

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

# Derecho y Sociedad

9 *Negociación, Mediación  
y Arbitraje*

Andrés A. Mezgravis

Aníbal Sabater

Daniel E. Vielleville

Jordy Enrique Moncada Cartaya

Irma Lovera De Sola

José Alberto Ramírez L.

Marcos R. Carrillo Perera

Mario Bariona Grassi

Milagros C. Betancourt

Pedro A. Rengel Núñez

Pedro Alberto Jedlicka

Pedro Saghy Cadenas

Victorino J. Tejera Pérez

Alirio Abreu Burelli

Noviembre

2010



# Negociación: Herramienta Básica para el Abogado del Siglo XXI

*Andrés A. Mezgravis<sup>1</sup>*  
*(Venezuela)*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Nociones conceptuales: 2.1. *La negociación es un medio no un fin*; 2.2. *Concepto de negociación*; 2.3. *Acuerdo óptimo*; 2.4. *Es una ciencia y también un arte*; 2.5. *Objetivos de la negociación*. III. **Tipos de negociación:** 3.1. *Negociación Distributiva: a) Estilo Duro; y b) Estilo Suave: i) Cordial o diplomático, y ii) Manipulador*. 3.2. *Negociación Integrativa: a) Separar el problema de las personas; b) Trueque de intereses, y c) Métodos y estilos de la negociación integrativa*. IV. **Estructura de las negociaciones:** 4.1. *Elemento subjetivo*; 4.2. *Elemento objetivo*; 4.3. *El medio*; y 4.4. *El resultado*. V. **La Primera negociación debe ser con el cliente:** 5.1. *Aspectos que se deben considerar*; 5.2. *¿Profesionales del derecho o simples mandatarios?* VI. **Las tácticas desleales:** 6.1. *Tipos: a) Tácticas de atrincheramiento; b) Tácticas de intimidación, y c) Tácticas engañosas*. 6.2. *¿Cómo reducirlas y neutralizarlas? a) Controlar nuestras reacciones impulsivas; b) Negociar primero el procedimiento antes que la sustancia, y c) Identificar la táctica y aplicarle el respectivo antidoto*. VII. **Conclusiones.**

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela en 1988. Cursó estudios de especialización en la Universidad Central de Venezuela, donde obtuvo el título de Especialista en Derecho Procesal. También completó el curso "Métodos del Proyecto de Negociación de Harvard", Cambridge, Massachusetts. Es Profesor de Postgrado y de Pregrado en Medios Alternativos de Solución de Conflictos (Negociación, Mediación y Arbitraje) en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela. Es autor de diversos artículos jurídicos y ha participado como ponente en diversos foros sobre arbitraje y mediación. Es socio de la firma Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque no estemos muy conscientes de ello, pasamos gran parte de nuestras vidas negociando. De una u otra forma, negociamos todos los días y casi a toda hora. Incluso, comenzamos a negociar antes de aprender a hablar. Desde muy temprano, los niños descubren el poder del llanto como herramienta de “negociación”. Negociamos continuamente, desde la adquisición o alquiler de los bienes materiales más esenciales (sueldo, vivienda, vehículo, vestido, calzado, etc.), hasta la película de cine que deseamos ver con nuestra pareja, o la hora en la que nuestros hijos deben acostarse.

Como abogados, muy frecuentemente nos corresponde negociar complejos asuntos en nombre y representación de nuestros clientes. Resulta asombroso que a pesar de la importancia de la negociación y su necesario uso diario, especialmente en el campo profesional de la abogacía, poca o ninguna instrucción hemos hasta ahora recibido los abogados al respecto.

No es nada extraño que la gran mayoría de abogados, que cotidianamente intentan lograr acuerdos para evitar o poner fin a un juicio, consideren que tienen amplia experiencia como negociadores. No obstante, hasta el año 2000, ninguna Facultad de Derecho venezolana incluía en sus programas de estudios esta materia. Es precisamente a partir de ese año que las Universidades venezolanas comienzan a incluirla, primero en sus postgrados, y más recientemente, en el año 2005, como materia obligatoria en pregrado.<sup>2</sup> De manera que, salvo una re-educación de las generaciones actuales, serán las futuras generaciones de abogados las que tendrán cierta formación académica en materia de negociación. Estas nuevas generaciones estarán preparadas para algo más que el combate legal, y pronto los clientes comenzarán a distinguir entre unos y otros abogados.

---

<sup>2</sup> Esta situación no es muy distinta en el ámbito mundial. Apenas a finales de la década de los 70 y comienzos de los años 80, la Universidad de Harvard, y muy especialmente el Profesor Roger Fisher junto a William Ury, y otros profesores de la Escuela de leyes de dicha Universidad, logran sistematizar un método de negociación según principios que pueden ser aplicados a cualquier tipo de negociación. Max H. Bazerman y Margaret A. Neale, señalan que a principios de los años 80, los cursos de negociación eran escasos, ahora, en cambio, se encuentran entre los que tienen más demanda en los Estados Unidos de América. Estos autores también explican las principales razones por las cuales, en su criterio, la negociación ha tenido tanto auge. Cfr. BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A.; *Negociación racional en un mundo irracional*, Piados Empresa 20, 1993, Primera Reimpresión 1997, p. 11 y ss.

Por el momento, en el campo profesional predomina la creencia de que las negociaciones son simples procesos de regateo en el que las partes involucradas deben hacer *recíprocas concesiones* para alcanzar un acuerdo, y el éxito de la negociación dependerá del menor número de concesiones realizadas en dicho proceso. Las tácticas que algunos abogados utilizan, están centradas, no en obtener el mejor acuerdo posible, sino en derrotar al contrario, procurando que el adversario haga el mayor número de concesiones. Para ello, y como ocurre en la guerra, poco importa que tan leales sean esas tácticas.<sup>3</sup>

La idea errónea de que para alcanzar un acuerdo ambas partes deben ceder,<sup>4</sup> pareciera que en Venezuela se inspira en cierta manera en el propio Código Civil que establece que “*la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”.<sup>5</sup> Y es que hasta resulta lógico para aquellos que ponen en práctica “el regateo” la idea de que no es posible llegar a un acuerdo sin que ambas partes realicen recíprocas concesiones. Pensar en la idea de que una de las partes puede alcanzar el 100% de sus pretensiones, sólo pareciera factible en el campo judicial, bajo la idea del “*convenimiento*”, es decir, que el demandado conviniere en todo cuanto se le exija en la demanda.<sup>6</sup> Bajo este razonamiento, resulta manifiestamente ilógico concluir que cada una de las partes puede satisfacer en un proceso de negociación el 100% de sus principales intereses. Esto, como veremos más adelante, no es más que una suposición incorrecta, un mito adquirido por la divulgación de ciertas prácticas empíricas carentes de todo valor científico.

Los abogados en general consideramos la negociación como parte de nuestro oficio, y recurrimos a ella casi a diario para evitarle a nuestros clientes los inconvenientes de un largo proceso judicial. Sin embargo, no es fácil hacerlo bien.<sup>7</sup> A nosotros los abogados se nos hace especialmente difícil la negociación cuando ya el cliente ha dejado a nuestra discreción el momento de iniciar el

<sup>3</sup> Para un análisis de las tácticas desleales utilizadas con mayor frecuencia véase *infra* Capítulo V.

<sup>4</sup> Aunque ambas partes desean que sea la otra la que realice las mayores concesiones.

<sup>5</sup> Art. 1713 del C. Civil Venezolano.

<sup>6</sup> Art. 363 del CPC.

<sup>7</sup> FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Grupo Editorial Norma, 2da. edición, Colombia 1994, p. xviii.

proceso judicial. Y es que en estos casos es muy grande la tentación de creer que negociar es brindarle la *última* oportunidad a la contraparte antes de “*darle su merecido*” en el proceso judicial. Menos oportunidades tiene la negociación si el abogado ha pactado con su cliente una cuantía significativa de honorarios profesionales por el manejo del litigio en comparación con los honorarios que percibiría en caso de un arreglo extrajudicial. Esta práctica, ignora paradójicamente, que el cliente podría estar más interesado en lo contrario.

Negociar eficazmente, incluso con el propio cliente, significa saber llegar al mejor acuerdo para todas las partes involucradas, no a cualquier acuerdo.<sup>8</sup>

## II. NOCIONES CONCEPTUALES

### 2.1. *La negociación es un medio no un fin*

Como antes indicamos, el éxito de una negociación no está necesariamente marcado por el hecho de que las partes alcancen un acuerdo. Es importante tener presente que la negociación no es un fin, sino un medio para alcanzar un fin determinado. De allí, que si a través de otro mecanismo o alternativa podemos satisfacer mejor nuestros intereses, entonces, no deberíamos aceptar cualquier acuerdo, sino sólo aquellos que resulten mejores que esa mejor alternativa. No tiene sentido alguno aceptar un acuerdo que sea peor a la mejor alternativa que se tiene fuera de la negociación. Los expertos en negociación determinan esa mejor alternativa, o Plan “B”, antes de que la negociación comience, mientras que los negociadores inexpertos lo hacen sólo cuando la negociación fracasa o está a punto de fracasar.<sup>9</sup>

### 2.2. *Concepto de negociación*

En un sentido restringido, la negociación puede ser definida como un proceso mediante el cual las partes, procuran alcanzar un acuerdo que satisfaga,

<sup>8</sup> Cfr. BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A., *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>9</sup> Se atribuye a los profesores FISHER y URY el concepto de “BATNA” (en inglés) o MAAN en español: “Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado”. La MAAN o Plan “B”, es la brújula que nos indica las fronteras de la negociación porque nos marca los límites en torno a cuándo estamos en presencia de un posible buen acuerdo que debemos aceptar y cuándo no. Asimismo, la MAAN es una fuente de poder, pues, en la medida que mejor sea nuestra alternativa en caso de que falle la negociación, mayores posibilidades tendremos de “educar” a nuestro adversario durante el proceso de negociación sobre las eventuales consecuencias que se darían para ambos en caso de no llegar a un acuerdo. Véase infra capítulo V.

en mejor medida, los resultados e intereses particulares deseados, en lugar de recurrir a otra alternativa menos atractiva y beneficiosa.

Una negociación será más o menos exitosa dependiendo de si el acuerdo alcanzado es o no el más óptimo para las partes.

### 2.3. Acuerdo óptimo

El economista italiano Wilfredo Pareto (1848-1923) definió la medida de un resultado *óptimo* como la situación alcanzada en la que a nadie le podría ir mejor, salvo que a alguien le vaya peor.<sup>10</sup> Alcanzar la solución más óptima, poco tiene que ver con el concepto de lo que es "jurídicamente justo". A diferencia de lo que ocurre en el campo judicial, el *quid* del asunto está en determinar, no quién tiene la razón o el mejor derecho, sino en lograr el mejor resultado en términos cuantitativos y cualitativos; el mejor trueque posible de intereses para ambas partes, en el que no haya pérdidas o desperdicios en las ventajas que cada una podría obtener al acordar la solución.

### 2.4. Es una ciencia y también un arte

La amplia base doctrinal que sistematiza actualmente las técnicas más efectivas empleadas por los negociadores más exitosos, permiten calificar la negociación como una ciencia. Sin embargo, también, como muchos señalan, es un arte.<sup>11</sup> Al igual que ocurre con la música o con la pintura, no basta estudiar la ciencia de la negociación para ser virtuoso en su ejecución. Tal y como sucede en el campo de las artes, podemos pasar años leyendo y analizando las obras de los grandes maestros de la negociación y memorizar incluso sus técnicas, pero en definitiva, es la destreza personal de saber llevar esos conocimientos a la práctica, y realizarla con constancia y naturalidad, lo que destacará a unos negociadores por encima de otros. Ciertamente a algunos les resultará más fácil y común determinar con precisión la selección, oportunidad e intensidad del uso de cada una de las herramientas sugeridas por los expertos. Y aunque a otros les resulte más difícil y no tengan un especial talento para emplear esas técnicas, resulta irrefutable que el estudio y la práctica constante, determinarán, en cualquier caso, mejores resultados. El mayor o menor uso de herramientas y la intensidad en el empleo de cada

<sup>10</sup> Extraído del material de clase del Workshop de Negociación, CMI International Group, Harvard University, Cambridge, Massachussets, 2000.

<sup>11</sup> RAIFFA Howard; *The Art and Science of Negotiation, how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Harvard University Press. Sixteenth printing, 2002.

una de ellas, es lo que genera ese “estilo personal”, tanto en el artista como en el negociador. No obstante, no es sino la continua y progresiva práctica la que en definitiva hace a los grandes maestros.

### 2.5. *Objetivos de la negociación*

Es común que las partes, y particularmente los abogados, aborden el proceso de negociación asumiendo posiciones y argumentos según los cuales la razón está de su lado y merecen más que la otra parte lo que reclaman. Se tiene la percepción de que lo que una gana lo hace a expensas de la otra. Por tanto, frecuentemente las partes en la negociación se preocupan más por derrotar, doblegar o engañar a su adversario que por satisfacer sus propios intereses. Y si una parte no se concentra en satisfacer sus propios intereses, menos aún lo hará respecto a los intereses de la otra parte. Se olvida que muchas veces es más fácil satisfacer nuestros intereses procurando que la otra parte también satisfaga los suyos. Esto es válido, incluso, en los casos en que se tiene plena seguridad de que se podría derrotar al adversario en un proceso contencioso. Aunque resulta obvio, se ignora que a menor resistencia mejores resultados. Vencer al adversario y satisfacer al máximo nuestros intereses, son dos conceptos completamente distintos. De manera que se puede derrotar al adversario y lograr una victoria pírrica. Se puede ganar una batalla y luego, por la gran cantidad de bajas, perder la guerra. Ahora bien, en toda lucha hay algún grado de resistencia, y ese mayor o menor grado de resistencia influirá en los resultados. Si tenemos por objetivo obtener la colaboración, y no la mayor resistencia de nuestro adversario, podremos alcanzar mejores resultados.

En realidad, el mayor enemigo en la negociación no es nuestro adversario, sino la errónea idea que se tiene respecto a que el objeto de la negociación no se puede agrandar sino tan solo dividir o repartir. Esa errónea idea coarta la búsqueda de soluciones creativas.

## III. TIPOS DE NEGOCIACIÓN

La manera en que asumimos la negociación, bien sea con base a los intereses que tienen las partes, o bien con base a posiciones predispuestas, nos ubica en alguno de siguientes tipos de negociación: 1) *Integrativo* o 2) *Distributivo*. Ahora bien, dentro de cada uno de estos dos tipos, existen a su vez diversos estilos y estrategias.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Esto podría explicar por qué no hay consenso en la clasificación de los tipos de negociación. Hay quienes señalan que los estilos cooperativo e integrativo no son iguales, aunque

### 3.1. Negociación distributiva

En la negociación distributiva, cada parte se concentra en una posición con la cual se intenta convencer al adversario de que realice mayores concesiones. Bajo este estilo existe la convicción de que si bien al final el acuerdo implicará recíprocas concesiones, una negociación exitosa supone que sea la otra parte la que haga el mayor número de concesiones significativas. Es por ello que generalmente se produce una situación de regateo. Cuando se regatea con base a las *posiciones*, los negociadores tienden a encerrarse dentro de éstas.<sup>13</sup>

En la negociación distributiva se tiene la idea de que “*o se obtiene lo que está en discusión o lo obtiene la otra parte*”. Es lo que se entiende por juego de “suma cero”, “todo o nada”, o también se representa bajo la idea del “pastel fijo a repartir”<sup>14</sup>. Sumar un millón de bolívares a una indemnización, significa Bs. 1.000.000,00, de ganancia para el reclamante y Bs. 1.000.000,00, más de pérdida para el reclamado. Se da por sentado que los beneficios o intereses de una de las partes están en contraposición directa con los de la otra parte. “*Lo que satisface a la otra parte es bueno para ella, pero malo para nosotros*”. “*Lo que yo gano la otra lo pierde, y lo que la otra parte gana yo lo pierdo*”. Por tanto, predomina la sensación de que se está en presencia de un proceso *competitivo*, cuyo objetivo es derrotar al contrario o forzarlo a aceptar el mayor número de nuestras pretensiones. El regateo, la confrontación y las tácticas desleales predominan en este tipo de negociación. Lo paradójico es que a pesar de que ambas partes lo saben, aún así se intenta engañar, atemorizar o incomodar al adversario. En fin, el éxito de este tipo

---

por ser ambos no-confrontativos tienen el mismo objetivo. Asimismo, se señala que la clasificación de los tipos de negociación que diferencia la “negociación distributiva” y la “negociación integrativa” no sería tampoco acertada, ya que en criterio de esta doctrina la “negociación distributiva” no sería un tipo de negociación independiente, pues la fase de distribución está siempre presente tanto en la gestión adversarial, como en la fase final de la propia negociación integrativa, luego de “agrandar la torta”. Cfr. CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA Roberto E.; *Negociación y Mediación*. Ad-Hoc, S.R.L.-Buenos Aires, 1997, p. 148.

<sup>13</sup> Cfr. FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Ob. cit.*, p. 3.

<sup>14</sup> Algunos autores como Fisher, lo denominan “pastel de tamaño fijo”, otros como BAZERMAN, utilizan la frase “pastel entero”. Cfr. FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Ob. cit.*, p. 70. BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A., *Ob. cit.*, p. 37. Por nuestra parte, preferimos utilizar en castellano la frase “*pastel a repartir*”, ya que a medida que se reparte su tamaño disminuye y deja de ser fijo. Además, pensamos que con esta frase se transmite la idea de que gana quien en definitiva obtenga los mayores pedazos repartidos.

de negociación pareciera depender de quién logra la mejor “actuación” del más fuerte, y quién en definitiva cede más para evitar el conflicto o para obtener el acuerdo.

Quienes intentan negociar de manera *distributiva* lo hacen adoptando o un *estilo duro*, o un *estilo suave*, pero ambos estilos persiguen el mismo objetivo: lograr que la otra parte ceda.

Es común que en cualquiera de estos dos estilos distributivos estén presentes tácticas desleales y ciertos aspectos que retardan la posibilidad de llegar a un acuerdo, además que ambos estilos, con frecuencia, ponen en peligro la relación.

*a) Estilo duro:* Se percibe al adversario como el enemigo al que hay que derrotar. Para ello se aparenta que se está dispuesto a llegar hasta las últimas consecuencias, así sean perjudiciales para ambas partes, y se amenaza y presiona constantemente. El proceso se torna en un enfrentamiento de personalidades. Generalmente se empieza con una posición extrema, que se sustenta con firmeza intentando engañar a la otra parte respecto al límite que se está dispuesto a ceder. El negociador duro, mientras más argumenta y defiende categóricamente su posición, más se compromete con ella, y por ende, más difícil será cambiar su posición inicial sin “quedar mal”. Se olvida que cuanto mayor atención se preste a las posiciones, menores esfuerzos se dedicarán a satisfacer los principales intereses e inquietudes que subyacen bajo las posiciones de las partes.

Quienes adoptan este estilo de negociación, hacen pequeñas concesiones sólo con el fin de proseguir la negociación. Mientras más extremas sean las posiciones iniciales y más pequeñas las concesiones, más tiempo y esfuerzo se necesitarán para descubrir las verdaderas posibilidades de alcanzar un acuerdo. Cada concesión, no solamente implica ceder, sino que también puede transmitir la idea de que probablemente se esté dispuesto a ceder más, y por ende se asume que no es conveniente ceder con rapidez. Tácticas como las demoras, el aparentar no tener mayor interés en un acuerdo, las amenazas, los engaños y la intransigencia se tornan bastante comunes. Todas ellas aumentan el esfuerzo, tiempo y costos de un acuerdo, así como los riesgos de que este no se logre y se dañe la relación.

*b) Estilo suave:* Si bien existen negociadores que todo el tiempo adoptan un estilo duro, otros, en cambio, reconocen las consecuencias que supondría

negociar asumiendo dicho estilo, y por ende, y por los propios rasgos de su personalidad, aspiran reducir esos riesgos, asumiendo, o bien un estilo más cordial, y diplomático, o bien recurriendo a la manipulación:

- i) *Cordial o diplomático*: La generalidad de las personas que le teme a las divergencias y a enfrentar los conflictos, cree que los graves riesgos que suponen las negociaciones basadas en posiciones duras, pueden evitarse asumiendo un estilo cortés, amable o diplomático. El miedo a que se genere una escalada del conflicto, las impulsa a considerar a la otra parte como un “amigo” al que hay que reconquistar y no como a un adversario con el que hay que negociar. Su objetivo principal, no es satisfacer sus propios intereses, ni tampoco los de la otra parte, sino evitar la confrontación y el conflicto, aunque el acuerdo resulte desfavorable y se sientan luego completamente insatisfechos. Las estrategias usuales de este estilo de negociación consisten en ser muy amistoso, confiar en el otro y ceder siempre que sea necesario para evitar la escalada del conflicto. Se piensa que todo ello generará algún tipo de compasión que en algún momento conllevará a que la otra parte realice alguna concesión o recompensa, y si no es así, al menos la cordialidad ayudará a conservar la relación. Este estilo de negociación, además de poseer los inconvenientes de toda negociación distributiva, genera gran frustración, afecta la autoestima y lo que es más grave, el resentimiento acumulado termina destruyendo la relación, por cuanto el que adopta el estilo cordial es un blanco fácil para el negociador que adopta el estilo duro, y a la larga este último no tendrá motivación alguna para dejar de emplear el estilo y estrategias que hasta el momento le han resultado exitosos.
- ii) *Manipulador*: Una persona que se nos arrodilla y comienza a llorar y suplicarnos; una persona que asume el rol de víctima cuando en realidad no lo es; una persona que hace comentarios jocosos para desvirtuar nuestra posición, o incluso un adversario que nos adula, puede ser tan o más efectivo que un negociador que adopta una posición dura. Este estilo de negociación, puede ser tan o más peligroso que el estilo duro, pero al igual que los anteriores, tiene los mismos inconvenientes de toda negociación distributiva.

