para observaciones con ocasión a la presentación previa del laudo, sin que las partes hayan hecho uso de tal lapso³⁹. No hay una norma en el Reglamento CEDCA que señale la oportunidad en la que pueda considerarse el laudo como definitivo y obligatorio para las partes cuando se hayan formulado las solicitudes de corrección, interpretación o laudo adicional previstas en el artículo 43 *eiusdem*, aun cuando el tribunal puede incluso corregir el laudo de oficio en un lapso de diez días siguientes a la fecha del laudo. Esta situación, se repite en la norma correspondiente del

Procedimiento Expedito previsto en el Reglamento CEDCA⁴⁰.

Siendo que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes y que estas adoptan el reglamento en su acuerdo de arbitraje, la interpretación que debe darse a esta norma del Reglamento CEDCA, en nuestra opinión, es que el laudo es definitivo y vinculante (i) cuando haya vencido el lapso sin que las partes, ni el Director Ejecutivo del CEDCA hayan realizado observaciones en la presentación previa del laudo; y (ii) cuando sea publicado⁴¹ y notificado el laudo que haya resuelto sobre las observaciones presentadas por las partes o el Director Ejecutivo.

Con su redacción actual, una interpretación literal podría llevar a concluir que el acuerdo de las partes reflejado en el Reglamento CEDCA, es que el ejercicio de las solicitudes de corrección, interpretación o laudo adicional o el ejercicio de

partes conforme al artículo anterior, se considerará que el Laudo Arbitral es definitivo e inapelable conforme a las normas de este Reglamento El sometimiento de las partes al arbitraje, implica que las partes se comprometen a ejecutar sin demora alguna el Laudo que se haya dictado y renuncian a cualesquiera recursos salvo lo previsto en la Ley de Arbitraje.

³⁹Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, «Reglamento de Conciliación y Arbitraje» (2020), <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>. Artículo 41.2. Vencido el plazo a que se refiere el numeral anterior sin que las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA hubieren hecho observaciones, el Laudo se considerará como definitivo y será de obligatorio cumplimiento.

⁴⁰Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Artículo 51.2. Vencido el plazo a que se refiere el numeral anterior sin que las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA hubieren hecho observaciones, el Laudo se considerará definitivo y será de obligatorio cumplimiento. En caso que las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA hubieren hecho observaciones, el Tribunal Arbitral, en el plazo que notificará a las partes, hará las aclaratorias, ampliaciones o correcciones que juzgue convenientes, las cuales serán notificadas y depositadas conforme al artículo 42.2 de este Reglamento.

⁴¹ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. 41.3. Si las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA hubieren hecho observaciones con motivo de la presentación previa, y si el Tribunal Arbitral las considera procedentes, éste publicará un Laudo definitivo con las aclaratorias, ampliaciones o correcciones que juzgue convenientes, dentro de un plazo que no excederá de los cinco (5) días hábiles a partir de la audiencia a que se refiere el artículo 41.1 de este Reglamento.

facultades de corrección de oficio por parte del tribunal, previstas en su artículo 43, no afectan el carácter definitivo y vinculante del laudo, por lo que la parte interesada podría iniciar la solicitud de ejecución y reconocimiento de un laudo CEDCA sin necesidad de esperar por los pronunciamientos adicionales.

No obstante, en vista que la respuesta a dichas solicitudes o el ejercicio de facultades de corrección de oficio por parte del tribunal, pueden hacer variar la decisión final del tribunal arbitral, lo prudente es esperar el pronunciamiento correspondiente para evitar dilaciones en el procedimiento de reconocimiento o ejecución del laudo. Es un punto que consideramos pertinente aclarar en una futura reforma del Reglamento CEDCA.

3. Oposición al laudo arbitral cuando se ha dictado sentencia sobre el recurso de nulidad

Un recurso de nulidad declarado con lugar por un tribunal competente hace que el laudo arbitral no pueda ser reconocido ni ejecutado conforme a la causal e) del artículo 49 de la LAC.