Muchos piensan que una buena estrategia de negociación debe oscilar, según las circunstancias y conducta del negociador contrario, entre estos

dos estilos. *Ser duro con quien se merece que seamos duros y suave con quien se merece que seamos suaves*. Sin embargo, como decía Gandhi “*ojo por ojo... quedaremos todos ciegos*”. Como veremos más adelante, los negociadores expertos rechazan este tipo de estrategia, porque “*con bastante frecuencia este tipo y estilos de negociación dejan a las personas insatisfechas, cansadas o alineadas, y a menudo las tres cosas*”.<sup>15</sup>

Señalan los expertos que se debe separar a las personas del problema, y que se debe ser suave con ellas y duro con éste,<sup>16</sup> procurando una *negociación integrativa*.

### 3.2. *Negociación integrativa*

Con bastante frecuencia las partes en disputa tienen posiciones adversas pero también tienen diversos intereses, necesidades e inquietudes, que si se llegaran a explorar y revelar aumentarían notablemente las posibilidades de llegar a un acuerdo. Cuando se toma conciencia de la jerarquía e importancia que cada uno de esos intereses representa para cada una de las partes, se hacen mucho más fáciles y frecuentes los acuerdos. Esto conlleva un cambio de mentalidad pues, la negociación no debe tener por propósito derrotar al contrario, sino satisfacer al máximo los principales intereses en riesgo u otros que, aunque no formen parte del objeto de la disputa, pudieran ser traídos a la mesa de negociación para ampliar creativamente las posibles soluciones. Claro está, que si sólo procuramos satisfacer nuestros propios intereses sin considerar los de la otra parte, con toda seguridad ésta se resistirá y rechazará un acuerdo que no satisfaga los suyos. Por tanto, señalan los expertos que esta tarea se hará mucho más fácil, si procuramos a la vez satisfacer, en alguna medida, los intereses de la otra parte.<sup>17</sup>

En la negociación *integrativa*, no se emplean tácticas desleales, sino que se emplean técnicas para combatirlas; se es confiable más no confiado. Se es duro con el problema, y a la vez cordial con el adversario. Los esfuerzos se concentran, no en que la otra parte haga el mayor número de concesiones, sino en detectar los distintos intereses que pueden ser objeto de un trueque.

<sup>15</sup> Ídem, introducción, p. xviii.

<sup>16</sup> Cfr. FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Ob. cit.*, p. 21 y ss.

<sup>17</sup> Consideramos que precisamente salirse del campo de las posiciones y concentrarse en los intereses de ambas partes, es uno de los principales aportes del proyecto de negociación de Harvard.

**a) Separar el problema de las personas**

Esta indispensable distinción entre el problema y las personas no resulta fácil de llevar a la práctica, pues, la tendencia de quien es cordial con el adversario es a ser también suave con el problema; y quien es duro con el problema tiende a atacar también en ese mismo acto al adversario. La clave radica en tener claro que podemos separar el problema y las personas y no confundirlos como si fuesen una misma cosa. Dice un refrán popular *“lo cortés no quita lo valiente”*. Este consejo cobra particular importancia en el campo de la abogacía, en donde los profesionales del derecho deben comenzar por separar a los colegas que representan al adversario, del conflicto que éstos gestionan. Tener presente que el conflicto no es nuestro, sino de nuestro cliente, es el primer paso que debemos dar si queremos separar a las personas del problema. Con frecuencia observamos que algunos abogados, en lugar de tratar con cortesía profesional a sus colegas y a la contraparte, asumen posiciones tan agresivas que terminan involucrándose de manera personal, lo cual expande la dimensión del conflicto y complica aún más su solución. Los abogados debemos ser parte de la solución y no del problema, distinguiendo éste de las personas involucradas. Insistimos, la diferencia en la práctica podría en algunas situaciones parecer sutil, pero las consecuencias de no separar el problema de las personas pueden ser trascendentales. Por ejemplo, no es lo mismo decir: *“Agradecemos su propuesta. Sin embargo, nuestro punto de vista es radicalmente distinto y conforme a los precios del mercado esta propuesta nos resulta inaceptable”*, que decir, *“Ustedes demuestran una vez más o una viveza o una clara ignorancia de la realidad, su propuesta es completamente absurda e inaceptable.”* Tampoco sería lo mismo decir, *“Estamos muy complacidos y agradecemos mucho su propuesta. Sólo nos gustaría, ajustarla un poco más”*. En el primer ejemplo se es duro con el problema pero suave con la persona; en el segundo se es duro con los dos, y en el tercero se es suave con los dos. El curso de lo que sigue en cada uno de estos ejemplos depende mucho de las circunstancias del caso, pero en principio es muy fácil pronosticar que en el primer caso, las partes se centrarán en determinar los precios del mercado para realizar los ajustes que correspondan; en el segundo, es muy probable una escalada del conflicto; y en el tercero, es muy probable que el oferente no modifique su oferta sino que insista en mantenerla.

*b) Trueque de intereses*

A menudo las partes renuncian a la satisfacción plena de sus intereses porque suponen que deben ceder en algo para llegar a un acuerdo. Cuando las dos partes quieren lo mismo, a menudo se conforman con un resultado diferente.<sup>18</sup> No se tiene claro que ceder e intercambiar intereses son conceptos distintos. En las negociaciones *integrativas* se pueden llegar a trueques creativos y mutuamente beneficiosos, en donde las partes no se preocupan por “distribuir el pastel”, sino por encontrar alguna forma de *agrandarlo*. Ello se logra cuando las partes, luego de precisar sus intereses y generar opciones creativas, aceptan conceder una cuestión que tiene mucho más valor para la otra parte, a cambio de recibir otra que es la que más le interesa. Y si bien este tipo de negociación requiere cierta *cooperación*, ésta rápidamente se logra cuando, el adversario percibe que a través de una solución *integrativa* puede satisfacer la totalidad o gran parte de sus intereses recibiendo lo que para él es indispensable y concediendo algo que no representa mayor sacrificio.<sup>19</sup> Paradójicamente, son las propias diferencias (de ciertos intereses) las que una vez descubiertas facilitan el acuerdo.

En muchas ocasiones se piensa que como el conflicto versa sobre un objeto o derecho determinado que ambas partes reclaman para sí, no hay forma de resolverlo sin que una de ellas gane y la otra pierda. La lógica pareciera indicar que frente a dos posiciones antagónicas, no es posible que cada una de las partes obtenga el 100% de sus pretensiones. Por consiguiente, se concluye que si no se quiere hacer concesión alguna y se quiere alcanzar el 100% de lo que se disputa, se debe entonces resolver la controversia en el ámbito judicial o a través de otro mecanismo adversarial como el arbitraje, pues, una transacción implica necesariamente recíprocas concesiones, de modo que ninguna de las partes obtendría el 100% de sus aspiraciones.

En este sentido, el ejemplo clásico de la naranja utilizado en los cursos de negociación de la Universidad de Harvard, nos ayuda a desvirtuar ese mito:<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Este descubrimiento se le atribuye al psicólogo Leigh Thompson. Cfr. BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A., *Ob. cit.*, p. 43.

<sup>19</sup> Para un análisis sobre las tensiones que se producen en la dinámica de crear valor en las negociaciones y distribuirlo véase MNOOKIN Robert H.; PEPPEL Scott R.; TULUMELLO Andrew S.; *Beyon Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2000, p. 11 y ss.

<sup>20</sup> “Si bien es cierto –y corresponde reconocer con justicia– que el ‘ejemplo de la naranja’ ha sido difundido en especial a través de los Seminarios de Negociación de la Universidad

Dos niños hermanos se disputan la única naranja existente en la casa y al no ponerse de acuerdo, se inicia una acalorada discusión. La madre al escuchar la disputa se acerca y como no encuentra argumentos que claramente le den la razón a alguno de los niños, resuelve equitativamente cortar la naranja en dos, obteniendo cada niño una mitad. Ciertamente, de esta manera, la madre pone fin al conflicto imponiendo a cada uno de los niños recíprocas concesiones y reduciendo sus respectivas pretensiones al 50%. Se piensa así que fuera de este modo típico de transacción, sólo a través del empleo de un mecanismo adversarial, como podría ser el ámbito judicial o un arbitraje, es que alguna de las partes podría obtener el 100% de sus pretensiones. Se cree que sólo, luego de derrotar al adversario, demostrando en el respectivo proceso la prioridad en la tenencia de la cosa, o un mejor derecho sobre ésta, es que se podría alcanzar el 100% de lo que se demanda.

Sin embargo, si la madre en lugar de proceder a cortar la naranja, interroga a cada uno de los niños para indagar cuáles en realidad son los intereses que subyacen bajo sus posiciones, específicamente preguntándoles ¿para qué quieren la naranja? se podría sorprender al averiguar que uno de ellos la quiere para extraer de ella el jugo, y el otro la quiere para jugar con las cáscaras. Nótese que al descubrirse estos intereses disímiles, se podría satisfacer en un 100% las pretensiones de ambos niños sin ningún tipo de desperdicio.

Esta metodología no sólo funciona en peleas de niños o ejemplos de laboratorio. Ha sido empleada con éxito en algunos de los más trascendentales conflictos tanto en países de Suramérica, como en el Medio Oriente.<sup>21</sup>

---

de Harvard, no es menos cierto que existen opiniones encontradas sobre su autoría. El ejemplo es citado por Fisher, & Ury en el libro *Si, de Acuerdo...* (primera edición, 1981, p. 67) como el caso de los 'famosos chicos (*proverbial kids*) que peleaban por una naranja'. Desde antes de esa fecha, existe un caso práctico llamado 'The Ugly Orange Case' elaborado en 1973 por Robert J. House, que utiliza la misma imagen de la naranja para resolver un conflicto de salud pública. Otros lo adjudican a Mary Parker Follet, quien fue pionera de estas ideas a comienzos del siglo. Puede verse además, *Experiences in Management and Organization Behavior* compilado por D. T. Hall, D.D. Bowen, Roy J. Lewicki y F. S. Hall, segunda edición, Nueva York, ed. John Wiley and Sons, 1982 (130-13) citado también en *A. Manual for Group Facilitators* publicado por el Center for Conflict Resolution. También Padilla, Roberto E.: 'Un cambio de mentalidad: negociación y solución de conflictos', diario La Nación, 14 de julio de 1993, p. 7," citado por CAIVANO; GOBBI y PADILLA, *Ob. cit.*, Nota N° 92, p. 83.

<sup>21</sup> Cfr. <http://www.pon.harvard.edu/research/projects/hnp.php3>. Un ejemplo significativo es el caso del problema limítrofe entre Perú y Ecuador.

Por nuestra parte, también en innumerables oportunidades hemos constatado que la negociación integrativa puede ofrecer excelentes resultados en casos, incluso, donde la alternativa judicial luce como la única solución posible. Permítasenos exponer brevemente un caso de la vida real: Un cliente acude a nuestra Firma de Abogados para solicitar el cobro judicial de unas letras de cambio aceptadas por un deudor que alega tener problemas de liquidez y como es de suponer nuestro cliente nos señala que las gestiones de cobro extrajudicial han resultado infructuosas. También como es de suponer, el acreedor aspira recibir las correspondientes cantidades de dinero "lo más pronto posible". Sin embargo, el resultado de esta negociación no fue lo que muchos abogados podrían suponer. En efecto, nuestro cliente, siendo el acreedor, en lugar de recibir cantidad alguna de dinero, le pagó al deudor cierto monto. Sí, nuestro cliente que era el acreedor le terminó pagando al deudor. No se sorprendan, también nuestro cliente satisfizo sus intereses. El inicio de la historia fue bastante tradicional: procedimos a citar al deudor a una reunión en nuestro despacho con el fin de explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso, y éste nos manifestó que estaba dispuesto a honrar su deuda y conservar su buen nombre en el mercado, pero que requería de un lapso no menor a 8 meses para pagar la deuda, incluso con intereses moratorios del 12% anual. Cuando le preguntamos si estaría dispuesto a ofrecer garantías nos contestó que estaba dispuesto a constituir hipoteca mobiliaria sobre una aeronave cuyo precio superaba con creces el valor de la deuda. Posteriormente, nuestro cliente nos manifestó que aceptaba esa garantía y que estaba dispuesto a aceptar un plazo máximo de 6 meses si se estipulaban intereses a la tasa activa bancaria. En esta misma conversación también percibimos que nuestro cliente conocía de aviones. Fue en ese instante en que le preguntamos si estaba dispuesto a comprar la referida aeronave y a compensar gran parte del precio con la acreencia. La respuesta fue afirmativa. A su vez, el deudor que tenía problemas de liquidez y que obviamente le interesaba recibir dinero, conservar su buen nombre y ahorrarse costos judiciales, aceptó inmediatamente esta opción. En un plazo que no excedió un par de semanas, se formalizó esta operación y se canceló la deuda, que en la vía judicial, con toda seguridad, cualquier resultado habría superado el año, y de haberse suscrito el mencionado convenio de pago, en ningún caso habría sido recibido en menos de 6 meses, sin considerar el riesgo de que vencido el plazo el deudor aun no pudiera pagar la

deuda. En definitiva, nuestro cliente obtuvo por un buen precio una muy buena aeronave, se ahorró cuantiosos costos judiciales, tiempo y energía, y además, conservó la posibilidad de que en un futuro ambas partes puedan volver a tener relaciones comerciales. Si bien algunos pudieran decir que en un caso como éste el único perjudicado fue el abogado que dejó de percibir los honorarios profesionales de un juicio de una cuantía considerable, debemos manifestar que previamente habíamos acordado un porcentaje justo en caso de que se lograra un acuerdo extrajudicial, y por otra parte, con dicho resultado, consolidamos aún más la relación con nuestro cliente, el cual ahora nos consulta con mayor frecuencia.<sup>22</sup>

Como puede observarse, hay casos que a primera vista no parecieran tener otra solución posible que la judicial, sobre todo, cuando el cliente nos manifiesta que ya ha agotado la fase de negociación. Sin embargo, la contraposición de intereses generales, no impide la posibilidad de un acuerdo óptimo. Al concentrarnos en detectar los diversos intereses específicos y realmente primordiales, que subyacen bajo las posiciones de las partes, podemos encontrar opciones que permiten elaborar un acuerdo satisfactorio, eficiente, efectivo y de beneficio mutuo.

Se comprende así por qué resulta conveniente explorar la posibilidad de acudir a la negociación *integrativa* aunque tengamos certeza de que podemos vencer a nuestro adversario, Este tipo de negociación permitirá alcanzar mejores resultados, no sólo cuantitativos, sino también cualitativos.

### 3.3. *Métodos y estilos de negociación integrativa*

La Universidad de Harvard, inició en los años 80 un “Proyecto sobre negociación” encabezado por el profesor Roger Fischer quien junto a Willian Ury y Bruce Patton, luego publicaron un libro titulado *Sí... ¡de acuerdo!* cómo negociar sin ceder. Este Proyecto, que tenía por objeto analizar las principales características de los negociadores exitosos, tiene el mérito de haber logrado sistematizar las bases de la teoría de la negociación moderna. Toda la literatura posterior en materia de negociación de alguna manera u otra, se fundamenta en sus postulados. Uno de los primeros aspectos que enseñan los resultados de este Proyecto, es que la respuesta a la pregunta de si es más efectivo el estilo suave o duro, es “ni lo uno ni lo otro”, resaltando

<sup>22</sup> MEZGRAVIS Andrés, “Elección de Medios Autocompositivos y Adversariales”, en *Libro Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso*, UCAB 2006, p. 326.

así la existencia de otro tipo y estilo de negociación: Suave con las personas y duro con el problema. Esta estrategia de negociación procura soluciones *integrativas* con base a principios o méritos, separando a las personas o negociadores del problema, y siendo entonces cordiales con éstas y firmes con el problema. Sugiere que se busquen ventajas mutuas, que se exploren los intereses que subyacen en las posiciones e insiste en que la opción que se escoja para lograr el acuerdo se base en una referencia objetiva, independiente de la voluntad de las partes. La relación de las partes, la comunicación que se debe desarrollar y la alternativa que se tiene si no se logra el acuerdo, son los otros elementos presentes en este método. Nos enseñan estos profesores que si bien cada negociación es diferente, estos elementos básicos no cambian.

Este método no emplea trucos ni falsas apariencias. Puede ser utilizado en negociaciones internacionales entre Estados, con grupos insurgentes; entre comerciantes, o entre parejas que quieren divorciarse o simplemente quieren decidir a dónde ir de vacaciones. Este método resulta aplicable a cualquier tipo de desacuerdo. No importa que la otra parte tenga o no experiencia en negociación, ni tampoco si es un negociador duro o manipulador. Al contrario de lo que ocurre con otras estrategias, si el otro lado también la conoce no es más difícil utilizarla, sino más fácil.<sup>23</sup>

El Modelo de Harvard describe siete elementos básicos, los cuales permiten determinar cuándo una negociación es exitosa. A continuación un simple esbozo de esos siete elementos:

- i) **La relación:** una negociación producirá un mejor resultado siempre que las partes hayan mejorado su capacidad de trabajar en forma conjunta en la resolución de sus diferencias, de manera que en el futuro los procesos de negociación serán más fáciles. Un problema común es que las partes en conflicto confunden la relación con el problema. Las partes tienden a tratar el problema y al adversario como si fueran una misma cosa. Este Modelo de negociación, como antes mencionamos, recomienda separar a las personas del problema.
- ii) **La comunicación:** Un resultado será mejor si se logra con eficiencia, sin perder tiempo y esfuerzo. La negociación eficaz requiere de una efectiva comunicación bilateral y constructiva. Es indispensable

---

<sup>23</sup> Cfr. FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Ob. cit.*, p. xix.

manejar técnicas como el refraseo, parafraseo, dirigir los ataques al problema y no asumirlos de manera personal. Dejar a un lado la discusión de la culpa y centrarse en los intereses.

- iii) **Los intereses:** Bajo las posiciones de las partes, están sus necesidades, inquietudes, deseos, esperanzas y temores. Este modelo recomienda concentrarse en los intereses, no en las posiciones. Este es uno de los elementos clave del éxito de una negociación.
- iv) **Opciones:** Este término se utiliza para identificar toda gama de posibilidades que tienen las partes para llegar a un acuerdo. Mientras más claro están los intereses de las partes, más fácil será determinar las opciones para satisfacerlos. Este Modelo recomienda inventar a través de tormenta de ideas y otras herramientas, el mayor número de opciones de beneficio mutuo y escoger luego la más satisfactoria, es decir, aquella que no se puede mejorar sin perjudicar a alguna de las partes.
- v) **Legitimidad:** Un acuerdo es mejor en la medida en que a cada parte le parezca justo. Luego de tener una lista de opciones posibles, se hace necesario escoger cuál de ellas es la más adecuada. Una referencia externa, un criterio o principio objetivo que vaya más allá de la simple voluntad de cualquiera de las partes, determinará si ese resultado es justo. Entre los criterios externos de legitimidad están “los precios del mercado”, “la práctica habitual”, “los estándares de la industria”, “lo señalado en una ley o reglamento”, “los precedentes”, o “la reciprocidad” como principio de aceptación general. Este modelo recomienda ceder sólo frente a criterios objetivos o legítimos, no ante las presiones o amenazas.
- vi) **Compromisos:** Los compromisos son planteamientos verbales o escritos que especifican lo que las partes harán o dejarán de hacer. Los compromisos pueden ser planteados durante el curso de la negociación o pueden ser incorporados en acuerdo alcanzado al final de la negociación. En general, un acuerdo será más eficaz en la medida en que las promesas que se hayan hecho hayan sido establecidas y descritas adecuadamente, de manera tal que resulten realistas, prácticas, duraderas, claras y fácilmente comprensibles por quienes deben cumplirlas y, de ser necesario, susceptibles de verificación.

vii) **Alternativas:** Es todo aquello que podrían hacer las partes en caso de no llegar a un acuerdo. Es decir, es lo que una parte puede hacer por su propia cuenta sin necesidad de que la otra parte esté de acuerdo. En general, ninguna de las partes debería convenir en algo que sea peor para ella que la mejor alternativa que tiene fuera de la negociación. Este modelo recomienda que antes de dar inicio al proceso de negociación se tenga clara cuál es la Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (“MAAN” en español, “BATNA” en inglés) que tienen cada una de las partes.<sup>24</sup>

Luego de que se dio a conocer el método de Negociación de Harvard, los expertos han seguido publicando nuevos libros y teorías que hacen énfasis en aspectos como la “comunicación”,<sup>25</sup> “persuasión-cooperación”,<sup>26</sup> “la racionalidad”,<sup>27</sup> las “emociones”,<sup>28</sup> incluso en la forma positiva de decir NO y continuar con la negociación.<sup>29</sup> También se ha señalado lo distinto que resulta negociar con gobiernos.<sup>30</sup> Por nuestra parte pensamos que

<sup>24</sup> Extraído del material de clase del Workshop de Negociación, CMI International Group, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2000.

<sup>25</sup> Cfr. STONE Douglas, PATTON Bruce; HEEN Sheila; *Difficult Conversations, How to discuss what matters most*. Edit. Viking, NY, 1999. También en español: *Negociación, una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*, Edit. Norma, Bogotá 2002.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo William Ury desarrolla la “estrategia de negociación de penetración” que a través de cinco pasos procura pasar de la confrontación a la cooperación. Cfr. URY William; *Supere el No, cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, Gestión 2000, Barcelona 2000.

<sup>27</sup> Por ejemplo BAZERMAN Max H., y NEALE Margaret A., hablan de la “negociación racional” y explican por qué muchas veces las partes adoptan en las negociaciones posiciones irracionales.

<sup>28</sup> Como HERB COHEN, que señala que hay que tomarse en serio las negociaciones, pero no tan en serio: *Negotiate this! By Caring, But not That much*, Edit Warner Business Books, 2003. El propio Roger Fisher, esta vez en compañía de un psicólogo especialista en negociación, Daniel Shapiro, nos habla en su libro más reciente de cómo incentivar emociones positivas. Cfr. FISCHER Roger; SHAPIRO Daniel; “Beyond reasons. Using Emotions as you negotiate” Edit: Viking, 2005.

<sup>29</sup> Cfr. URY William; *The Power of a Positive No. How to say NO and still get to Yes*. Bantam Book, New York 2007. Esta vez el Profesor Ury nos enseña a distinguir entre el NO y el Si negativos, y el NO positivo, el cual implica un Sí a nuestros principios y valores, y a diferencia del NO negativo, el NO positivo no se detiene en la respuesta, sino que continúa hacia la búsqueda de una solución en la que ambas partes digan Sí.

<sup>30</sup> SALACUSE Jeswald W., *Seven Secrets for Negotiating with Government, How to deal with local, state, national, or foreign governments and come out ahead*. Amacom, USA, 2008.

todos estos nuevos y valiosos estudios no crean nuevos tipos de negociación, sino nuevas herramientas para el manejo de situaciones y problemas que frecuentemente se presentan en las negociaciones. Todos esos trabajos siguen teniendo su base fundamental en la “negociación integrativa con base a principios”.

Cabe señalar que con los años cada persona va afinando su estilo “personal” y estrategias de negociación que le resultan más cómodas y naturales en su empleo. De allí que un mismo negociador que adopta o bien el tipo distributivo o el tipo integrativo de negociar puede a su vez tener diferentes rasgos y adoptar diferentes estilos a lo largo de una misma negociación, según la dinámica y las circunstancias de ésta. Sin embargo, usualmente, en los abogados que no han recibido entrenamiento alguno en materia de negociación, predomina el tipo de negociación distributiva-estilo duro. Esa es la mejor forma de negociar que conocen, y la única que en algunas ocasiones le ha resultado exitosa. Por el contrario, en los expertos o negociadores más sofisticados predomina la negociación integrativa, y el mayor o menor uso de determinadas herramientas o técnicas es lo que marca su propio estilo personal.

Si bien no hay estilo ni método que garantice que en todos los casos se obtendrá un resultado exitoso, pues, incluso a veces es preferible no llegar al acuerdo, existe consenso en cuanto a que los negociadores que recurren a una negociación integrativa, obtienen más y mejores acuerdos.

#### IV. ESTRUCTURA DE LAS NEGOCIACIONES

Consideramos que toda negociación, independientemente de que sea distributiva o integrativa, tiene cuatro elementos: 1) un elemento subjetivo; 2) un elemento objetivo; 3) un medio; y 4) un resultado.

Ahora bien, un negociador experto no improvisa, tiene muy presentes estos cuatro elementos incluso antes de sentarse con el adversario. Un negociador experto se prepara para cada reunión y define metas realistas en cada una de ellas. Los negociadores inexpertos suelen ir a las negociaciones con el fin de “escuchar lo que tiene la otra parte para ofrecer” y como semejante actividad no implica mayor riesgo, sienten que no tienen que prepararse para ello, ya que en todo caso pueden improvisar si fuese necesario. Lo que ignoran es que aunque logren alcanzar un acuerdo, pueden perder grandes

oportunidades de beneficio mutuo que podrían haber descubierto al prepararse, y conducir la negociación de una manera mucho más proactiva.<sup>31</sup>

#### 4.1. *Elemento subjetivo*

Son las partes o los *sujetos* que participan y todo aquél que pudiera resultar afectado por el eventual acuerdo. Es de capital importancia tener claro quiénes son los sujetos con los que estamos negociando. Los que se sientan en la mesa de negociación (que en el campo de los conflictos legales generalmente son los abogados que representan a sus clientes) no son muchas veces los que toman las decisiones más importantes. De manera que se debe pensar no sólo en los intereses o inquietudes de los que se sientan en la mesa de negociación, sino también en los intereses de todos aquellos que pudieran resultar afectados por el eventual acuerdo (gerentes o Representantes legales, Junta Directiva, Accionistas, terceros interesados, e incluso los propios abogados que podrían tener un convenio de honorarios profesionales que no necesariamente es acorde con una solución amistosa de la controversia). Cuando se negocia con entes públicos o empresas del estado, factores como los eventuales cuestionamientos que podrían hacer sectores políticos o funcionarios de más alto rango, posibles auditorías de la contraloría, riesgos de responsabilidades administrativas o de salvaguarda del patrimonio público por llevar a cabo tales acuerdos, etc., deben ser considerados, para que tales temores o inquietudes no se conviertan en verdaderos obstáculos. Muy especialmente se debe tener presente que el funcionario que negocia por parte del gobierno se hace constantemente una pregunta: ¿Cómo esta negociación podría afectar mi carrera?<sup>32</sup> Si no damos respuestas positivas a esas inquietudes es de esperarse que dicho funcionario prefiera una sentencia que condene al ente público antes que un acuerdo que, aunque sea más conveniente para el Estado, pueda comprometer o poner en riesgo su cargo público.

#### 4.2. *El elemento objetivo*

Se puede derrotar al adversario o incluso aventajarlo en el resultado final, pero aún así podemos obtener un resultado mediocre y con gran desperdicio para ambas partes. Ya antes señalamos que el objeto de una negociación

<sup>31</sup> El profesor Ury hace mucho énfasis en la importancia de la preparación. Cfr. *Ob. cit.*, p. 13 y ss.

<sup>32</sup> SALACUSE, *Ob. cit.*, p. 109.

no es derrotar al adversario, ni siquiera aventajarlo en el resultado final; el objeto de una negociación no es otro que el determinar y satisfacer al máximo los intereses que subyacen bajo las posiciones de las partes. Dichos intereses, que no deben limitarse al objeto de la controversia, sino que pueden extenderse a otras áreas permitiendo así “agrandar el pastel”, deben ser claramente precisados para poder luego construir una gama o lista de opciones creativas de posibles soluciones. Cuando hablamos de precisar los intereses nos referimos a los intereses de ambas partes, sólo que antes de comenzar formalmente la negociación podemos indagar y descifrar con mayor claridad los intereses de nuestro cliente, mientras que los posibles intereses de nuestro adversario, a quien quizá todavía ni siquiera conocemos personalmente, tan sólo podemos suponerlos. Suponer con base a hipótesis los posibles intereses del adversario hace que el proceso de negociación fluya con mayor eficiencia. La mejor forma de ir descifrando los posibles intereses del adversario es colocarse en “sus zapatos” pero no con nuestros valores, creencias, emociones y principios, sino con la perspectiva, punto de vista e incluso posibles emociones de la otra parte. Esas hipótesis, que no son más que eso, se irán modificando o ratificando al recibir directamente de nuestro adversario nueva información.

Los intereses, una vez descifrados, conformarán la base que permitirá construir posibles opciones o soluciones que satisfagan conjuntamente esos intereses. Los abogados que previamente han emitido una opinión legal sobre la controversia, pueden estar predispuestos a buscar sólo soluciones enmarcadas en el ámbito del problema legal, olvidando que pueden existir otros intereses, necesidades o negocios adicionales que, aunque no estén conectados con la controversia jurídica, pueden ser la clave para su solución. Mientras mayor cantidad de intereses se exploren y mayor sea el abanico de posibles opciones a considerar, mayores probabilidades de éxito tendrá la negociación, pues, muchas veces la opción definitiva surge de la combinación de varias opciones. Mientras las partes se concentren en descubrir intereses, generar opciones creativas y seleccionarlas con base a criterios objetivos o legítimos, la negociación marchará por buen camino, independientemente de que las opciones que hasta ese momento se planteen luzcan a primera vista muy alejadas de la solución. En cambio, cuando las partes, se apartan del objeto de la negociación, y por ejemplo intentan imponer una determinada y única solución, o amenazan con utilizar su MAAN, o la

comunicación se desvía a otros temas ajenos al objeto de la negociación, o lo que es más grave, los negociadores incurren en ataques personales, entonces el proceso de negociación pasa a una fase de alto riesgo, a la fase en la que fracasan la mayoría de las negociaciones. Por tanto, resulta indispensable mantenerse enfocado en el verdadero objeto de la negociación, es decir en el círculo de los intereses, opciones y criterios legítimos y no apartarse de ellos hasta tanto se logre el acuerdo, o se determine que ciertamente ninguna de las opciones posibles es mejor que la MAAN que se tiene. Para mantenerse en el círculo de los intereses, opciones y criterios legítimos se aconseja más que argumentar y rechazar, preguntar. Concretamente para indagar y explorar los *intereses* se aconseja realizar preguntas como: ¿Por qué? Por qué no? Para qué...? ¿Qué tal si...? Aclarar de antemano nuestros intereses e inquietudes facilita esta dinámica; ya que además de incentivar la imaginación y creación de posibles opciones, le brinda mayor confianza al adversario quien podría tener un poco de suspicacia en relevar sus intereses e inquietudes. Y es normal que esto ocurra sobre todo si no se tiene claro que una cosa es revelar debilidades y otra revelar intereses. Por ejemplo, se puede revelar que *nos interesa un espacio cerca de la fábrica para depositar la mercancía, y que estamos dispuestos a considerar tanto ofertas de alquiler como de compraventa de inmuebles de esa zona, e incluso estamos dispuestos a permutar un inmueble de esa localidad por otros bienes que pudieran interesarle a nuestro adversario*. Ahora bien, no tenemos por qué revelar, y sería una torpeza hacerlo, que tenemos serias limitaciones de tiempo porque ya no tenemos dónde colocar la mercancía y que por ello estamos dispuestos a pagar cualquier precio. Revelar esta debilidad podría naturalmente impedir que obtengamos un justo valor por dicho inmueble.

Para explorar *opciones* se recomienda preguntar ¿Qué haría usted en mi lugar? Ayúdeme a entender por qué esta opción no satisface sus intereses? etc. Una herramienta muy útil para generar opciones es la tormenta de ideas en la que se separe el proceso creativo del proceso evaluativo. La generación de opciones suele encontrarse con dos grandes barreras: a) el temor de aportar una opción que por ser de nuestra autoría entonces quedemos vinculados a ella y se nos haga luego difícil rechazarla,<sup>33</sup> y b) la lógica destructiva, esto es, la evaluación anticipada que vislumbra como inconveniente, improbable o

<sup>33</sup> Por ello es frecuente que las partes insistan en que sea la otra la que presente la primera oferta o la primera opción.

inaceptable dicha opción. La creatividad será más libre y fructífera mientras más apartada esté de la lógica, pues, esta última condiciona y limita nuestra imaginación. De manera que una tormenta de ideas será mucho más eficaz si queda claramente establecido que las opciones que allí se elaboren no vincularán a las partes, y que sólo se procederá a la evaluación de éstas una vez concluida la fase creativa, en la cual hasta las ideas más descabelladas deberán ser anotadas. Repetimos, muchas veces la opción definitiva surge de la combinación de varias opciones.

#### 4.3. *El medio*

El medio de toda negociación es la comunicación. Sin comunicación no hay negociación. El tipo de comunicación que se emplea, puede ser constructiva o conflictiva. La comunicación puede realizarse a través de diferentes modos, por ejemplo: i) escrita incluyendo la electrónica (fax, e-mail, chat, Messenger, etc.), ii) verbal, cara a cara, de manera telefónica, skype o a través de video conferencia, etc.), iii) corporal: gestos, señas e incluso el silencio momentáneo puede comunicar más que mil palabras.

A medida que avanza la tecnología se crean nuevas y más eficientes formas de comunicación. No obstante, a la hora de resolver un conflicto el medio más idóneo de todos, sin duda, es el verbal, cara a cara. Pretender escribir como hablamos, difícilmente produce los mismos resultados. Cuando hablamos hacemos pausas y énfasis especial en nuestro tono, velocidad y volumen de voz. Una misma palabra, dicha en diferentes tonos de voz puede significar desde un saludo jocoso y de mucha confianza, hasta una grave ofensa. Cuando hablamos separamos y contextualizamos las ideas, no con signos de puntuación, sino con gestos de la cara, las manos, hombros y de nuestra postura corporal en general.<sup>34</sup> En el lenguaje escrito el tono de las palabras queda a la libre imaginación del destinatario que puede variar según las circunstancias que lo rodean y el humor que tiene en el momento en que decide leer la comunicación enviada, y he ahí precisamente los grandes riesgos y dificultad de la comunicación escrita.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Para un análisis del lenguaje corporal, véase: PEASE Allan; *El lenguaje del cuerpo. Cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*. Edit. Planeta, 2003.

<sup>35</sup> Para un extenso análisis de los riesgos y efectos negativos de la comunicación escrita, especialmente vía e-mail, véase JIMÉNEZ Juan Carlos; *El e-mail en el Trabajo, Manual de supervivencia, Soluciones y Consejos*. Ediciones de Cograf Comunicaciones, Caracas, 2008.

Quienes temen enfrentar los conflictos generalmente se alaban a sí mismos diciendo que son "personas no conflictivas". Ante la posibilidad de sostener una conversación difícil sobre un asunto que intensamente les ha molestado, optan por el silencio y en el futuro procuran evitar los diálogos que tengan relación o puedan hacer recordar la disputa o diferencia surgida. Quienes así se comportan olvidan que las conversaciones y no la falta de éstas, es lo que fortalece las relaciones. Una comunicación constructiva no sólo aumentará las posibilidades de alcanzar un acuerdo, sino también incrementará las posibilidades de conservar y mejorar la relación. Algunos piensan, y con fundada razón, que algunas conversaciones conflictivas son capaces de arruinar una relación. Sin embargo, muchos ignoran que un número mucho mayor de relaciones fracasa por la ausencia de una comunicación sincera. Una conversación conflictiva siempre podrá ser reemplazada por una conversación constructiva. En cambio, el rompimiento del diálogo da cabida a la escalada silenciosa del conflicto. En efecto, la evasión del incidente, hace que las partes sólo analicen y repasen individualmente su propia versión de los hechos, sin tener en cuenta el punto de vista ni las emociones de la otra parte. Tal análisis parcial incrementa el resentimiento y conlleva a prejuizar de una manera exagerada las "malas intenciones" de la otra parte. De allí que la falta de comunicación, no sólo atenta contra las posibilidades de alcanzar un acuerdo, sino que incluso alcanzado éste, por la rendición o concesión que haga una de las partes para escapar del conflicto, puede terminar aniquilando la relación, o reduciéndola a un simple trato superficial, poco sincero y cargado de un enorme resentimiento.

Una conversación constructiva *ideal* será aquella que se desarrolla de manera muy amistosa, amena y llena de halagos recíprocos. No obstante, dada las circunstancias no necesariamente siempre es o debe ser así. Es más, cuando existe un verdadero conflicto pocas veces es así. Lo esencial en una conversación constructiva no es agradar a la otra parte ni elogiarla, sino resolver el conflicto. Una conversación constructiva puede tener por objeto salvaguardar una relación, pero también puede tener por objeto terminarla. Una pareja, por ejemplo, puede tener una conversación constructiva, no para rescatar su relación sentimental, sino para acordar, de manera cívica y equitativa, la partición de los bienes de la comunidad conyugal. A veces ni siquiera lo importante es la relación entre las partes, sino la relación entre ellas y terceros. (p. Ej: régimen de visitas de los menores hijos). En fin, a

través de una conversación constructiva se puede mejorar una relación pero también terminarla, o lo que es mejor: transformarla. En el campo laboral muchas veces nos enfrentamos a este tipo de situaciones. Por tanto, se debe tener presente que el final de una relación determinada no impide el surgimiento de un nuevo tipo de relación. Parejas que se divorcian y luego se convierten en amigos o al menos mantienen un trato cordial y respetuoso entre ellos en beneficio de los hijos; familiares que terminan un negocio o socios que dejan de serlo y siguen conservando su amistad o sus lazos familiares, etc., son tan sólo algunos ejemplos de cómo una relación que termina puede dar paso a otra distinta.

Una conversación constructiva, aunque no necesariamente tiene que ser amena o agradable, siempre debe ser respetuosa, teniendo por norte preservar intereses (comunes, personales o de terceros) amenazados por el conflicto. Con este último fin, y porque no se está en un proceso penal en el que se intenta imponer una condena a un delincuente, se debe evitar discutir sobre la culpa. Discutir sobre la culpa resulta, en la generalidad de los casos, inútil, agotador e interminable. Además, en la mayoría de las veces escala el conflicto que se desea resolver. El deseo de culpar al otro no es otra cosa que la necesidad de expresar nuestras emociones. No distinguir estos dos aspectos puede ser fatal. En cambio, cuando en las conversaciones hay disposición a reconocer algún grado de contribución (por acción o por omisión) en el origen del conflicto, éste se apacigua.<sup>36</sup> En las conversaciones constructivas se escucha con mucha *curiosidad* para comprender a profundidad el punto de vista de la otra parte,<sup>37</sup> y no con intenciones de encontrar puntos débiles que permitan formular nuevos argumentos. Se pueden cuestionar enérgica y categóricamente las afirmaciones de los hechos discutidos, pero sin llegar

<sup>36</sup> No se trata de compartir la culpa. Un ejemplo de *contribución* en el origen del conflicto podría ser el caso de la persona que llega a tiempo a una cita y no tiene culpa alguna de que la otra parte llegue con retraso. Aún así, expresa algún grado de contribución en el origen del conflicto: “*Debí haberte aclarado ayer cuando acordamos la cita lo importante que era para mí que asistieras puntualmente*”. Este ejemplo demuestra que, aún en las situaciones en que no tenemos mayor responsabilidad, siempre es posible asumir “algún grado” de contribución en el origen del problema.

<sup>37</sup> Comprender y aceptar son cosas distintas. Comprender la versión de la otra parte no supone renunciar a nuestra versión, ni tampoco implica justificar la conducta o pretensión de la otra parte. Al comprender y demostrarle a la otra parte que hemos comprendido su versión lograremos algo muy importante: modificar nuestra percepción con la nueva información obtenida, o lograr que la otra parte que ya sabe que hemos comprendido su versión ahora escuche con curiosidad y atención nuestra versión. Esto último, se conoce

a confundir al adversario con el problema. Teniendo presente esta distinción se puede ser muy duro con el problema y al mismo tiempo cordial o respetuoso con nuestro interlocutor. En general, quienes son suaves con las personas suelen ser suaves con el problema, y quienes son duros con el problema les resulta incompatible ser cordiales con el adversario. Están más propensos a esto último los colegas que asumen los conflictos de sus clientes de manera personal.

En las conversaciones constructivas se manejan adecuadamente las emociones personales,<sup>38</sup> y se expresan y describen los sentimientos de manera clara y oportuna sin atacar o hacer juicios de valor de la otra parte.

La generalidad de las personas piensa que culpar a la otra parte no es más que la consecuencia de expresar abiertamente los sentimientos. Muchos están conscientes de que hacer esto no ayuda a resolver los conflictos y por ello prefieren reprimirlos. Otros, en cambio, consideran que no culpar al contrario podría generarle "úlceras" y por ello, y sin importar las consecuencias, resuelven "desahogarse". La verdad es que tanto reprimir los sentimientos como culpar al contrario agravan el conflicto.