Por otra parte, cuando se ha ejercido el recurso de nulidad, la sentencia que lo deseche total o parcialmente tiene un impacto directo en cuando a la indubitable condición de validez del laudo arbitral o la porción que no haya sido anulada. La interrogante que surge es si esa sentencia que desecha el recurso de nulidad tiene autoridad de cosa juzgada que pueda hacerse valer en una eventual

oposición al reconocimiento o ejecución del laudo en cuanto a las causales que fueron alegadas.

Al volver sobre las condiciones que deben cumplirse para hacer valer la cosa juzgada –la triple identidad de personas, cosa y causa— consideramos que no se cumpliría con la identidad en la causa, pues en un procedimiento el fundamento de la acción es la nulidad del laudo en base a las causales del artículo 44 de la LAC, mientras que en el otro se trata de una oposición que es una defensa en contra de su reconocimiento o ejecución *ex* artículo 49 *eiusdem*.

Sin embargo, lo cierto es que, si la sentencia ha desechado los argumentos de un recurso de nulidad, el laudo queda firme por cuanto no hay posibilidad de presentar un nuevo recurso de nulidad (recordemos que el lapso para interponerlo es un lapso de caducidad).

El juez de la ejecución debe tener en cuenta los argumentos sobre los que se fundamentó el recurso de nulidad y las causales invocadas y debe desechar cualquier oposición que tenga el mismo fundamento de hecho y de derecho que ya ha sido decidido por el juez de nulidad luego de sustanciar un procedimiento adecuado para determinar si el laudo se encuentra o no incurso en alguna causal de nulidad. En tal sentido, consideramos que, en este supuesto, el tribunal de ejecución no debe revisar si el laudo incurrió en las mismas causales que fueron resueltas por la sentencia recaída sobre el recurso de nulidad, pero nada

impide que pueda ejercerse la oposición con base a causales distintas o sobre hechos distintos sobrevenidos o que hayan sido conocidos con posterioridad.

Para ilustrar este punto –y salvando la distancia por las obvias diferencias que existen en cuanto a la naturaleza de los actos administrativos y los laudos arbitrales– existe una coincidencia en cuanto al origen extrajudicial de ambos que permite recurrir a una analogía⁴².

Al igual que sucede en el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, la acción de nulidad contra un acto administrativo no suspende su ejecución, para lo que se requiere de una medida de suspensión de efectos. Para que estemos ante un acto administrativo definitivamente firme, es necesario que el mismo no pueda ser susceptible de impugnación, ni en sede administrativa ni en sede judicial⁴³.

No obstante, aun cuando el acto no sea definitivamente firme porque no hayan transcurrido los lapsos para impugnarlo o porque transcurridos, el mismo ha sido impugnado, este no pierde su ejecutividad a menos que, como hemos mencionado antes, se decreta una medida cautelar de suspensión de efectos.

En términos similares puede afirmarse que el laudo es vinculante en la oportunidad que indique las reglas aplicables por acuerdo entre las partes o la ley, como ya hemos visto antes. Por lo tanto, el laudo es susceptible de ejecución aun cuando pueda decirse que no es un laudo definitivamente firme por no haber transcurrido el lapso para su impugnación o por haber sido objeto de un recurso de nulidad, a menos que sea decretada la medida de suspensión de efectos prevista en el artículo 43 de la LAC⁴⁴.