Cuando culpamos no estamos en realidad expresando un sentimiento; sino que a consecuencia de una fuerte carga emocional, que ni siquiera intentamos precisar y describir, hacemos un juicio de valor (casi siempre exagerado) de la conducta o incluso personalidad de la otra parte. Expresar nuestras emociones comienza por preguntarnos internamente ¿qué siento?, para luego describirle a nuestro adversario el o los sentimientos que hemos identificado (rabia, impotencia, frustración, desilusión, tristeza, vergüenza, humillación, etc)<sup>39</sup>. En cambio, cuando nos desquitamos juzgando o califi-

---

como la técnica del refraseo que se inicia con una frase similar a: "Corrígeme si me equivoco, según tu punto de vista..." (a continuación se hace un breve pero genuino resumen de la versión expuesta por la otra parte). No se debe caer en la tentación de omitir puntos o añadirlos para debilitar la versión de la otra parte, pues ello ocasionará un rechazo inmediato. El refraseo se debe realizar tantas veces sea necesario, es decir, hasta que nuestro adversario acepte sin reservas que hemos logrado describir con exactitud su versión.

<sup>38</sup> Intentar controlar a la otra parte, en lugar de controlarnos a nosotros mismos, es un error muy común. Visualizar nuestro objetivo final o pedir una pausa en los momentos en que estamos a punto de reaccionar inadecuadamente, son herramientas útiles que pueden salvar una relación o negociación.

<sup>39</sup> No siempre es fácil determinar lo que sentimos en un conflicto, pues, es común que no se trate sólo de un sentimiento sino de una mezcla de ellos. En estos casos lo recomendable es expresar precisamente eso: "Siento una mezcla de...". P. ej: rabia e impotencia... etc.

cando la *personalidad* del adversario (grosero, egoísta, irresponsable, injusto, deshonesto, cobarde, prepotente, conflictivo, etc.), lejos de expresar emociones en realidad nos estamos dejando controlar por éstas. No es lo mismo decir “*me siento sumamente molesto y ofendido con esta situación*”, que decir “*eres desconsiderado y ofensivo*”. En el primer supuesto, describimos nuestro estado emocional, en el segundo, atribuimos el conflicto a la personalidad del adversario. El impacto entre una y otra acción es descomunal. Generalmente cuando alguien es atacado inmediatamente se defiende, y como el ataque a la personalidad traspasa los hechos concretos que dan origen al conflicto, siempre el atacado encontrará argumentos para cuestionar el ataque. Al igual que en la física “una acción genera una reacción”.<sup>40</sup> En cambio, nadie puede cuestionar lo que otra dice sentir. Nadie puede cuestionar que otra persona diga por ejemplo: “*siento una gran desilusión y me siento muy molesto con lo ocurrido*”. ¿Cómo alguien podría decir que no es verdad que sentimos lo que sentimos? A diferencia de lo que ocurre cuando culpamos o atribuimos el conflicto a la personalidad de la otra parte, la descripción detallada de nuestros propios sentimientos contribuye, no sólo a liberarnos de una pesada carga emocional, sino también a que la otra parte pueda tener una mejor comprensión del impacto que tuvo en nosotros el conflicto. Por no tener clara esta distinción entre culpar y describir las emociones, muchas personas prefieren reprimir sus sentimientos con la esperanza de evitar una escalada del conflicto. Olvidan, quienes así actúan, que esos sentimientos se filtrarán en una posterior situación con consecuencias mucho más graves. Asimismo, quienes piensan que no culpar a la otra parte les generaría una gran insatisfacción, deben recordar que lo que genera frustración y afecta la autoestima, no es no poder culpar al adversario, sino el dejar de describir las emociones o sentimientos experimentados a raíz del conflicto.

En síntesis, mediante una comunicación constructiva se intenta solucionar de manera *conjunta* el problema.<sup>41</sup> La regla de oro que siempre debemos

<sup>40</sup> Tercera Ley de Newton.

<sup>41</sup> Importantes técnicas que se deben tener presentes sobre todo a la hora de enfrentar conversaciones difíciles, han sido desarrolladas por un grupo de profesores que también forman parte del Proyecto de Negociación de Harvard. Cfr. STONE Douglas, PATTON Bruce; HEEN Sheila; *Difficult Conversations, How to discuss what matters most*. Edit. Viking, NY, 1999. También en español: *Negociación, una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*, Edit. Norma, Bogotá 2002. Una estrategia un tanto distinta puede verse en: STIEBEL David; *When talking makes things Worse!*, Edit. Whitehall & Nolton, 1999. Señala este profesor de la Universidad de Berkeley, California, que a menudo el problema no es una

recordar es que las conversaciones, y no la falta de éstas, es lo que fortalece las relaciones.

#### 4.4. *El resultado*

Puede ser el acuerdo o en su defecto lo que harían las partes en caso de que éste no se alcance. Tener claro esto antes de que se inicie el proceso de negociación, hace una importante diferencia. Los expertos en negociación determinan su MAAN, o Plan "B",<sup>42</sup> antes de que la negociación comience, mientras que los negociadores inexpertos lo hace sólo cuando es inminente el fracaso de la negociación. La MAAN no sólo es la brújula que nos indica hasta donde podemos llegar en la negociación porque nos marca los límites en torno a cuándo estamos en presencia de un buen acuerdo y cuándo no. Asimismo, la MAAN es una fuente de poder, pues, en la medida que se logre visualizar una alternativa atractiva podremos educar o concienciar mejor a nuestro adversario sobre las eventuales consecuencias que se darían en caso de no llegar a un acuerdo. En este sentido, cabe resaltar que una cosa es *amenazar* y otra muy distinta es *advertir* serenamente sobre las consecuencias que ninguno de los negociadores desea. Por otra parte, es común que primero se alcance un acuerdo verbal general que luego se intenta plasmar con mayores detalles en el acuerdo escrito. Muchas negociaciones fracasan en esta última etapa, pues, los detalles dejan de ser tales para convertirse en puntos de honor. Si se tiene presente que esto ocurre con bastante frecuencia y que esos detalles deben ser negociados con las mismas técnicas de una negociación integrativa y no distributiva, entonces podremos alcanzar mayor número de acuerdos.

---

comunicación deficiente, sino un verdadero desacuerdo, de modo que si sigue intentando comprender mejor al otro, no se resolverá el problema, y en cambio, puede agravarse. Propone un sistema de negociación que si bien en su nomenclatura es distinta a la del Proyecto de Harvard, y a veces da la impresión de criticarlo, en el fondo, y aunque en el autor no lo reconoce, nos parece que tiene muchas similitudes. Por nuestra parte, si bien compartimos que a veces una buena comunicación no basta para superar un verdadero desacuerdo, no menos cierto es que muchos conflictos se originan o se agravan por una mala comunicación. Además, la estrategia de negociación que propone este autor para superar los verdaderos desacuerdos, requiere, en definitiva, de una comunicación constructiva. La referida obra, también está disponible en español: *Cuando hablar empeora las cosas. Estrategias para superar los problemas de comunicación*. Edit Urano, 2002.

<sup>42</sup> Supra Nota N° 8.

## V. LA PRIMERA NEGOCIACIÓN DEBE SER CON EL CLIENTE

### 5.1. Aspectos que se deben considerar

El alcance de los costos de un proceso judicial muchas veces es subestimado. Es usual que frente a la realidad o inminencia de un proceso judicial, un cliente centre su atención en los honorarios profesionales y otros *costos directos* asociados al litigio, desestimado los costos indirectos, a pesar de que estos últimos pueden ser superiores.

Los costos directos del litigio son relativamente fáciles de medir o cuantificar. En cambio, los costos indirectos como, por ejemplo, asignar una cantidad importante de tiempo del personal clave de la empresa a los requerimientos del proceso judicial (recolección de pruebas, hacer las respectivas provisiones contables, acordar las estrategias, revisar escritos, facturas de honorarios, etc.), pasan a veces desapercibidos.

Más grave aún, las pérdidas y efectos que representa no rescatar el negocio o la relación en cuestión, en la mayoría de las veces ni siquiera son cuantificados, pues existe por parte del cliente cierta resignación en cuanto a que, independientemente de la cuantía y significación de esos daños, no hay otra alternativa que asumirlos, y por ende ese ejercicio se considera algo más que inútil.<sup>43</sup> Esa resignación es producto del escepticismo y la poca fe que se le da a la negociación que pudieran realizar los abogados. Aunque no nos agrade, los abogados seguimos siendo percibidos como parte necesaria del problema, y no como parte de la solución.

Por otra parte, las distintas cuantías de honorarios profesionales que podrían ser cobrados bien en la negociación o bien en juicio, podrían motivar al abogado a favorecer una vía más que la otra.

En virtud de todo lo anterior, es que sostenemos que la primera negociación que debe realizar el profesional del derecho no es con la contraparte sino con su propio cliente. Es un error pensar que lo que justifica una cuantía significativa de honorarios es lo largo y complejo que resultará el proceso judicial. No nos engañemos, a nuestros clientes poco les importa la extensión de nuestros escritos, ni tampoco cuánta doctrina y jurisprudencia

<sup>43</sup> Se reporta que las grandes corporaciones estadounidenses pagan más de 20.000 millones de dólares a los abogados que intervienen en litigios. Cfr. ALLISON John R. "Cinco formas de mantener los conflictos alejados de los contenciosos legales". Harvard Business Review, Negociación y Resolución de Conflictos. Edic. Desto, Bilbao 2001, p. 201.

para él. En nuestro criterio, no se trata simplemente de dar un tímido consejo; se trata de persuadir, se trata de negociar con el cliente hasta alcanzar un acuerdo satisfactorio tanto para él como para el abogado; un acuerdo donde los intereses de ambos estén en sintonía y ambos persigan, por tanto, el mismo resultado.

ii) A veces la negociación con el cliente es la más difícil, pues, el cliente está convencido de que la negociación con el adversario es inútil, ya que él mismo la intentó y fracasó. Usualmente acude al abogado porque ya ha desestimado la vía de la negociación. Es por ello indispensable transmitirle al cliente que se trata de una negociación distinta, en la que, ante la inminencia de un proceso judicial o arbitral, intervendrán nuevos actores (abogados) que desprovistos de esa negativa carga emocional, emplearán formalidades, métodos y tácticas distintas para evitar precisamente las consecuencias del desenlace a cargo de un tercero.

iii) Otra situación que pudiera resultar aún más complicada ocurre cuando el propio cliente desea sentarse en la mesa de negociación pero en los momentos más críticos del proceso, por temor o por meros impulsos emocionales se aparta de nuestros consejos. Esta situación, quizá es la más riesgosa de todas porque una vez que el cliente haya hablado será muy difícil revertir frente al adversario este hecho consumado. Por tales razones, antes de iniciar el proceso de negociación con el adversario debemos preparar y alertar a nuestro cliente de las tentaciones en la que puede incurrir, bien sea cediendo por temor a que fracase la negociación, o bien, obstaculizándola con sus deseos de “darle su merecido” al adversario.

## VI. LAS TÁCTICAS DESLEALES

Ya antes señalamos que el estilo integrativo con base a principios puede funcionar con adversarios que no manejan estas técnicas, y si las manejan todavía mejor.

Es bastante común que los negociadores que utilizan un estilo de negociación distributivo –duro o manipulador–, empleen tácticas desleales. Algunas de esas tácticas pueden ser ilegales, no éticas o simplemente desagradables; pero lo cierto es que quien las emplea lo hace porque esas tácticas están arraigadas a su estilo de negociación, y porque sencillamente no conocen otra forma más efectiva. La naturalidad con que esos negociadores utilizan estas tácticas, demuestra que su uso en el pasado les ha dado ciertos resultados.

para él. En nuestro criterio, no se trata simplemente de dar un tímido consejo; se trata de persuadir, se trata de negociar con el cliente hasta alcanzar un acuerdo satisfactorio tanto para él como para el abogado; un acuerdo donde los intereses de ambos estén en sintonía y ambos persigan, por tanto, el mismo resultado.

ii) A veces la negociación con el cliente es la más difícil, pues, el cliente está convencido de que la negociación con el adversario es inútil, ya que él mismo la intentó y fracasó. Usualmente acude al abogado porque ya ha desestimado la vía de la negociación. Es por ello indispensable transmitirle al cliente que se trata de una negociación distinta, en la que, ante la inminencia de un proceso judicial o arbitral, intervendrán nuevos actores (abogados) que desprovistos de esa negativa carga emocional, emplearán formalidades, métodos y tácticas distintas para evitar precisamente las consecuencias del desenlace a cargo de un tercero.

iii) Otra situación que pudiera resultar aún más complicada ocurre cuando el propio cliente desea sentarse en la mesa de negociación pero en los momentos más críticos del proceso, por temor o por meros impulsos emocionales se aparta de nuestros consejos. Esta situación, quizá es la más riesgosa de todas porque una vez que el cliente haya hablado será muy difícil revertir frente al adversario este hecho consumado. Por tales razones, antes de iniciar el proceso de negociación con el adversario debemos preparar y alertar a nuestro cliente de las tentaciones en la que puede incurrir, bien sea cediendo por temor a que fracase la negociación, o bien, obstaculizándola con sus deseos de “darle su merecido” al adversario.

## VI. LAS TÁCTICAS DESLEALES

Ya antes señalamos que el estilo integrativo con base a principios puede funcionar con adversarios que no manejan estas técnicas, y si las manejan todavía mejor.

Es bastante común que los negociadores que utilizan un estilo de negociación distributivo –duro o manipulador–, empleen tácticas desleales. Algunas de esas tácticas pueden ser ilegales, no éticas o simplemente desagradables; pero lo cierto es que quien las emplea lo hace porque esas tácticas están arraigadas a su estilo de negociación, y porque sencillamente no conocen otra forma más efectiva. La naturalidad con que esos negociadores utilizan estas tácticas, demuestra que su uso en el pasado les ha dado ciertos resultados.

### 6.1. Tipos de tácticas

A pesar de que la lista de tácticas desleales o de mala fe es tan amplia como la imaginación lo permita, todas pueden ser agrupadas en tres categorías generales: a) Tácticas de atrincheramiento; b) Tácticas de intimidación, y iii) Tácticas engañosas.<sup>45</sup>

#### a) *Tácticas de atrincheramiento*

El profesor William Ury las denomina “Muros de piedra”, y son todas aquellas tácticas que emplea nuestro oponente para generar la apariencia de que él será intransigente, de que su posición es totalmente inflexible, y de que no existe posibilidad de un acuerdo si no se acoge exactamente la solución que él propone. Ejemplos de estas tácticas son: i) “No puedo hacer nada al respecto, es la política de la compañía”; ii) “Tómelo o déjelo! Tiene hasta mañana para decidir”; iii) “Les dije a los compañeros que renunciaría a representar el sindicato antes que aceptar menos de un 35% de aumento”; iv) “No tenemos nada que negociar, me concedes esto o vamos a juicio”; v) “Me parece que su petición es algo razonable, pero mi cliente (o casa matriz) se niega rotundamente a aceptarla”; vi) “Este es el modelo de contrato que siempre ha utilizado la empresa y yo lamentablemente no tengo autoridad para modificar sus cláusulas”; vii) También este tipo de tácticas las materializa el adversario mediante declaraciones públicas o a la prensa de lo que son sus aspiraciones, con la intención de proyectar un hecho consumado que supuestamente ya no puede ser revisado.

#### b) *Tácticas de intimidación*

Son tácticas de presión diseñadas para descomponer nuestro ánimo. Incomodar, atemorizar, angustiar, avergonzar, son objetivos con los que se pretende asumir el control (ofensiva) de la negociación, hasta llegar a un punto donde, frente a tanto malestar, la víctima de estas tácticas prefiera ceder. Hacernos esperar en reiteradas oportunidades; ataques: “no creo que su Firma acepte defender algo tan inmoral..”; amenazas “ejerceremos acciones penales si su cliente no acepta...”; comentarios tales como: “usted no tiene muchos años de graduado ¿verdad?”

<sup>45</sup> El profesor Ury las clasifica en: i) Muros de piedra; ii) Ataques, y iii) Trucos. Cfr. URY William; “¡Supere el No!, cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas, Edit. Norma, 1993, p. 52 y ss.

o *“deseamos hablar con alguien que realmente conozca de este asunto y tenga autoridad para decidir”*; o preguntas como: *“¿No se siente bien? Está pálido, parece que no hubiera dormido en toda la noche?”* son tan sólo algunos ejemplos de este tipo de tácticas. Otra táctica de intimidación común es la del papel del “socio bueno y flexible y el socio malo y agresivo,” los cuales juntos conforman los representantes de nuestro adversario.

c) *Tácticas engañosas*

Son artimañas o trucos con los que se pretende confundirnos para que, con base a una suposición falsa, cedamos. Su éxito depende de lo confiado que seamos. Manipular la información, por ejemplo, utilizar cifras falsas, parciales o confusas; proyectar que se tiene autoridad para decidir y luego de haber alcanzado el mayor número de concesiones de nuestra parte, nos informa que es otra persona la que decide; la exigencia de último minuto, o la versión final de la transacción que a nuestras espaldas se altera, son tan sólo algunos ejemplos de este tipo de táctica.

Aunque se trata de tres diferentes grupos tácticas, todas tienen el mismo objetivo primordial: hacernos ceder o hacer ceder a nuestro cliente. Muchas veces el éxito de estas tácticas depende de que la víctima no las reconozca. De igual manera, en gran medida su neutralización consiste en identificarlas. Sin embargo, identificar la táctica y desenmascarar abiertamente las supuestas intenciones de nuestro adversario son dos cosas distintas. Intentar esto último puede poner en riesgo la negociación. Mientras mayores posibilidades le brindemos a nuestro adversario de abandonar la táctica elegantemente y hasta con humor, mayores posibilidades habrán de que efectivamente lo haga sin poner en riesgo la negociación.

Cuando identificamos una conducta que pareciera subsumirse en alguna de estas tres clasificaciones, debemos actuar con mucha cautela y *presumir* (no concluir anticipadamente) que estamos en presencia de una táctica desleal. Es crucial tener claro que esa presunción no es más que eso. Y esto es importante recordarlo porque a veces los abogados nos vanagloriamos del dicho “piensa mal y acertarás”. Podría ser catastrófico confundir una presunción, que admite prueba en contrario, con una conclusión definitiva que no la busca ni la admite. A veces las apariencias engañan, y lo que pudiera parecer una táctica desleal, puede ser en realidad producto de una casuali-

dad, o la posición real y definitiva del adversario. De allí la importancia de manejar nuestras impresiones como hipótesis que debemos comprobar a medida que obtengamos mayor información.

Preguntarnos en cuál de los tres grandes grupos de tácticas encaja la conducta de nuestro oponente, nos servirá para identificarla más fácilmente, y así evitar caer en el juego de nuestro adversario. Identificar la táctica es equivalente a haber visto en el cine una escena de suspenso, que cuando la volvemos a ver ya no nos produce el mismo efecto porque sabemos lo que ocurrirá, y conocemos el propósito o intención de los actores.

### 6.2. ¿Cómo neutralizarlas?

El empleo de tácticas intimidatorias y posturas intransigentes es algo, por cierto, bastante común en el ámbito de los abogados litigantes. De manera que enfrentarnos a tácticas de mala fe, no debe ser motivo de sorpresa sino más bien parte de la rutina de quien quiere hacer de la negociación una herramienta cotidiana en el ejercicio de la abogacía.

Tres aspectos deben ser considerados para neutralizar tácticas desleales. Primero: Tolerarlas no es la solución, y dejarnos arrastrar por nuestras reacciones impulsivas, o deseos de desquite, es aún peor. Saber cuáles son estas posibles reacciones impulsivas nos ayudará a controlarnos. Segundo: Negociar el procedimiento antes que la sustancia, disminuirá la tentación del adversario de emplear estas tácticas. Tercero: Identificar la táctica específica es clave para aplicar el antídoto correspondiente.

#### a) *Controlar nuestras reacciones impulsivas*

Lo primero que debemos tener presente es que nuestro objetivo no es el de controlar al negociador que emplea esas tácticas, sino el de evitar que con esas tácticas él nos controle, y así poder cambiar “el juego” que nuestro oponente está acostumbrado a jugar.

Un buen control de nuestras emociones supone evitar caer en alguna de estas tres reacciones comunes:

- i) *Contraatacar*: En ocasiones “darle un poco de su propia medicina” al oponente sirve para que éste abandone los ataques como táctica de negociación. Sin embargo, en la mayoría de las veces los contraataques sólo sirven para ratificar la validez de la tercera teoría de Newton: “una acción genera una reacción”, y con ello la escalada del conflicto

podría ser infinita. Los adversarios que emplean tácticas desleales, por lo general tienen una larga experiencia haciéndolo, por lo que contraatacar nos coloca en el terreno en que estos negociadores son expertos, quedando así atrapados en el juego que a ellos les gusta jugar.