Lo anterior pone de relieve que la sentencia que deseche la nulidad es la que dará un carácter definitivamente firme al laudo arbitral. Esto implica que el tribunal de ejecución debe rechazar cualquier oposición que se fundamente en las causales que hayan sido conocidas por el tribunal que haya conocido de la nulidad, pues en el caso de una sentencia que haya desestimado la impugnación del laudo, la validez del laudo queda determinada. Tomando en cuenta lo anterior, de decretarse la ejecución de un laudo que no está definitivamente firme, en línea con lo expresado por Barnola en el caso de la ejecución cuando aún estén pendientes los recursos contra

⁴² Sobre la naturaleza jurisdiccional del laudo y su diferencia con la sentencia judicial, ver Diana Droulers y José Gregorio Torrealba R., «Arbitraje y Constitución en Venezuela», *Revista ALARB. Asociación Latinoamericana de Arbitraje*, Arbitraje y Constitución, n.º 1 (2020): 382-84.

⁴³ Allan R Brewer-Carías, «Principios generales sobre la firmeza y revocación de los actos administrativos en el derecho administrativo venezolano», en *Visión actual del acto administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)* (Santo Domingo, República Dominicana: FINJUS, ADDA, 2012), 2, <http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/principios-generales-sobre-la-firmeza-y-revocacion-de-los-actos-administrativos-en-el-derecho-administrativo-venezolano/>.

⁴⁴ En el mismo sentido, ver Torrealba Ledezma, «El reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral», 486.

la sentencia que resuelva la oposición, también en este supuesto el tribunal de ejecución debería exigir una caución a la parte que pretende la ejecución para garantizar los eventuales daños que pueda sufrir la parte ejecutada en caso de que posteriormente sea declarada la nulidad del laudo.

En otras jurisdicciones, los tribunales de ejecución han dado al tema el trato que se debe dar cuando existe prejudicialidad, decidiendo aplazar la decisión sobre la oposición hasta tanto el tribunal que conozca la nulidad se haya pronunciado⁴⁵.

i. ¿Existe la posibilidad de laudos zombis en Venezuela?

Un comentario aparte requiere la condición establecida en el texto de la causal e) en cuanto a que el laudo sea anulado o suspendido “por una autoridad competente”. Esta condición no debe pasar desapercibida porque cuando la nulidad o la suspensión ha sido decretada por un tribunal que no es competente, el tribunal de ejecución debe hacer uso de la potestad que le otorga la para proceder a su ejecución.

Pongamos el ejemplo de un hipotético laudo arbitral con sede en Caracas pero

que es impugnado ante un tribunal superior de otra circunscripción judicial venezolana y que declara la nulidad del laudo. Conforme al artículo 43 de la LAC, el único tribunal competente para conocer de esa impugnación sería un tribunal superior con competencia territorial sobre Caracas, donde fue dictado el laudo. En este caso, el tribunal de ejecución tiene la obligación de desechar la oposición fundamentada en la causal e) del artículo 49 porque ese tribunal no es una autoridad competente para anular el laudo, lo que da lugar a una versión doméstica –*mutatis mutandi*– de laudo “zombi” (que aún anulado, puede ser ejecutado), término acuñado en el arbitraje internacional para identificar los laudos que aun cuando han sido anulados en su sede, han sido ejecutados en otras jurisdicciones⁴⁶.

El tratamiento de la suspensión del laudo por un tribunal que no sea el competente para conocer de la nulidad puede tener otras variables, pues la suspensión es una medida cautelar y puede darse el caso en el que esa medida sea dictada por un tribunal que no sea el que conozca de la nulidad bajo la modalidad de las medidas innominadas, para lo que sí puede ser un tribunal competente.

⁴⁵ Corte de Distrito de Ohio, Estados Unidos de América, caso: *Fertilizer Corporation of India v IDI Management Inc., 1981*, citada por Horacio Andaluz Vegacenteno, «La defensa frente al reconocimiento de laudos extranjeros según la Convención de Nueva York: Una condición implícita para su ejercicio y exégesis de su Artículo V», *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 24 (2015): 138.

⁴⁶ Sobre los laudos “zombis” ver Ramón Escovar León, *XII Encuentro AVEDA «La ejecución de los laudos en el extranjero, anulados en la sede»* (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, 2021), <https://www.youtube.com/watch?v=uOQ0-VJpK0c>. Ver también Javier Díez Hochleitner y Iván Heredia Cervantes, «Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el Estado de origen», *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 13 (2012).