- ii) *Ceder*: Debemos estar dispuestos a ceder sólo frente a criterios legítimos u objetivos, nunca frente a amenazas, presiones o tácticas desleales. Si cedemos ante presiones, amenazas o simplemente nos "llenamos de paciencia" para tolerar tácticas desleales, no sólo estaremos afectando nuestra autoestima y obteniendo un resultado que por lo general no es satisfactorio, sino que también estaremos incentivando a que nuestro oponente, u otros que conozcan nuestra reputación de debilidad, repitan en el futuro ese tipo de conductas contra nosotros. La mayoría de las personas cuando se percata de una posible táctica de mala fe opta por tolerar la conducta, con la esperanza de que así evitarán una escalada del conflicto. Esperan que si ceden en esa ocasión, la otra parte se calmará y cambiara de conducta. Como señalan los expertos, alguna vez esto sucede, sin embargo casi nunca ocurre.<sup>46</sup>
- iii) *Rompimiento de la negociación*: Si se cuenta con una buena alternativa fuera de la negociación, poner fin a ésta puede ser la mejor y más inteligente estrategia. No obstante, frecuentemente, el rompimiento de la negociación responde a una decisión apresurada y visceral que posteriormente el cliente lamenta, especialmente en Venezuela en donde un juicio luego se bifurca en diferentes acciones o procesos, cuyo resultado final puede superar fácilmente los 10 años. Lo que sucede casi siempre es que las partes, luego de varios años de disputa judicial, y luego de haber invertido gran cantidad de recursos humanos y económicos, reanudan las negociaciones para terminar con un acuerdo que años atrás hubiesen podido alcanzar a un menor costo. Es por ello que a pesar de que nuestro adversario haga comentarios inadecuados, debemos evitar la reacción impulsiva de romper la negociación. Adicionalmente, se debe tener presente que nuestro adversario puede intentar sacarnos de la negociación, una vez que se percate de que nosotros no cederemos frente a sus presio-

<sup>46</sup> Cfr. FISHER Roger; URY William, y PATTON Bruce; *Ob. cit.*, p. 149-150.

nes, amenazas, o tácticas desleales. Esto lo hará con la intención de negociar directamente con nuestro cliente (que sí pudiera ceder ante esas tácticas). Con tan sólo anticipar esta posible situación a nuestro cliente es suficiente, pero no hacerlo oportunamente puede ocasionar consecuencias irreversibles.

*b) Negociar el procedimiento antes que la sustancia*

Negociar primero el procedimiento de la negociación, antes que la sustancia o fondo del asunto, ayuda a contrarrestar la tentación del adversario de emplear tácticas desleales. Precisar anticipadamente aspectos como el alcance de la autoridad, representación o poder de los negociadores (capacidad de transigir), identificar los integrantes de cada equipo, determinar la alternabilidad de la sede de las reuniones, así como la oportunidad y modo de realizar tormentas de ideas, y la conveniencia o no de realizar minutas de cada reunión, fijar una plazo para la revisión de los borradores, etc., puede evitarnos sorpresas, y conducir la negociación bajo un clima de mayor confianza y cooperación entre las partes.<sup>47</sup>

*c) Identificación de la táctica para aplicar el respectivo antídoto*

Como nos enseña el Profesor Ury, el primer paso para neutralizar el efecto de una táctica desleal es reconocerla. Si reconocemos que la táctica es de "atrincheramiento", estaremos entonces conscientes de que nuestro oponente no es tan intransigente como aparenta. Si nos percatamos de que nuestro adversario emplea tácticas intimidatorias, no nos sentiremos tan incómodos, y si identificamos una posible mentira, no caeremos en la trampa.

*i) Tácticas de atrincheramiento:*

*Antídoto: ponerlas a prueba.*

Frente a las posibles tácticas que emplea nuestro oponente para generar la apariencia de que él será intransigente, de que su posición es totalmente inflexible y de que no existe posibilidad de un acuerdo si no se acoge exactamente la solución que él propone, lo recomendable es "ponerlas a prueba". Es muy difícil saber en un primer momento si nuestro adversario está hablando

---

<sup>47</sup> Cabe advertir que no se trata de elaborar una "agenda" de la negociación, que muchas veces puede resultar demasiado rígida y hasta contraproducente, sobre todo si se hace un listado del orden en que serán tratados los distintos temas, lo que muchas veces impide que se logren acuerdos integrales y fomenta el regateo. Repetimos, la sustancia debe ser negociada con técnicas integrativas en un ulterior momento.

en serio, o si se trata de una simple actuación o “bluff”. Cuando todavía tenemos la duda de si nuestro adversario está hablando en serio o es un “bluff”, hacer caso omiso al comentario o cambiar el tema podría ser lo más inteligente en ese momento. Las siguientes conductas de nuestro adversario aclararán el panorama y nos permitirán ahora sí actuar con mayor certeza. Reinterpretar o parafrasear el comentario de atrincheramiento comunicándole a nuestro adversario que entendemos que se trata de una genuina aspiración, le permitirá a éste zafarse con elegancia de dicha afirmación. Ante una situación en la que se nos advierte “Tómelo o déjelo! Tiene hasta mañana para decidir”, una respuesta como por ejemplo: “Me gustaría poder hacerle una oferta más satisfactoria, sin embargo dudo que antes de mañana pueda tenerla lista”, podría ser suficiente. En efecto, si nuestro adversario comienza a dar signos de flexibilidad entonces sabremos que estamos en presencia de una táctica de atrincheramiento. De lo contrario sabremos que habla en serio y nos corresponderá entonces evaluar nuestra MAAN y resolver si es conveniente o no aceptar dicho acuerdo. En un caso de la vida real se le comunicó a nuestro cliente interesado en comprar un inmueble que el modelo de contrato de opción de compra jamás había sido modificado por la inmobiliaria, y por más razones justas y objetivas que nuestro cliente daba, la abogada de la inmobiliaria se negaba a realizar cambio alguno alegando que las cláusulas no eran negociables. Fue entonces cuando le solicitamos que nos diera una carta en la que se señalara precisamente eso “que el contrato no era negociable”. Luego le señalamos muy amablemente que eso no era conveniente para ninguna de las partes, pues, por un lado nuestro cliente deseaba los cambios, y por el otro, a la inmobiliaria no le convenía que dicho contrato fuese calificado como un contrato de adhesión (en que el que no hay negociación), ya que conforme a la Ley de Protección al Consumidor vigente para la época podrían ser nulas las renunciaciones que supuestamente allí hacía nuestro cliente. A las pocas horas recibimos una llamada de la abogada señalándonos que sí se incluirían los cambios sugeridos por nosotros y que era la primera vez en muchos años que se hacía un cambio a dicho modelo de contrato.

ii) Tácticas intimidatorias:

*Antídoto: transmitir que hemos identificado la táctica y que ella es inútil.*

En general frente a tácticas de presión diseñadas para incomodarnos lo recomendable es no complacer a nuestro adversario. Para no ser personajes

de su obra teatral, debemos hacer lo opuesto a lo que nuestro adversario espera. Si le “pagamos con la misma moneda”, caeremos en un juego en el que nuestro adversario tiene mayor experiencia.

¿Qué debemos hacer, por ejemplo, si acudimos a una reunión a la hora pautada y luego se nos hace esperar en la recepción? Si tenemos la percepción de que se trata de una táctica, anunciar cordialmente, por ejemplo, que comprendemos que llegamos en un mal momento, que no queremos molestar, que sólo esperaremos un lapso determinado (20/ 30 minutos), y que de no darse la reunión no tenemos problema alguno en reunirnos la próxima vez en nuestras oficinas, puede ser suficiente para neutralizar esta táctica.

¿Qué hacer, si en nuestra primera reunión de negociación al llegar al salón de conferencias de nuestro adversario se nos ofrece una silla más baja que las restantes y frente al sol? Ya sabemos que lo recomendable es *presumir* y no *concluir* anticipadamente que estamos en presencia de una táctica. También sabemos que no debemos incurrir en alguna de las tres reacciones impulsivas antes comentadas. Pero ¿cómo entonces debemos afrontar una situación como la descrita sin tolerarla y sin poner en riesgo la negociación? En general frente a este tipo de tácticas lo recomendable es transmitirle a nuestro adversario que hemos identificado la táctica *replanteando el asunto, por ejemplo, con criterios de reciprocidad*. Un comentario jocoso como: *“Asumo que si no hay otra silla de igual tamaño, nos turnaremos en el uso de ésta que es la más baja e incómoda. Y también asumo que quien se sienta aquí le serán obsequiados unos lentes de sol por el anfitrión de la reunión”*. Si el comentario jocoso no da el resultado esperado, entonces un comentario como el siguiente podría ser adecuado: *“En realidad deseo tener la máxima concentración para escuchar su versión, y me temo que esta silla y ubicación me pueden distraer. Sugiero solventar esta situación antes de dar inicio a la reunión y creo que lo conveniente es que todos tengamos sillas similares”*.

Para identificar este tipo de tácticas se debe estar alerta, pero no necesariamente se debe sospechar de todo.

iii) Tácticas engañosas:

*Antídoto: ser confiables más no confiados.*

Las tácticas más difíciles de reconocer son las engañosas. Es necesario detectar cualquier incoherencia o mentira. Un buen negociador debe ser confiable, ya que su buen nombre le facilitará sus futuras negociaciones.

Sin embargo, una cosa es ser confiable y otra ser confiado. Ser confiado nos puede ocasionar desagradables sorpresas. A nuestro adversario debemos adelantarle que estamos obligados a verificar toda la información, y en realidad así debemos hacerlo.

Para finalizar, debemos resaltar que los negociadores que emplean tácticas desleales, rara vez se conforman con utilizar una sola, y por ello a veces es necesario hacer una pequeña pausa, incluso pedirla de manera explícita (vgr: necesito 5 minutos para hacer una llamada), para así poder pensar y aplicar el respectivo antídoto. Parafraseando al profesor Ury, podemos decir que se necesitan dos para pelear, pero sólo se necesita una persona para cambiar el juego y desactivar un conflicto.

## VII. CONCLUSIONES

La negociación es parte de nuestro oficio y cada día, sobre todo en tiempos como estos, será más importante. Las Facultades de Derecho ya se han percatado de ello, y los clientes pronto comenzarán a distinguir aquellos abogados que logran acuerdos satisfactorios de aquellos que sólo pueden ofrecer largos y costosos litigios. No pasará mucho tiempo cuando se diferencien aquellos abogados que logran restablecer o transformar una relación, de aquellos abogados que sólo contribuyen con la escalada del conflicto. En fin, pronto se reconocerán los abogados que se han formado en esta ciencia, por encima de aquellos que sigan pensando que la negociación no es más que un astuto juego de regateo. Y lo que es más importante, muy pronto se podrán diferenciar los profesionales del derecho de los simples mandatarios.

# Tendencias recientes en la imposición del cumplimiento forzoso de las Cláusulas de Mediación y Arbitraje

*Anibal Sabater<sup>1</sup>*  
*(Estados Unidos de América)*

**SUMARIO: I. El Problema. II. La Raíz del Problema. III. Algunas Propuestas.**

---

<sup>1</sup> Anibal Sabater es miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de Fulbright & Jaworski L.L.P. Se encuentra admitido para el ejercicio de la abogacía en España, California, Inglaterra y Gales (solicitor). Su email es: asabater@fulbright.com. Las opiniones ofrecidas en este artículo son las del autor y no corresponden necesariamente con las del despacho de abogados al que pertenece.

## I. EL PROBLEMA

Se conoce como cláusulas “med-arb” a aquéllas en que las partes acuerdan que, antes de iniciarse el procedimiento arbitral, se agote una fase de negociación o mediación.<sup>2</sup> Cuando existe una cláusula de este tipo, ¿qué sucede si se da comienzo al arbitraje sin haber intentado o agotado la fase de negociación o mediación? ¿Debe rechazarse la demanda de arbitraje? ¿Debe subsanarse el defecto? ¿O se trata de una cuestión irrelevante que no obstaculiza la tramitación del arbitraje?

Las respuestas que se pueden dar a este tipo de preguntas oscilan entre dos extremos. O bien se reconoce que se debe exigir el cumplimiento literal de las cláusulas med-arb, o bien se reconoce que la obligación de mediar impuesta en esas cláusulas es eludible. Si se opta por la primera interpretación, el texto de referencia es la Ley Modelo de la CNUDMI / UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional (“Ley Modelo”), cuyo artículo 13 dice así:

*Quando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca un cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.<sup>3</sup>*

<sup>2</sup> Un ejemplo de este tipo de acuerdos se encuentra en la siguiente cláusula modelo ofrecida por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (“CAMCA”):

*Las partes están de acuerdo en esforzarse para dar solución a cualquier conflicto, controversia o reclamación que se derive o relacione con el presente contrato, que no puedan resolver mediante discusiones directas, a través de la mediación administrada por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial Para las Américas, bajo sus reglas, antes de acudir al arbitraje. En adelante, cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja o esté relacionado con este contrato, será solucionado mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial Para las Américas, de acuerdo con sus reglas, y la resolución dictada en el laudo por el árbitro, el cual podrá ser presentado en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo. El requisito de llevar a cabo una notificación de la demanda con respecto a la controversia, conflicto o reclamación sujeta a la mediación será suspendido hasta la conclusión del proceso de mediación.*

<sup>3</sup> Véase [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

A su vez, si se opta por una posición “más flexible” se pueden tener en cuenta puntos de vista alternativos, como el reflejado en el párrafo 32 del laudo *L.E.S.I - Dipenta c. Argelia* (CIADI)<sup>4</sup>:

*La idea es que sería contrario a las reglas de la buena fe que una de las partes en un contrato iniciara un proceso judicial o arbitral sin haber antes intentado la conciliación; dentro del espíritu del contrato, corresponde a las partes regular el modo en que se abordarán sus diferencias. La regla [que establece que el arbitraje será precedido de un período de conciliación] debe ser interpretada dentro de este contexto, que excluye que se haga de ella una lectura exageradamente formalista (traducción libre del original francés).*

La finalidad de estas páginas es profundizar en esta cuestión y ofrecer algunas ideas sobre el tratamiento procesal que los árbitros deben dar al incumplimiento de aquellas cláusulas que exigen la mediación previa al arbitraje.

## II. LA RAÍZ DEL PROBLEMA

Los motivos por los que las partes introducen en sus contratos un cláusula med-arb son bien conocidos: la mayoría actúan inducidas por la idea de que, antes de poner en marcha la maquinaria arbitral, es bueno intentar que la disputa se resuelva de forma rápida, ahorrando gastos, tiempo y preocupaciones a quienes están involucrados en ella<sup>5</sup>. Lo que, sin embargo, no se conoce ni se menciona tanto son los efectos (y, de algún modo, los desajustes) que se originan al yuxtaponer un pacto de mediación y un acuerdo de arbitraje.

El arbitraje es un mecanismo autónomo para la solución de conflictos. Esto quiere decir que, si una de las partes permanece en rebeldía o decide dejar de colaborar en el desarrollo del procedimiento, el arbitraje puede, a pesar de todo, tramitarse y concluir mediante un laudo válido y ejecutable. Sin embargo, en la mediación es imprescindible el concurso libre y voluntario de ambas partes durante todo el procedimiento. En esta medida, si

<sup>4</sup> La referencia completa del caso es: Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. República de Argelia (Caso CIADI N° ARB/03/8). El laudo es de 10 de enero de 2005 y puede encontrarse en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid) y [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

<sup>5</sup> Véase Klaus LIONNET, “Arbitration and Mediation – Alternatives or Opposites?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 4 N° 1 (1987), pp. 69-74.

la cláusula med-arb sólo contempla la celebración de la mediación como una *posibilidad* antes del arbitraje, las partes están a salvo de dificultades mayores. Pero si la cláusula *impone* la celebración de la mediación antes del arbitraje, las partes pueden encontrarse con que la actitud rebelde de una de ellas durante la mediación impide o dificulta la incoación posterior del arbitraje.<sup>6</sup>

Otra circunstancia que debe tenerse en cuenta al pactar una cláusula med-arb es el riesgo de que sea jurídicamente inexigible acudir a la mediación. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando la mediación acarrea la expiración de un plazo de caducidad o cuando es necesario adoptar medidas cautelares sin dilación. De ahí que incluso el artículo 13 de la Ley Modelo haya previsto que la obligación de celebrar una mediación previa al arbitraje desaparezca si eso es necesario *“para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan”*.<sup>7</sup>

Una dificultad más sutil que plantean las cláusulas med-arb es la coordinación estratégica entre la mediación y el arbitraje. En principio, la mediación debe ser confidencial y, si no lo es en virtud de la ley aplicable, las partes deben hacerla confidencial por contrato, de forma que lo que se diga en ella no se utilice a continuación para perjudicar al oponente en un arbitraje. Este carácter confidencial de la mediación impide que una parte alegue la existencia de actos propios o preclusión si, durante el arbitraje, la otra invoca argumentos o formula reclamaciones que no se corresponden exactamente con los que hizo valer en la mediación. Pero lo que la confidencialidad no impide es que las cláusulas med-arb acaben con buena parte

<sup>6</sup> Precisamente para evitar este tipo de abusos, es aconsejable que cualquier acuerdo med-arb contenga un mecanismo de “expiración automática”, como el que propone la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en la siguiente cláusula modelo de ADR:

*En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de resolución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, éstas se considerarán liberadas de cualquier obligación derivada de esta cláusula.*

<sup>7</sup> Cuando las partes acuerdan el modo de resolver sus controversias antes de que éstas efectivamente surjan, corren siempre el riesgo de no anticipar exactamente su tipo, contenido y contexto. Véase: *Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno y Utilización 2002*, Observaciones sobre el Artículo 13, en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

del “efecto sorpresa” que a menudo existe en el arbitraje. Es decir: no impide que, después de haberlos escuchado durante la mediación, cada parte llegue al arbitraje conociendo o anticipando los argumentos que la otra va a utilizar. Esta situación no es en sí misma indeseable (de hecho, a menudo hace más sencilla la tramitación del procedimiento arbitral y mitiga la beligerancia entre los litigantes), pero debe ser tenida en cuenta por los contratantes que celebren un acuerdo med-arb, pues afecta de manera directa al modo en el que deberán preparar y presentar su caso.

En resumen: las cláusulas med-arb producen un singular impacto sobre las facultades y la posición procesal de las partes. Como regla, esto se traduce en una mayor facilidad y agilidad para zanjar las disputas; pero no siempre es así. Corresponde a los árbitros velar por que las cláusulas med-arb cumplan su auténtica finalidad (permitir la solución de controversias) y no se conviertan ni en un obstáculo para impartir justicia ni en un refugio para el litigante que, de mala fe, quiere impedir la incoación del arbitraje válidamente pactado.

### III. ALGUNAS PROPUESTAS

La voluntad de las partes es la principal fuente reguladora del procedimiento arbitral y el tribunal debe respetarla siempre que sea identificable, cumpla con las disposiciones imperativas de la ley aplicable y resulte materialmente ejecutable. Por eso, los árbitros, dentro de las actividades que lleven a cabo para analizar su jurisdicción, deben verificar si se han cumplido los términos de la cláusula med-arb y, en particular, sancionar a la parte que no haya celebrado una mediación pactada como obligatoria;<sup>8</sup> pero sancionarla ¿cómo? Aquí, en principio, caben dos alternativas: una consiste en suspender el procedimiento arbitral, remitir a las partes a la mediación y no reanudar el arbitraje salvo que se pruebe que la mediación ha concluido sin éxito

<sup>8</sup> Lo que, como regla, no es admisible (salvo que concurren alguna de las causas legalmente previstas como la nulidad de la cláusula, cambio sobrevenido de circunstancias, fuerza mayor, etc.) es que el incumplimiento de la cláusula med-arb quede impune. Como cualquier otra obligación, la de someterse a una mediación produce efectos jurídicos y su cumplimiento debe ser exigido: véase Charles JARROSSON, “La sanction de non-respect d’une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation: Note – Cour de cassation (2e. Ch. civ.) 6 juillet 2000; Cour de Cassation (1re. Ch. civ.) 23 janvier et 6 février 2001”, *Revue de l’Arbitrage*, 2001 – No. 4, pp. 752 – 764.

(cumplimiento *in natura*)<sup>9</sup>; la otra consiste en imponer al demandante la correspondiente condena a pagar las costas que resarzan al demandado de los daños y perjuicios que *en su caso* haya podido sufrir por tener que soportar una reclamación temeraria susceptible de haberse mediado (cumplimiento sustitutorio)<sup>10</sup>. Entre estas dos alternativas, la regla general debe ser el cumplimiento *in natura*, entre otras razones, porque es lo que más se aproxima a lo pactado originariamente por las partes y porque, cuando la mediación se ha querido expresamente como una condición previa para el surgimiento de la jurisdicción arbitral, los árbitros no tienen autoridad para continuar sustanciando el procedimiento hasta que la mediación tenga lugar.

Ahora bien, en determinadas ocasiones la mediación prevista en la cláusula *med-arb* no llega a celebrarse por causas que no resultan imputables al demandante. En esos supuestos, la regla debería ser que los árbitros sigan tramitando el procedimiento arbitral sin imponer ni medidas de cumplimiento *in natura* ni de cumplimiento sustitutorio. Eso es lo que sucedería, por ejemplo, en los siguientes casos (el listado no pretende ser exhaustivo):

- ▶ cuando la mediación no se haya realizado porque el demandado no estaba posibilitado, dispuesto o disponible (v.g. por hallarse en paradero desconocido) para intervenir en ella<sup>11</sup>;
- ▶ cuando la conducta de las partes demuestre de forma concluyente tuvo lugar una renuncia a celebrar la mediación;
- ▶ cuando, a pesar de los esfuerzos razonables efectuados por el demandante, haya sido imposible celebrar una mediación (a estos efectos,

<sup>9</sup> Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos: véase *AMF Inc. v. Brunswick Corp.*, 1985 ED NY, 621 F. Supp. 456.

<sup>10</sup> Es decir: para imponer el cumplimiento sustitutorio no basta con que el demandante haya prescindido de la mediación sino también que: (i) haya litigado de mala fe o temerariamente, (ii) haya ocasionado costas procesales al demandado, y (iii) existan, al menos, indicios cualificados de que una mediación habría evitado que se llegara al arbitraje. Obsérvese que los árbitros pueden igualmente imponer las costas al demandante por razones que no tengan nada que ver con el hecho de que éste haya prescindido de la mediación.

<sup>11</sup> En este caso, si los árbitros se negaran a tramitar el procedimiento arbitral hasta que se hubiera celebrado la mediación, habría un serio riesgo de que existiera denegación de justicia: la mediación sería imposible, los árbitros se negarían a actuar y la jurisdicción podría abstenerse del litigio al comprobar la existencia de un convenio arbitral.

es aconsejable que el demandante aporte algún acta o documento que acredite que sus intentos de celebrar la mediación han sido infructuosos); o

- ▶ cuando, si hubiera tenido lugar, la mediación hubiera privado a las partes de los derechos y facultades que el ordenamiento jurídico les concede (por ejemplo, por la necesidad antes apuntada de obtener medidas cautelares o de respetar un plazo de caducidad).

Además de los anteriores, existen otros casos en los que la celebración de una mediación “obligatoria” después de haber comenzado el arbitraje puede resultar contraproducente. Cuando así ocurra, lo lógico es reconocerle a los árbitros la facultad de optar entre medidas de cumplimiento sustitutorio y no imponer sanción alguna, según las circunstancias del procedimiento. Ambas soluciones serían dignas de considerarse en las siguientes situaciones (de nuevo, el listado no es exhaustivo):

- ▶ cuando el arbitraje se encuentre en una situación procesal tal que las partes no estarían en igualdad en el caso de que en ese momento se celebrase una mediación (por ejemplo, porque una de las partes ya hubiera presentado todos sus argumentos en el arbitraje y la otra aún no hubiera tenido la posibilidad de hacerlo; o porque el demandante hubiese obtenido medidas cautelares de las llamadas “anticipatorias” frente al demandado – por eso es crítico que los árbitros analicen su jurisdicción y el cumplimiento de la cláusula med-arb antes de que el arbitraje se encuentre irreversiblemente avanzado);
- ▶ cuando de las actuaciones arbitrales y de las manifestaciones de las partes resulte evidente que la mediación sería infructuosa y onerosa para las partes (por ejemplo, porque las posiciones se hallen tan enconadas que no exista una posibilidad de acuerdo)<sup>12</sup>;
- ▶ cuando el proceso arbitral se encuentre tan avanzado que la mediación o la conciliación haya perdido su razón de ser<sup>13</sup>; o

<sup>12</sup> En este caso, remitir a las partes a la mediación podría ser una forma retrasar o dificultar la obtención de una resolución que resuelva la disputa existente entre las partes.

<sup>13</sup> Conviene insistir: el análisis sobre la necesidad de “darle una oportunidad” a la mediación debe realizarse, dentro de lo posible, con carácter previo dentro del proceso arbitral.

- ▶ cuando el demandante demuestre que ha interpuesto la demanda arbitral de buena fe, creyendo que las diferencias entre las partes eran inconciliables, y la parte demandada no aporte prueba de lo contrario.

En todo caso, tómesese la aproximación que se tome ante las cláusulas med-arb, parece necesario dotar a los árbitros de un cierto margen de flexibilidad. Ellos son los principales interesados en que los convenios arbitrales (y, por ende, las cláusulas med-arb) se cumplan. Pero también son ellos los principales interesados en evitar que el arbitraje quede aprisionado entre formalismos exagerados. Sobre este extremo, conviene recordar que el arbitraje recibió un espaldarazo muy significativo cuando se eliminó el sistema de cláusula compromisoria que, para el efectivo comienzo del procedimiento arbitral, exigía la celebración de dos convenios sucesivos: uno antes y otro después de que naciera la controversia. Bajo ese régimen jurídico, a la parte a la que, después de surgida la disputa, ya no le interesaba el arbitraje, le era muy sencillo acabar con él. La interpretación y la ejecución de las cláusulas med-arb en ningún caso debería llevar a un resultado semejante, en el que la voluntad obstativa de una de las partes y los impedimentos que esa parte ponga para someterse a mediación hagan imposibles el arbitraje. Más bien al contrario: la mediación es un mecanismo al que las partes pueden acudir siempre que lo deseen (incluso pendiente el arbitraje), pero al que difícilmente se puede someter a alguien contra su voluntad. Ésa es la razón por la que los árbitros deben valorar cuidadosamente en cada caso concreto hasta qué punto es conveniente “imponer” una mediación que, por los motivos que sean, las partes no han querido o no han podido celebrar.

# Nulidad de Contrato y Nulidad de Cláusula Compromisoria

*Daniel E. Vielleville*  
*(Estados Unidos de América)<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Conceptos Fundamentales: 2.1. *Kompetenz-Kompetenz*; 2.2. *Arbitrabilidad*; 2.3. *Separabilidad o Autonomía de la Cláusula Compromisoria*. III. Retos a la Validez de un Contrato Contentivo de una Cláusula Compromisoria: 3.1. *La Convención de Nueva York y la Ley Modelo Cnudmi*; 3.2. *La Jurisprudencia Comparada*: 3.2.1. *Estados Unidos*. 3.2.2. *Inglaterra*. 3.2.3. *Canadá*. 3.2.4. *Francia*. 3.2.5 *Latinoamérica*; 3.3. *El caso venezolano*. IV. *Conclusión*.

---

<sup>1</sup> Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Obtuvo una Maestría en Leyes (LL.M.) en la Universidad de Georgia, EEUU, y J.D. en la Universidad de Miami, EEUU.

## I. INTRODUCCIÓN

Es fácilmente comprobable que el incumplimiento de las promesas es un hecho tan antiguo como las promesas mismas. A partir del mismo momento en que la humanidad reconoció el carácter jurídico de los convenios entre particulares, también se despertó el deseo de una de las partes de desconocer esas obligaciones.

El arbitraje comercial no escapa de este fenómeno. Es frecuente la situación donde una parte, después de haber celebrado un contrato y haber acordado someter cualquier disputa surgida de ese contrato a arbitraje, decide que es más conveniente a sus intereses que la controversia sea resuelta ante un tribunal ordinario. Por este motivo, esta parte inicia acciones judiciales ante un tribunal, no obstante la existencia de una cláusula arbitral. Como parte de su estrategia, esta parte recalcitrante puede alegar que el contrato que contiene la cláusula arbitral es nulo bajo alguna causal legal. Por su lado, el demandado, que todavía tiene un interés en que la controversia sea resuelta a través del mecanismo previsto en el contrato, buscará objetar la jurisdicción del tribunal que conoce de la acción. Por lo tanto, el demandado invoca la cláusula arbitral y solicita que la controversia, incluyendo los alegatos de nulidad del contrato principal, sea remitida a arbitraje. El tribunal, ante estas posiciones diametralmente opuestas de las partes, tiene dos opciones: (1) Entrar a analizar el contrato y la supuesta nulidad o (2) declarar su incompetencia de acuerdo con la cláusula arbitral. En vista que el arbitraje es una creación puramente contractual, alguien pudiera señalar que, si el contrato principal que contiene la cláusula arbitral es nulo, la obligación de someter la disputa a arbitraje también carece de validez.<sup>2</sup> La verdad es que, como se verá en este trabajo, esta aseveración no es correcta y carece de soporte en el mundo del arbitraje comercial.

La resolución de los problemas relativos a la distribución de competencias entre tribunales y árbitros ha ocupado a la doctrina comparada durante décadas. Al mismo tiempo, los tribunales han enfrentado este problema de varias formas, algunos de manera más afortunada que otros. Sin embargo, no es sino hasta años recientes que se empieza a desarrollar un cierto consenso

---

<sup>2</sup> RAU, Alan Scott: *Everything You Really Need to Know About "Separability" in Seventeen Simple Propositions*, *American Review of International Arbitration*, Tomo 14, 2004, p. 1.

jurisprudencial en el rol que tiene el tribunal en constatar la jurisdicción de los árbitros previo a que éstos dicten el laudo final.

Este artículo trata de explicar la forma en que la jurisprudencia comparada ha dado un vuelco en aceptar la jurisdicción de los árbitros para resolver aspectos ligados a la nulidad de un contrato contentivo de una cláusula arbitral. Por último, examinamos la posición de la doctrina y jurisprudencia venezolana sobre nulidades de contratos que incluyen cláusulas arbitrales.

## II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Antes de adentrarse en el estudio de los retos a la validez del contrato principal o de la cláusula compromisoria, es necesario establecer ciertos conceptos fundamentales, necesarios para entender la manera en que los tribunales valoran la jurisdicción de los árbitros.

### 2.1. *Kompetenz-Kompetenz*

En términos simples, la doctrina del *kompetenz-kompetenz* o *competence-competence* implica que los árbitros pueden resolver acerca de su propia competencia sin esperar que un tribunal ordinario lo haga. Bajo este principio, los árbitros no estarían obligados a paralizar un procedimiento arbitral a los fines de referir las objeciones jurisdiccionales a los tribunales ordinarios.<sup>3</sup> Sin embargo, la decisión de los árbitros sobre jurisdicción siempre estará sujeta en algún momento al control judicial, ya sea con anterioridad o posterioridad al laudo arbitral. Con la proliferación de legislaciones nacionales modernas sobre arbitraje comercial, el *competence-competence* ha alcanzado el carácter de principio general del arbitraje comercial, y también forma parte del Derecho Internacional Público.<sup>4</sup> Aunque el principio parece

<sup>3</sup> DIMOLITSA, Antonias: *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, *International Council for Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Tomo 9, 1999, pp. 217, 229. DIMOLITSA explica que el principio surge de una concesión por parte de los sistemas legales nacionales para que los árbitros decidan sobre su propia jurisdicción, sujeto a una posible revisión por los tribunales ordinarios.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 41(1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o el laudo arbitral *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic*, laudo preliminar sobre jurisdicción, *International Law Reports*, Cambridge University Press, Tomo 53, 1979, pp. 389 y s., donde el árbitro René Dupuy señaló que el principio, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, es una "norma consuetudinaria, la cual presenta un carácter de necesidad, derivada de la naturaleza

haber alcanzado un rol inmutable dentro del arbitraje internacional, existen diferencias sustanciales en distintos sistemas judiciales sobre cuál es el momento en que los tribunales supervisarán las resoluciones jurisdiccionales de los árbitros.

Se reconoce que el principio del *competence-competence* se manifiesta de diferentes maneras en el derecho comparado.<sup>5</sup> En aquellos países que han adoptado legislación adoptando o basada en la Ley Modelo CNUDMI,<sup>6</sup> el Artículo 16(1) consagra el principio del *competence-competence*:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.<sup>7</sup>

En Francia, en donde el principio quizás ha alcanzado su mayor expresión, la doctrina de *competence-competence* sirve como un instrumento para retrasar la intervención de los tribunales ordinarios hasta después de dictado el laudo arbitral. Los árbitros deciden aspectos jurisdiccionales de forma preliminar sin perjuicio del poder último de los tribunales de supervisar la competencia del árbitro. En este sentido, la legislación francesa otorga poder a los árbitros para decidir acerca de su propia jurisdicción, incluyendo el resolver sobre la validez y ámbito del compromiso arbitral.<sup>8</sup> El poder

---

jurisdiccional del arbitraje, confirmada por jurisprudencia con más de 100 años de antigüedad y reconocida unánimemente por los escritos de los juristas.”

<sup>5</sup> BARCELÓ, John J.: *Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Tomo 36, 2003, p. 1115.

<sup>6</sup> Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

<sup>7</sup> Ver también el Artículo 21(2) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: “El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria.”

<sup>8</sup> *Nouveau code de procedure civile*, Art. 1466.

del árbitro opera en conjunto con la obligación de los tribunales franceses de paralizar un litigio hasta tanto se haya resuelto el arbitraje.<sup>9</sup> Este es el denominado “efecto negativo” del principio del *competence-competence*.<sup>10</sup> Bajo un robusto sistema de *competence-competence* como el francés, todos los aspectos jurisdiccionales, incluyendo la existencia y validez del acuerdo arbitral pueden ser resueltos inicialmente por los árbitros.<sup>11</sup>

La posición francesa se contraponen en cierta medida a las de Inglaterra<sup>12</sup> y los Estados Unidos<sup>13</sup> donde tradicionalmente las partes tienen el derecho

<sup>9</sup> *Idem*, Art. 1458. Esta disposición establece que si los árbitros han aceptado la disputa, los tribunales deben declararse incompetentes para conocer de la controversia. Si todavía no se ha constituido el panel arbitral, cualquier procedimiento en la jurisdicción ordinaria proseguirá únicamente si el acuerdo arbitral es manifiestamente nulo. La utilización del “manifiestamente nulo” dentro del Artículo 1458 implica que el tribunal está circunscrito a una revisión *prima facie* de que existe un acuerdo arbitral válido. LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. & KRÓLL, Stefan: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 347, 348. La posición del derecho francés se puede contraponer a la del derecho suizo donde un tribunal si verificará la existencia de una cláusula arbitral de forma sumaria (*prima facie*) si el arbitraje tiene lugar en Suiza. Arts. 7 y 176 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*. Ver también la sentencia del Tribunal federal suizo del 13 septiembre de 2004, publicada en *ASA (Association suisse de l'arbitrage) Bulletin*, Wolters KLUWER, Tomo 23, 2005, p. 145. Por el contrario, si el arbitraje tiene lugar fuera de Suiza, los tribunales de ese país se avocarán a un análisis detallado del acuerdo arbitral.

<sup>10</sup> El efecto negativo del *competence-competence* puede observarse en el Artículo VI(3) de la Convención de Ginebra de 1961, el cual establece que si la parte de un acuerdo arbitral inicia algún procedimiento bajo ese acuerdo antes del comienzo de cualquier acción judicial ante un tribunal, cualquier tribunal que posteriormente reciba una acción para declarar el acuerdo arbitral como inválido deberá paralizar el procedimiento hasta que los árbitros dicten el laudo. Ver Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, *United Nations Treaty Series*, Tomo 484, pp. 349 y s. El efecto negativo también aparece reflejado, aunque de manera parcial, en los Artículos 16(3) y 8(2) de la Ley Modelo CNUDMI, que autorizan, una vez que los árbitros hayan definido su jurisdicción de acuerdo con el Artículo 16(1), a que (i) cualquiera de las partes pueda solicitar al tribunal que conozca de la acción presentada en contravención al acuerdo arbitral, el decidir la cuestión de manera inmediata, y (ii) el procedimiento arbitral continúe mientras el tribunal resuelve sobre la validez del acuerdo arbitral.

<sup>11</sup> Este principio fue recientemente ratificado por la *Cour de cassation* en la sentencia del asunto *Tag Heuer*, sentencia del 7 de junio de 2006 (*Copropriété maritime Jules Verne c/ Soc. American Bureau of Shipping (ABS)*). La decisión puede consultarse en *Revue de l'arbitrage*, Kluwer International Law, 2006, pp. 945 y s.

<sup>12</sup> Sección 30, *Arbitration Act 1996*.

<sup>13</sup> De hecho, en los Estados Unidos no existe el efecto negativo del principio del *competence-competence*. Un tribunal podrá decidir sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral, aun cuando ya se haya constituido el panel arbitral. Ver BARCELÓ, *ob. cit.*, p. 1133.

de someter a los tribunales aspectos de jurisdicción arbitral antes de que se dicte el laudo. Estos sistemas que permiten que a las partes acudir a los tribunales ordinarios para impugnar la jurisdicción de los árbitros previo a la emisión de laudo se han denominado de "control concurrente".<sup>14</sup> Se ha señalado que los sistemas que permiten a sus tribunales decidir sobre la jurisdicción de los árbitros previo a la etapa de reconocimiento del laudo arbitral, como es el caso de Inglaterra y los Estados Unidos, presentan una postura incompleta del principio *competence-competence*.<sup>15</sup> Otros ejemplos de adopción parcial del principio del *competence-competence* se encontrarían en aquellos sistemas que han adoptado la Ley Modelo CNUDMI o han basado su legislación en ésta.<sup>16</sup>

## 2.2. Arbitrabilidad

La arbitrabilidad es un concepto que incluye el ámbito y alcance del acuerdo arbitral.<sup>17</sup> La arbitrabilidad sirve como un límite al derecho contractual de arbitrar, al establecer que ciertas materias están excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje por disposición expresa de la ley.<sup>18</sup> El concepto de arbitrabilidad ha sido dividido tradicionalmente entre arbitrabilidad

<sup>14</sup> REDFERN, Alan, HUNTER, Martin y otros: *Teoría y Práctica del Arbitraje Internacional*, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 376.

<sup>15</sup> DIMOLITSA, *ob. cit.*, p. 234.

<sup>16</sup> Ver Artículo 8, el cual expresa: (1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes el arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. (2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal. Puede observarse que el artículo 8(1) de la Ley Modelo omite el "manifiestamente" del Artículo 1458 del *Nouveau code de procedure civile* francés. De acuerdo con unos de los comentaristas más reconocidos de la Ley Modelo, los redactores de ésta consideraron seguir el lenguaje de la legislación francesa, pero optaron por una solución en la que el tribunal resuelve este aspecto de forma definitiva antes de enviar a la partes al arbitraje. Ver HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989, p. 303.

<sup>17</sup> Ver en general HANOTIAU, Bernard: *L'arbitrabilité, Recueil de Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 296, 2002, pp. 25 y s.

<sup>18</sup> El Artículo II de la Convención de Nueva York establece que los Estados Contratantes reconocerán acuerdos arbitrales concernientes "a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje."

“subjetiva” y “objetiva.” La arbitrabilidad subjetiva cubre aquellos aspectos conectados con quién puede arbitrar, mientras que la denominada arbitrabilidad objetiva prohíbe que los particulares sometan ciertas materias a arbitraje.<sup>19</sup>

En los Estados Unidos, los tribunales ordinarios resuelven si una disputa en particular está dentro del ámbito del acuerdo arbitral,<sup>20</sup> al menos que las partes hayan establecido lo contrario de forma clara e indudable.<sup>21</sup> Un ejemplo de esta manifestación clara e indudable de las partes es la adopción de reglas de arbitraje institucionales que otorgan jurisdicción a los árbitros para resolver sobre su propia competencia.<sup>22</sup> Aun si existe una atribución inicial de competencia a favor de los tribunales con respecto a la arbitrabilidad sujeta, como ya se señaló, a la voluntad de las partes, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido enfática en señalar que cualquier duda relativa al ámbito de los aspectos arbitrales debe ser resuelta en favor del arbitraje.<sup>23</sup> La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido constante en aceptar que los árbitros pueden resolver aspectos considerados por el derecho sustantivo como de “orden público.”<sup>24</sup>

<sup>19</sup> LEW, MISTELIS & KRÖLL, *ob. cit.*, p. 331. Ver también NAKAMURA, Tatsuya, *Arbitrability and Lex Arbitri*, *Mealey's International Arbitration Reports*, LexisNexis, Tomo 17-3, 2002, p. 13.

<sup>20</sup> *First Option of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 939 (1994). En este caso los accionistas de una sociedad objetaron el haber acordado someter a arbitraje su responsabilidad bajo un contrato celebrado por la sociedad y no por ellos. La Corte Suprema estableció que los tribunales ordinarios debían decidir sobre la arbitrabilidad de la disputa. Para una crítica del caso, ver RAU, Alan Scott, “*The Arbitrability Question Itself*”, *American Review of International Arbitration*, Tomo 10, 1999, pp. 287 y s.

<sup>21</sup> PARK, William W.: *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz – Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, *Arbitration International*, Kluwer Law International, 1996, Tomo 12, p. 137.

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, *Contec Corp. v. Remote Solution Co., Ltd.*, 398 F. 3d 205 (2d Cir. 2005) (utilización de las Reglas Comerciales de la AAA); *Appollo Computer Inc. v. Berg*, 886 F. 2d 469 (1<sup>st</sup> Cir. 1989) (adopción de las Reglas de Arbitraje de la CCI para permitir al tribunal arbitral determinar el ámbito de aplicación de la cláusula arbitral.)

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo, *Moses H. Cone Mem. Hosp. V. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983).

<sup>24</sup> Ver *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 627 (1985) (los árbitros fueron autorizados para resolver pretensiones bajo la legislación de protección de la libre competencia.)