4. La sentencia que niegue al reconocimiento del laudo arbitral y sus efectos

Arriba disertamos sobre los efectos que pudiera tener una sentencia recaída en un recurso de nulidad sobre el procedimiento para el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral doméstico. Pero qué pasaría si la sentencia que resuelva la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo es dictada antes que la sentencia que resuelva la nulidad. Como sucede en el caso inverso, la autoridad de cosa juzgada que tiene la sentencia que resuelve la oposición, no puede ser opuesta en el proceso de nulidad por cuanto no reúne los extremos necesarios – la triple identidad de personas, cosa, causa – pues no hay identidad en el fundamento legal. Es decir, el tribunal de ejecución puede decidir solo si el laudo puede ser reconocido y ejecutado en caso de no incurrir en alguna de las causales de denegación, pero su pronunciamiento no es vinculante para el tribunal que conoce del recurso de nulidad ni siquiera cuando la oposición al reconocimiento o ejecución haya sido fundamentada en la misma causal que haya sido alegada en el recurso de nulidad.

Consideramos que una sentencia que deseche el recurso de nulidad con posterioridad a otra que haya declarado con lugar la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo, hace posible que una nueva solicitud de ejecución del mismo laudo pueda ser distinguida de la

anterior, pues al existir la nueva sentencia y contar el laudo con firmeza, no existe identidad de objeto o cosa y por lo tanto, no puede oponerse la cosa juzgada.

IV. Conclusión

Como hemos podido observar, lo primero que podemos concluir luego de haber analizado la normativa aplicable y sus antecedentes a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, es que el doble control del laudo es posible en arbitrajes que tengan sede en Venezuela, pues nuestra LAC adoptó el principio de neutralidad de la sede a los efectos de la ejecución y no hay una norma que excluya la posibilidad de doble control directa o indirectamente.

Por otra parte, se ha puesto de relieve la naturaleza extrajudicial del laudo y las implicaciones que ello tiene sobre su ejecutividad, requiriendo, en opinión de autores más autorizados, el reconocimiento del laudo aun cuando haya sido dictado en Venezuela como condición necesaria para su ejecución. Adicionalmente, luego de analizar las nociones de cosa juzgada y prejudicialidad y los diferentes supuestos de interacción de los medios de control del laudo en Venezuela, hemos podido determinar que no puede invocarse la cosa juzgada de la sentencia que haya resuelto la petición de nulidad o la de denegación de reconocimiento o ejecución para condicionar el resultado del proceso que se encuentre pendiente, pues no se llenan los extremos necesarios. Por el contrario,

llegamos a la conclusión de que la sentencia de nulidad tendrá prevalencia sobre el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo.

Pero también hemos podido observar que, a falta de una medida de suspensión de efectos del laudo, el tribunal de ejecución puede también ejecutar el laudo aun cuando no se encuentre definitivamente firme por haber sido impugnado. Lo importante en este escenario es garantizar los derechos de la parte contra la que se invoca el laudo mediante la exigencia de una caución al acreedor del laudo, con la finalidad de que los daños que puedan ocasionarse por la ejecución puedan ser adecuadamente resarcidos en caso de que el laudo sea anulado con posterioridad.

Finalmente, el rechazo al reconocimiento o ejecución del laudo no tiene efectos sobre el recurso de nulidad y muy por el contrario, como hemos mencionado arriba, el hecho de contar con una sentencia que deseche el recurso de nulidad permite la posibilidad de solicitar nuevamente la ejecución del laudo, pues esta circunstancia es de una relevancia suficiente como para distinguir esta nueva solicitud de la que haya sido rechazada, sin posibilidad de oponer la autoridad de cosa juzgada de la sentencia anterior por no cumplir con la identidad de objeto o cosa.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con el Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. 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). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.