### 2.3. Separabilidad o Autonomía de la Cláusula Compromisoria<sup>25</sup>

Separabilidad y autonomía se usan para referirse a la independencia de la cláusula compromisoria en relación con el contrato principal.<sup>26</sup> Este concepto parte de una ficción legal.<sup>27</sup> Sin la existencia de esta teoría se pudiera pretender que una decisión de los árbitros de que el contrato principal es inexistente acarrearía la pérdida de la autoridad de éstos. Sin embargo, esto no es así por disposición expresa de la ley que le otorga vida propia a la cláusula compromisoria, deslindada del contrato que la contiene.

La doctrina de la separabilidad postula que un contrato que incluya una cláusula arbitral debe ser analizado como dos acuerdos separados, donde un acuerdo refleja la transacción comercial entre las partes y el otro representa un convenio independiente y autónomo de someter las disputas que puedan surgir entre las partes a arbitraje.<sup>28</sup> El resultado de la existencia de estos dos acuerdos separados es que la nulidad del contrato principal no afecta la validez de la cláusula compromisoria.<sup>29</sup> Asimismo, la autonomía del acuerdo arbitral implica que éste sobrevive la terminación del contrato, ya sea por que el mismo ha sido ejecutado,<sup>30</sup> o de forma prematura, como sería en de un evento de fuerza mayor.<sup>31</sup> Sin el principio de separabilidad

<sup>25</sup> Aunque autonomía y separabilidad denotan el mismo principio, el uso de separabilidad se ha impuesto dentro de la doctrina moderna. FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN: *International Commercial Arbitration*, Kluwer International Law, 1999, p. 1999. Para una exposición del desarrollo de la doctrina, ver LÉBOULANGER, Philippe: *The Arbitration Agreement: Still Autonomous?*, *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, Kluwer Law International, Tomo 13, 2006, pp. 5 y s.

<sup>26</sup> CRAIG, Laurence, PARK, William W. y Paulsson, Jan: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, Inc., 2000, p. 161; DIMOLITSA, *ob. cit.*, p. 217.

<sup>27</sup> REDFERN, Hunter y otros, *ob. cit.*, p. 370.

<sup>28</sup> El fundamento de la concepción de dos acuerdos separados yace en que el objeto del contrato principal es por naturaleza distinto del acuerdo arbitral, por lo que no hay razón para diferenciar entre un acuerdo arbitral establecido en un instrumento separado del contrato de una cláusula compromisoria que forma parte del contrato principal. Ver DIMOLITSA, *op. cit.*, p. 219.

<sup>29</sup> SHEPPARD, JR., BEN H.: *The Moth, the Light and the United States' Severability Doctrine – The Decision of the Supreme Court in Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer International Law, Tomo 23, 2007, pp. 479, 481.

<sup>30</sup> MAYER, Pierre: *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, *Revue de l'Arbitrage*, Kluwer International Law, 1998, p.363.

<sup>31</sup> REDFERN, Hunter y otros, *ob. cit.*, p. 370 (2006); REDFERN, Alan: *The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Tomo 3, 1986, p. 22. Ver también *Cour de cassation*, 11 de julio de 2006 (So-

no se pudiera alegar la validez de un laudo arbitral que haya declarado nulo el contrato principal por motivos de ilegalidad.

La separabilidad ha sido a su vez justificada en base a una simple teoría de interpretación del contrato.<sup>32</sup> De acuerdo con esta postura, la doctrina reconoce la probable competencia de los árbitros, al presumir que las partes han debido confiar a los árbitros el poder para dictar una decisión virtualmente inapelable sobre la totalidad de su relación comercial.<sup>33</sup> De esta forma, la doctrina protege la intención expresa o implícita de las partes de que todas las diferencias entre ellas sean resueltas a través de arbitraje, incluyendo aquellas relativas a la validez del contrato principal. Este espíritu de protección de la intención de las partes se ve acentuado en el plano internacional, por cuanto el desarrollo del comercio internacional, en el cual interactúan personas provenientes de diferentes culturas jurídicas, requiere la protección de la expectativa de que cualquier disputa será resuelta en un foro neutral y removido de conexión nacional alguna.

Este principio actualmente forma parte de la gran mayoría de las legislaciones domésticas del mundo.<sup>34</sup> La separabilidad ha sido reconocida a su vez en el Derecho Internacional Público.<sup>35</sup> Asimismo, el principio aparece desarrollado en las reglas de arbitraje de las principales instituciones arbitrales.<sup>36</sup>

Es evidente que la doctrina de separabilidad actúa funcionalmente junto con el principio del *competence-competence*.<sup>37</sup> Varios autores destacan que

*ciété National Broadcasting Co. v. Bernadaux et autres*), publicada en *Revue de L'arbitrage*, Kluwer International Law, 2006 pp. 981-992.

<sup>32</sup> MAYER, *ob. cit.*, p. 362.

<sup>33</sup> *Idem*. Ver también RAU, Alan Scott: "Separability" in the United States Courts, *Stockholm International Arbitration Review*, JurisNet, LLC, 2006, Tomo 2006:1, p. 4.

<sup>34</sup> Artículo 16(1) de la Ley Modelo CNUDMI.

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, el laudo *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company*, laudo preliminar, 14 de enero de 1982, traducción al francés en *Revue de L'arbitrage*, Kluwer International Law, 1984, pp. 401-421; SCHWEBEL, Steven: *The Separability of the Arbitration Agreement*, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge University Press, 1987, p. 5.

<sup>36</sup> Ver, por ejemplo, Artículo 21 de las Reglas de Arbitraje CNUDMI; Artículo 6 de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; Artículo 23.1 de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; Artículo 15 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, *The Competence-Competence Principle. Revisited*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer International Law, Tomo 24, 2007, p. 232.

el *competence-competence* es una consecuencia directa de la separabilidad.<sup>38</sup> Sin embargo, creemos más adecuado considerar cada principio de forma separada, en vista de que normalmente aparecerán regulados por disposiciones legales distintas. Ambos conceptos previenen que las tácticas dilatorias de una parte provoquen la paralización del procedimiento arbitral antes de que éste comience. La autonomía de la cláusula arbitral opera con respecto a defectos en el contrato principal que pudiesen viciar la jurisdicción de los árbitros. Por su parte, la doctrina del *competence-competence* faculta a los árbitros para resolver sobre supuestos vicios aun con respecto al acuerdo arbitral mismo. De esta forma, el principio del *competence-competence* permite a los árbitros resolver sobre la validez, no sólo del contrato principal, sino también del acuerdo arbitral mismo.<sup>39</sup>

### III. RETOS A LA VALIDEZ DE UN CONTRATO CONTENTIVO DE UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Bajo la doctrina de la separabilidad, la nulidad del contrato principal no necesariamente elimina la jurisdicción del tribunal arbitral. Al contrario, el principio de separabilidad permite que los árbitros, al encontrarse con un alegato de que el contrato principal es nulo o ilegal, puedan resolver sobre estas objeciones. Por otro lado, el principio del *competence-competence* autoriza a los árbitros a decidir sobre su propia jurisdicción aun si una parte ha alegado que el acuerdo arbitral es nulo o inválido. La aplicación en la práctica de estos conceptos no está exenta de problemas.

#### 3.1. *La Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI.*

Pese a que los conceptos de separabilidad y de *competence-competence* han pasado a convertirse en principios generales del derecho del arbitraje internacional,<sup>40</sup> el principal instrumento convencional sobre el reconocimiento de acuerdos arbitrales extranjeros, la Convención de Nueva York,<sup>41</sup> no parece establecer con claridad estos principios fundamentales. En efecto,

<sup>38</sup> LEBOULANGER, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>39</sup> SMIT, Robert: *Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?*, *American Review of International Arbitration*, Tomo 13, 2002, p. 19.

<sup>40</sup> LEBOULANGER, *ob. cit.*, p. 12.

<sup>41</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.

la Convención de Nueva York no establece el principio de separabilidad o el de *competence-competence* de forma expresa.<sup>42</sup> Esta omisión, sin embargo, no afecta la aplicación de estos principios dentro de la Convención, en razón del carácter de principios generales del arbitraje internacional de estas doctrinas.

De acuerdo con el Artículo II(3) de la Convención, un tribunal de un estado contratante debe remitir una disputa comprendida dentro de un acuerdo arbitral a los árbitros, al menos que encuentre que el acuerdo arbitral es nulo, inoperativo o incapaz de ser ejecutado.<sup>43</sup> Como consecuencia de este lenguaje, pareciera a simple vista que cualquier aspecto relativo a la validez del acuerdo arbitral debe ser resuelto mediante un examen detallado por el tribunal.<sup>44</sup> Sin embargo, tal y como ALBERT VANDER BERG ha observado, el carácter favorable hacia el arbitraje que caracteriza a la Convención de Nueva York debería influir a que los tribunales que interpreten el Artículo II(3) utilicen esta facultad de forma estricta, considerando nulo al acuerdo arbitral sólo en casos manifiestos.<sup>45</sup>

Esta actitud pro-arbitraje se refleja en ciertas jurisdicciones, particularmente en Francia<sup>46</sup> y los Estados Unidos,<sup>47</sup> que al interpretar los términos de "nulo, ineficaz o inaplicable" del Artículo II(3) de la Convención de Nueva York, han limitado el ámbito de éstos a motivos reconocidos internacionalmente (coerción, corrupción, etc.), de forma tal que el acuerdo arbitral

<sup>42</sup> VAN DER BERG, Albert J.: *The New York Convention Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, 1981, p. 146 (1981).

<sup>43</sup> El Artículo II(3) establece: El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

<sup>44</sup> DIMOLITSA, *ob. cit.*, p. 242; LEW, MISTELIS & KRÖLL, *ob. cit.*, p. 347.

<sup>45</sup> VAN DER BERG, *ob. cit.*, p. 155. Tal es el caso de Canadá. Ver LEW, MISTELIS & KRÖLL, *ob. cit.*, p. 349.

<sup>46</sup> DIMOLITSA, *ob. cit.*, p. 224; FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, *ob. cit.*, p. 233.

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo, *Rhône Méditerranée Compagnia Francese di Assicurazioni e Riassicurazioni v. Achille Lauro*, 712 F.2d 50 (3rd Cir. 1983). Bajo el *Federal Arbitration Act* (FAA) la Convención de Nueva York está incorporada dentro del derecho federal de los Estados Unidos. De acuerdo con la Sección 208 del FAA, la Convención, que es aplicable a aquellos acuerdos arbitrales considerados no domésticos bajo el FAA, tiene prioridad sobre cualquier otra norma.

sólo pudiera ser revocado por violaciones del orden público internacional de esos países.<sup>48</sup>

El estándar de revisión de la jurisdicción del tribunal arbitral ha sido un tema de profundo debate bajo el Artículo 8(1) de la Ley Modelo CNUDMI. Este debate se divide entre quienes estiman que el tribunal debe realizar un examen detallado de la cláusula compromisoria y aquellos que consideran que el examen se limita a una constatación superficial o *prima facie* de la validez del acuerdo arbitral.<sup>49</sup> La posición que parece ganar mayor peso, basada principalmente en los *travaux préparatoires* de la Ley Modelo, es la que propone que el tribunal se debe limitar a un análisis *prima facie* de la jurisdicción arbitral.<sup>50</sup>

Por otro lado, bajo una vertiente conservadora de la doctrina inglesa, la supervivencia de una cláusula arbitral dependería de en que momento el contrato principal adquirió el carácter de nulo e ilegal. Bajo esta posición, si el contrato fue válido al momento de su perfeccionamiento pero se convirtió en inválido por causa sobrevenida, entonces la cláusula arbitral puede sobrevivir la extinción del contrato principal. Pero, sostiene esta posición conservadora, si el contrato es nulo e ilegal desde su nacimiento, o sea *ab initio*, la cláusula compromisoria no puede sobrevivir la inexistencia del contrato que la contiene, y cualquier decisión con respecto a la nulidad del contrato sería competencia de los tribunales ordinarios.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Ver, por ejemplo, la decisión *Dalico* de la Corte de Apelación de París, de fecha 26 de marzo de 1991, publicada en *Revue de Arbitrage*, Kluwer International Law, 1991, p. 456. Sin embargo, LEW, MISTELIS & KRÖLL, *ob. cit.*, pp. 342-345, opinan que otras consideraciones pudiesen entrar dentro de los términos “nulo, ineficaz o inaplicable.” Por ejemplo, el acuerdo arbitral pudiese ser “nulo” por (i) no referir a una relación legal definida, (ii) no haber sido consentido válidamente por las partes, o (iii) referir la disputa a una institución arbitral inexistente. De acuerdo con estos autores, el acuerdo arbitral sería “ineficaz” por la terminación o revocación del acuerdo arbitral por las partes. Por último, un acuerdo arbitral es “inaplicable” por la disolución de la institución arbitral escogida por las partes o la imposibilidad de celebrar el arbitraje en el lugar acordado por las partes.

<sup>49</sup> BANCHAND, Frédéric, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, *Arbitration International*, Kluwer Law International, Tomo 22, 2006, pp. 463 y s.

<sup>50</sup> *Idem.*, pp. 472, 473.

<sup>51</sup> Esta es la postura de Alan Redfern. Ver REDFERN, HUNTER y otros, *ob. cit.*, p. 35; REDFERN, *ob. cit.*, p. 31. Sin embargo, esta posición no está apoyada por la Ley Modelo CNUDMI, cuyo Artículo 16(1) no distingue entre los defectos iniciales o posteriores que pueda adolecer la cláusula compromisoria. Ver CNUDMI: *Reporte del Secretario-General*, A/CN.9/264, 25 de marzo de 1985, p. 38.

### 3.2. *La Jurisprudencia Comparada*

En años recientes, los más altos tribunales de varios países, incluyendo los Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Francia y Latinoamérica han dictado decisiones sobre la distribución de competencias entre tribunales y árbitros para resolver acerca de la nulidad del contrato principal y de la cláusula compromisoria. Como se verá a continuación, estas decisiones presentan una marcada similitud en sus conclusiones.

#### 3.2.1. *Estados Unidos*

Ya se ha señalado que los Estados Unidos carecen de una doctrina sólida del *competence-competence*.<sup>52</sup> Aspectos relativos a la existencia y validez del acuerdo arbitral están sometidos a un examen completo por los tribunales, aun en el caso de que los árbitros ya conozcan de la disputa. Sin embargo, las recientes decisiones del máximo tribunal de los Estados Unidos parecen clarificar la distribución de competencias entre tribunales y árbitros dentro del sistema estadounidense para resolver aspectos jurisdiccionales.

La Corte Suprema de los Estados Unidos recientemente consideró, en *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*,<sup>53</sup> si una acción de nulidad de un contrato contentivo de una cláusula arbitral, donde se alegaba que el respectivo contrato estaba viciado de nulidad absoluta, debía ser resuelta por el tribunal o por los árbitros.<sup>54</sup> La Corte Suprema concluyó que, mientras no se hubiese atacado la validez de la cláusula compromisoria, los árbitros tienen prioridad para decidir cualquier ataque a la existencia del contrato principal.

En *Buckeye*, un grupo de individuos habían instituido una acción colectiva ("class action") contra una empresa de cambio y avances de cheques, alegando que los honorarios cobrados por la empresa violaban ciertas leyes civiles y penales contra la usura del estado de la Florida. Los contratos de

<sup>52</sup> Ver CRAIG, PARK & PAULSSON, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>53</sup> 546 U.S. 440, 126 S. Ct. 1204 (2006).

<sup>54</sup> La Corte Suprema también resolvió ciertos aspectos relativos a la supremacía de la legislación federal de arbitraje sobre regulaciones de carácter estatal que limitan la sumisión de disputas a arbitraje. Estos aspectos, muy controversiales en el derecho estadounidense, no serán tratados en este trabajo. Sobre este tema ver *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 104 S. Ct. 852, 79 L.Ed 2d. 1 (1984), donde la Corte Suprema estableció que una acción bajo la legislación de franquicias estatal estaba incluida dentro de un acuerdo arbitral, no obstante una prohibición expresa al arbitraje adoptada por la legislación del estado.

cambio entre la empresa y los demandantes incluían cláusulas arbitrales. Los demandantes alegaron que la naturaleza contraria al orden público de los contratos los convertía en nulos *ab initio*, por lo tanto viciando a su vez las cláusulas arbitrales contenidas en éstos.

El antecedente inmediato de *Buckeye* fue la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*<sup>55</sup> En esa instancia, la Corte Suprema determinó que una acción para rescindir un contrato por supuestos vicios en el consentimiento de una parte debía ser resuelta por los árbitros. La Corte Suprema señaló en esa decisión:

Si la acción es dolo en inducir la cláusula arbitral –un aspecto que va dirigido a la “realización” del acuerdo arbitral– el tribunal federal puede proceder a resolverla. Pero el texto legal no permite al tribunal federal considerar de forma general acciones por dolo en el consentimiento del contrato.<sup>56</sup>

Sin embargo, la decisión *Prima Paint* dejó sin resolver si el principio requiere referir a arbitraje un reto basado en que el contrato principal es nulo o ilegal desde su nacimiento, a diferencia de una acción por rescisión de un contrato sujeto a nulidad relativa.<sup>57</sup> La Corte Suprema de Florida, al conocer de la disputa, concluyó que eran los tribunales de ese estado, y no los árbitros, quienes debían determinar la legalidad de los contratos. La Corte Suprema de Florida consideró que *Prima Paint* no era aplicable en este caso por tratarse una acción de nulidad absoluta y no relativa, donde si el contrato principal resultaba nulo en derecho, todas sus estipulaciones, incluyendo la cláusula arbitral, también resultarían nulas. Por lo tanto, la Corte Suprema de Florida, en vez de determinar a quien le correspondía la competencia para resolver si los contratos eran nulos, se concentró en los meritos de la nulidad de estos contratos.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> 388 U.S. 395, 87 S. Ct. 1801, 18 L. Ed. 2d 1270 (1967).

<sup>56</sup> 388 U.S. 404. *Prima Paint* colocó a la doctrina de separabilidad como un pilar de la legislación arbitral con el objeto de proteger la jurisdicción de los árbitros. SHEPPARD, *ob. cit.*, p. 482.

<sup>57</sup> La posición jurisprudencial dominante sobre este aspecto previo a *Buckeye* era que no existía una cláusula compromisoria válida si el contrato estaba sujeto a una nulidad absoluta y los tribunales, a diferencia de los árbitros, debían resolver sobre esta nulidad. RAU, *ob. cit.*, p. 10; SMIT, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>58</sup> SHEPPARD, *ob. cit.*, p. 487.

La Corte Suprema de los Estados Unidos se mostró en desacuerdo con su similar de la Florida. La Corte Suprema señaló que la única distinción relevante era entre ataques a la validez del acuerdo arbitral y ataques al contrato principal. En este último caso, son los árbitros quienes resuelven sobre la nulidad del contrato, de acuerdo con el acuerdo arbitral autónomo contenido en el contrato.<sup>59</sup>

*Buckeye* presenta meritos obvios. Una acción para anular un contrato implica inevitablemente el fondo de la disputa, y la no sumisión a los árbitros resultaría en que los tribunales ordinarios entrarían en conocimiento de aspectos que las partes han remitido a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, *Buckeye* no resolvió el alcance de la tarea del tribunal con respecto al alegato de invalidez del compromiso arbitral. ¿Implica esta tarea un análisis *prima facie* del compromiso arbitral o una revisión sobre los méritos de la nulidad?

Recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo la oportunidad de reconsiderar su decisión en *Buckeye*. En *Preston v. Ferrer*,<sup>60</sup> la Corte Suprema extendió el principio de que los árbitros tienen jurisdicción primaria para resolver alegatos de nulidad del contrato contenido de la cláusula compromisoria, aun cuando la ley estatal disponga de procedimientos administrativos previos a la sumisión a arbitraje.

### 3.2.2. Inglaterra

No obstante la presencia de los principios de separabilidad y *competence-competence* en la legislación inglesa de arbitraje,<sup>61</sup> ha existido una tendencia de los tribunales ingleses de determinar ellos mismos los aspectos relativos a la jurisdicción arbitral, en vez de dejar esta labor a los árbitros.<sup>62</sup> De acuerdo

<sup>59</sup> ALAN RAU ofrece varios ejemplos de ataques al contrato principal que también implicarían un reto a la cláusula compromisoria, por lo que deberían ser resueltos por el tribunal y no los árbitros: (a) que la firma del documento fue forjada, (b) que la persona que suscribió el contrato carece de autoridad para hacerlo, (c) que existió dolo en inducir el consentimiento de la otra parte, o (d) incompetencia o incapacidad de una parte. RAU, *op. cit.*, pp. 15-16. Cfr., VAN DER BERG, *ob. cit.*, pp. 156 y s.

<sup>60</sup> 552 U.S. \_\_ (2008).

<sup>61</sup> Ver Secciones 7 y 30, *Arbitration Act 1996*. Aun antes de la adopción del *Arbitration Act 1996*, ciertas decisiones inglesas ya habían acogido el principio de la separabilidad. Ver *Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General Int'l Ins. Co. Ltd.*, [1993] QB 701.

<sup>62</sup> Ver PAULSSON, Jan: *Arbitration-Friendliness: Promises and Realities of Practice, Arbitration International*, Kluwer International, Tomo 23, 2007, pp. 477, 482.

con la práctica previa a 2007, los tribunales ingleses tenían la opción de decidir temas relativos a la validez de un contrato contentivo de una cláusula arbitral.<sup>63</sup> El fundamento de la discreción del tribunal para decidir o remitir a los árbitros un aspecto jurisdiccional era la “conveniencia” para la administración de justicia.<sup>64</sup> Esta actitud de los tribunales ingleses ha sido criticada por atentar contra la aplicación práctica a las doctrinas de separabilidad y *competence-competence*.<sup>65</sup>

El reciente caso de *Fiona Trust v. Privalov* indica un cambio importante en la jurisprudencia de los tribunales ingleses. La disputa surgió de la pretensión por varios navieros, propiedad del gobierno ruso, de rescindir unos contratos de fletamento sobre la base de que estaban viciados de dolo al haber sido obtenidos a través del pago de sobornos. Simultáneamente con esta acción, los fletadores comenzaron un procedimiento arbitral buscando hacer valer sus derechos de acuerdo con la cláusula compromisoria incluida en los contratos de fletamento. El aspecto fundamental a determinarse en el litigio fue si el derecho del naviero a rescindir los contratos debía ser resuelto por los árbitros o el tribunal. La corte de primera instancia concluyó que era el tribunal quien debía realizar esta determinación.<sup>66</sup>

En su revisión de la sentencia de la corte de primera instancia, la Corte de Apelación dejó sin lugar esa decisión, señalando que no era suficiente alegar que el soborno vicia el contrato entero al menos que existiese alguna razón particular para alegar que el soborno vicia la cláusula compromisoria como tal.<sup>67</sup> Los navieros llevaron el caso ante el máximo tribunal del Reino Unido.

<sup>63</sup> Ver *Al-Naimi v. Islamic Press Agency*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 522, p. 525.

<sup>64</sup> Ver *Law Debenture Trust Corp. v. Elektrim Finance BV.*, [2005] EWHC 1412 (Ch).

<sup>65</sup> PAULSSON, *ob. cit.*, p. 483 (“La situación debería ser que, cuando una parte ataca la existencia del contrato mismo (en vez de la cláusula arbitral específicamente) la disputa debe ser resuelta en arbitraje.”)

<sup>66</sup> [2006] All ER (D) 254 (decidido el 20 de octubre de 2006). La corte señaló que el tema de si los navieros habían celebrado un contrato válido no caía dentro del ámbito de las cláusulas de arbitraje, en razón de que los árbitros no poseían jurisdicción para decidir sobre ese aspecto. La corte añadió que aun si los árbitros tuviesen jurisdicción, el tribunal debería, por razones de conveniencia, decidir si los contratos de fletamentos habían sido rescindidos, en vez de esperar por una aplicación de una parte solicitando la revisión de la decisión de los árbitros sobre su jurisdicción. Sobre la decisión del corte, ver PAULSSON, *ob. cit.*, pp. 482 y s.

<sup>67</sup> *Fiona Trust and Holding Corp. v. Privalov*, [2007] EWCA Civ 20. Para un análisis de la decisión de la Corte de Apelación, ver PENGELLEY, Nicholas: *Separability Revisited: Arbitration*

En 2007, el *House of Lords* del Reino Unido afirmó la decisión de la Corte de Apelación.<sup>68</sup> Lord Hoffman empezó su análisis con el comentario de que la jurisprudencia inglesa previa no otorgaba suficiente crédito al avance del derecho comercial de ese país, en especial a la adopción del principio de separabilidad en el *Arbitration Act* de 1996. Por lo tanto, el magistrado explicó, era tiempo de “empezar de nuevo.”<sup>69</sup> El tribunal razonó que la interpretación de una cláusula arbitral “debería comenzar a partir del supuesto de que las partes, como comerciantes razonables, han deseado que cualquier disputa nacida de la relación en la que han entrado sea decidida por el mismo tribunal, al menos que el lenguaje de la cláusula deje claro que ciertos aspectos fueron intencionalmente excluidos de la jurisdicción de los árbitros.”<sup>70</sup> Con respecto al efecto del alegato de soborno sobre la cláusula arbitral, el magistrado concluyó que la Sección 7 del *Arbitration Act 1996* implica que el contrato principal y la cláusula compromisoria deben considerarse separados y el acuerdo arbitral sólo puede ser invalidado sobre bases que afectan directamente a este acuerdo y no como consecuencia de la nulidad del contrato principal.<sup>71</sup> Lord Howe, por su parte, añadió que la jurisprudencia internacional apoyaba el uso de una actitud liberal con respecto al lenguaje utilizado por las partes, en vista de la presunción comercial de que las partes no desean tener el inconveniente de litigar dos posibles disputas en sitios distintos, especialmente cuando operan en un plano internacional.<sup>72</sup> Es importante señalar que tanto la Corte de Apelación como el *House of Lords*, citaron la decisión *Buckeye* de la Corte Suprema de los Estados Unidos en soporte de sus conclusiones.

La decisión de *Fiona Trust v. Privalov* constituye un movimiento importante de los tribunales ingleses, nación que es reconocida como el principal centro arbitral del mundo, en favor del reconocimiento de la autoridad de los árbitros para resolver sobre los ataques al contrato principal. En este sentido, el *House of Lords* se alinea con la Corte Suprema de los Estados

---

*Clauses and Bribery- Fiona Trust Holding Corp. v. Privalov, Journal of International Arbitration, Kluwer International Law, Tomo 24, 1997, pp. 445-454.*

<sup>68</sup> *Fiona Trust and Holding Corp. v. Privalov*, [2007] UKHL 40.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>72</sup> *Idem.*, p. 31.

Unidos en adoptar una solución similar a la resolución de retos de nulidad contra contratos sometidos a arbitraje.

### 3.2.3. Canadá

En el año 2007, la Corte Suprema de Canadá dictó dos sentencias que aclaran la relación entre tribunales y árbitros con respecto a retos a la cláusula compromisoria.

La primera de estas decisiones es *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*.<sup>73</sup> En este caso, Dell había publicado precios incorrectos de sus productos en su página Web. Antes de que el error fuera corregido, un consumidor colocó una orden de compra. La empresa notificó al comprador de que no procesaría la orden debido al error. El comprador, junto con una organización pro-derechos del consumidor, inició una acción colectiva contra Dell. La empresa invocó la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa celebrado electrónicamente entre ella y sus consumidores. Tanto el tribunal como la corte de apelación de Québec coincidieron, por razones diferentes, en que la cláusula arbitral no era válida.

La Corte Suprema revocó las decisiones de los tribunales de Québec. Por un lado, la Corte aceptó el uso de cláusulas de arbitraje electrónicas. En relación con el objeto de este trabajo, la Corte estableció que los árbitros tienen prioridad para resolver sobre su propia jurisdicción. La Corte señaló que los tribunales deben abstenerse de revisar cuestiones de hecho relativas a la aplicación de una cláusula arbitral. Bajo este principio, los tribunales sólo tendrían autoridad para resolver sobre la validez de una cláusula arbitral cuando el aspecto a resolver sea una cuestión de derecho puramente. Con respecto a aspectos mixtos de hecho y derecho, la Corte Suprema consideró que la labor del tribunal se limita a un examen superficial de las pruebas documentales.

El mismo día en que la Corte Suprema decidió la disputa en *Dell*, también dictó la sentencia *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*,<sup>74</sup> otra acción colectiva entablada por un grupo de consumidores, esta vez contra una empresa de servicios de telefonía móvil. Aquí, la Corte Suprema ratificó sus conclusiones establecidas en *Dell* y consideró que, como en este caso existían aspectos mixtos de hecho y derecho que requerían más que una simple revisión super-

<sup>73</sup> Sentencia del 13 de julio de 2007, 2007 SCC 34 (2007).

<sup>74</sup> 2007 SCC 35.

ficial de las pruebas, eran los árbitros quienes tenían jurisdicción exclusiva para realizar esta labor y decidir sobre su propia jurisdicción.

Con estas dos decisiones, Canadá ha adoptado una forma *sui generis* de resolver ataques a la validez de un contrato sujeto a un acuerdo arbitral. No obstante esta posición peculiar, es importante resaltar que la jurisprudencia canadiense se aproxima de forma sustancial a las soluciones de los tribunales de los Estados Unidos e Inglaterra.

#### 3.2.4. Francia

Los tribunales franceses son extremadamente celosos del principio *competence-competence* y la prioridad de la jurisdicción del tribunal arbitral. Pese a que el tribunal francés examina la validez del acuerdo arbitral mediante un procedimiento controvertido, la labor del tribunal se limita a un análisis *prima facie* de la nulidad del acuerdo arbitral.<sup>75</sup> La decisión de la *Cour de cassation* en el asunto del buque *Tag Heuer* ha ratificado que los tribunales franceses se deben abstener de proceder a un examen sustancial del acuerdo de arbitraje.<sup>76</sup> Es relevante destacar que el tribunal no puede ejercer este control superficial de oficio, sino sólo a solicitud de la parte que alega la nulidad o ineficacia de la cláusula compromisoria.<sup>77</sup>

#### 3.2.5. Latinoamérica<sup>78</sup>

Recientemente, varias jurisdicciones latinoamericanas han adoptado una postura similar a la de sus contrapartes de los Estados Unidos e Inglaterra.

Recientemente, la Corte Suprema de México resolvió el tema de la distribución de competencias con respecto a la nulidad de contratos y cláusulas arbitrales de forma de atribuir competencia primaria a los tribunales sobre ataques a la validez de la cláusula compromisoria y no del contrato principal.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Cachard, Olivier: *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, *Revue de l'Arbitrage*, Kluwer International Law, 2006, p. 893.

<sup>76</sup> *Cour de cassation*, 7 de junio de 2006 (*Navire Tag Heuer*). Ver también FOUCHARD, GALLIARD & GOLDMAN, *ob. cit.*, p. 232.

<sup>77</sup> CACHARD, *op. cit.*, pp. 899-900.

<sup>78</sup> Sobre los principios de separabilidad y *competence-competence* en Latinoamérica, ver, de manera general, FRUTOS-PETERSON, Claudia: *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine: L'efficacité de son droit*, L'Harmattan, 2002, p. 265 y s.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia, 11 de enero de 2006, publicada en [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com). Ver GONZÁLEZ DE COSSÍO, *ob. cit.*, pp. 233-235, para un completo análisis de la sentencia. La decisión de la Corte Suprema se originó de un conflicto de sentencias entre

En este caso, la Corte Suprema señaló que los árbitros son competentes para conocer y decidir en relación con la existencia o validez del contrato principal, pero no de la cláusula compromisoria.<sup>80</sup> Adicionalmente, la Corte Suprema sostuvo que si una parte invoca la nulidad del acuerdo arbitral, entonces el tribunal tendría que decidir este aspecto antes de remitir la disputa a los árbitros. Esta parte de la decisión la Corte Suprema ha sido criticada por la doctrina mexicana.<sup>81</sup>

En particular, GONZÁLEZ DE COSSÍO, de forma muy convincente, señala que la posición de la Corte Suprema de México, al igual que la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Buckeye*, ha invertido el principio fundamental del *competence-competence* que dispone que sean los árbitros quienes decidan sobre la existencia y validez del acuerdo arbitral. Bajo este principio general, la nulidad, ineficacia o imposibilidad del acuerdo arbitral, prevista en el artículo 1424 del Código de Comercio mexicano,<sup>82</sup> es una excepción a la obligación del tribunal de remitir la disputa a los árbitros.<sup>83</sup> De acuerdo con GONZÁLEZ DE COSSÍO, la mejor solución hubiese sido referir el asunto directamente a los árbitros, quedándole al tribunal la oportunidad de controlar las decisiones de los árbitros en la etapa de ejecución de laudo arbitral.<sup>84</sup> Esta postura tiene grandes meritos en que promueve la voluntad de las partes y previene tácticas dilatorias por la parte que no desea cumplir su obligación de someter la disputa a arbitraje. Sin embargo, como bien lo reconoce este autor, la norma mexicana, al igual que el Artículo 8 de la Ley Modelo CNUDMI y el Artículo II(3) de la Convención de Nueva York, ordena al tribunal a ejercer la actividad judicial de “comprobar” que el

---

dos tribunales de circuito. Uno de los tribunales había concluido que eran los árbitros quienes debían decidir sobre la validez del acuerdo arbitral. El otro tribunal razonó de manera completamente opuesta.

<sup>80</sup> El Artículo 1432 del Código de Comercio de México está basado en el Artículo 24 de la Ley Modelo CNUDMI.

<sup>81</sup> Ver GRAHAM, James A. & LEAL-ISLA, Carlos: *Observation - Cour Suprême du Mexique, 11 janvier 2006, Revue de Arbitrage*, Kluwer International Law, 2006, pp. 1040-1041. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *ob. cit.*, p. 238 y s. Estos autores señalan que la Corte Suprema debió haber adoptado una concepción completa de la doctrina del *competence-competence* de forma tal que fuesen los árbitros quienes decidan en primera instancia sobre la validez del acuerdo arbitral.

<sup>82</sup> Similar al Artículo 8 de Ley Modelo de CNUDMI.

<sup>83</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, *ob. cit.*, pp. 238, 239.

<sup>84</sup> *Ídem*, p. 243.

acuerdo es nulo.<sup>85</sup> Este requerimiento de cierto nivel de labor judicial implica derechos para la parte que argumenta la nulidad del acuerdo arbitral, lo que conlleva a que sea necesaria una declaración judicial, a petición expresa de la parte, de que el acuerdo es válido. Se debe aclarar que esta determinación judicial no minimizaría el hecho que el tribunal debe circunscribirse a un análisis sumario, limitado exclusivamente a determinar la nulidad evidente o manifiesta del acuerdo arbitral.

Ecuador es otra jurisdicción latinoamericana donde recientemente se ha ventilado el tema de la nulidad de un contrato contentivo de una cláusula compromisoria. En este caso, la Corte Suprema de Ecuador revisó la decisión de un tribunal inferior que había remitido una disputa a los árbitros donde se alegaba que el consentimiento de un contrato había sido obtenido a través de violencia y su causa era ilegítima. La Corte Suprema aceptó el razonamiento del tribunal de primera instancia de que la nulidad de contrato no afectaría el derecho de las partes de someter sus diferencias a los árbitros, incluyendo la nulidad del contrato principal. La Corte Suprema añadió que las partes mantenían el derecho de que los meritos del alegato de nulidad fuesen resueltos por los árbitros.<sup>86</sup>

### 3.3. El caso venezolano

El Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998<sup>87</sup> adopta los principios de *competence-competence* y de separabilidad en prácticamente los mismos términos que la Ley Modelo CNUDMI.<sup>88</sup> Asimismo, Venezuela ha adoptado, entre otras fuentes internacionales, las Convenciones de Nueva

<sup>85</sup> *Ídem*, p. 244.

<sup>86</sup> Corte Suprema del Ecuador, 24 de mayo de 2006 (*Makro S.A. v. Fodeva S.A.*), R.O. 436 del 12 de enero de 2007. Reportada por LOOSE, Hernán Pérez en *ITA Monthly Report*, [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), 2007.

<sup>87</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.438 del 7 de abril de 1998.

<sup>88</sup> El principio del *competence-competence* se repite en el Artículo 25 de la Ley de Arbitraje Comercial, dentro de su Capítulo IV: Del Proceso Arbitral. Una posible razón de esta repetición obedece a que el Capítulo IV llena el vacío normativo del arbitraje independiente o *ad hoc*, en que las partes no han adoptado las reglas de arbitraje institucionales de un organismo arbitral como la Corte Internacional de Arbitraje o el Centro Internacional para la Resolución de Disputas. De esta forma, el Capítulo IV actúa como reglamento arbitral para esta clase de arbitrajes. Sobre el principio de *competence-competence* en el derecho venezolano, ver SANQUIZ, Shirley: *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, 2005, pp. 156 y s.

York<sup>89</sup> y de Panamá,<sup>90</sup> las cuales implícitamente reconocen la autoridad de los árbitros para resolver su propia jurisdicción. Ambos tratados multilaterales promueven el arbitraje y tienen prioridad de aplicación para casos de carácter internacional.<sup>91</sup>

Sin embargo, el redactor de la Ley de Arbitraje Comercial adoptó una postura muy diferente de la prevista en la Ley Modelo CNUDMI con respecto al efecto negativo del principio de *competence-competence*. En efecto, la Ley de Arbitraje Comercial no contiene una norma similar, o que cumpla la misma función, al Artículo 8(1) de la Ley Modelo que establece que el tribunal, a pedido de una de las partes, deberá remitir la disputa a los árbitros, al menos que encuentre que el acuerdo arbitral es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.<sup>92</sup> Sin embargo, el efecto negativo del *principio competence-competence* está reflejado en el Artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial:

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

La Ley de Arbitraje Comercial no prevé la metodología para que un tribunal determine si la disputa debe ser remitida o no a los árbitros. La legislación venezolana no contiene una norma como el Artículo 8(1) de la Ley Modelo o el Artículo 1458 del *Nouveau code de procedure civile*. En vista de este vacío, se ha pretendido aducir que la Ley de Arbitraje Comercial propone un *competence-competence* total, más amplio aun que la solución

---

<sup>89</sup> Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

<sup>90</sup> Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975. Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 33.170 del 22 de febrero de 1985.

<sup>91</sup> Artículo 1 de la Ley de Arbitraje Comercial. Ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Algunas Consideraciones de Derecho Internacional Privado del Arbitraje Comercial*, Ley de Derecho Internacional Privado, Tribunal Supremo de Justicia, Volumen II, 2001, p. 485; DE MAEKELT, Tatiana B.: *Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano*, Ley de Derecho Internacional Privado, Tribunal Supremo de Justicia, Volumen II, 2001, pp. 497 y s.

<sup>92</sup> FRUTOS-PETERSON, *ob. cit.*, p. 273. No hemos encontrado indicación alguna del por que de esta omisión.

francesa.<sup>93</sup> De acuerdo con esta postura, los Artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial apoyan la noción de que sean los árbitros quienes deban pronunciarse en primer lugar sobre la validez del acuerdo arbitral, por lo que el tribunal tendría que remitir la disputa a los árbitros en todo momento, aun cuando el acuerdo arbitral parezca ser manifiestamente nulo.<sup>94</sup> Para DE JESÚS, solamente si el acuerdo arbitral es nulo, es que el tribunal se abstendría de remitir la disputa a los árbitros. En vista que la Ley de Arbitraje Comercial no califica que se entienda por nulo, esta teoría adelanta que el tribunal se debe limitar a constatar que no se den los supuestos de inarbitrabilidad del Artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial.<sup>95</sup> Bajo estas

<sup>93</sup> Ver DE JESÚS, Alfredo: *Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano, Arbitraje Comercial Interno e Internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 115, 118-119; ESCOBAR, Ramón J.: *La Facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (principio "kompetenz-kompetenz")*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 443.

<sup>94</sup> ESCOBAR, *ob. cit.*, p. 443. Este autor propone que en vista de que la solución venezolana es más favorable que la de la Convención de Nueva York, el Artículo VII(1) de esta última obliga a que se aplique la solución doméstica de forma preferente. El Artículo VII(1) establece: "Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque." Sin restarle el mérito a esta posición, es dudoso que esta norma cubra acuerdos arbitrales ya que específicamente se refiere a "sentencias arbitrales." A su vez, el Artículo VII de la Convención de Nueva York requiere una aplicación homogénea. Por ejemplo, una parte no podría alegar que el tribunal remita a los árbitros una cláusula arbitral manifiestamente nula, excluyendo de esta forma el artículo II(3) de la Convención, pero que al mismo tiempo reconozca la cláusula bajo la Convención. Ver VAN DER BERG, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>95</sup> El Artículo 3 de la Ley de Arbitraje señala: Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

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

posturas, el principio del *competence-competence* del derecho venezolano sería más estricto y amplio aun que en el derecho francés.

Sin embargo, la posición de que el análisis del compromiso arbitral por parte del tribunal está completamente restringido o se limita a aspectos de inarbitrabilidad presenta varios inconvenientes. En primer lugar, los Artículos 7 y 25 de la Ley no apoyan esta teoría. Estas normas legales lo que señalan es que los árbitros tienen jurisdicción para decidir sobre “la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje” y que la nulidad del contrato principal no acarrea necesariamente la invalidez del compromiso arbitral. Sin embargo, no existe indicación en estas disposiciones legales de que el tribunal carece completamente de autoridad para constatar que la cláusula compromisoria es completamente nula o que la disputa no es arbitrable bajo el Artículo 3 de la Ley. En segundo lugar, creemos que una exclusión tan radical de la jurisdicción de los tribunales venezolanos debe ser expresa y no sólo derivarse del hecho que el Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial haya reconocido el principio del *competence-competence*.<sup>96</sup> De ahí que los Artículos II(3) de la Convención de Nueva York y 8(1) de la Ley de Modelo de CNUDMI hayan establecido expresamente el deber del tribunal de remitir la disputa a los árbitros bajo ciertas condiciones (que el acuerdo no sea nulo, ineficaz, inaplicable o de ejecución imposible). En tercer lugar, ni siquiera la legislación francesa establece que el “manifiestamente nulo” limita la actividad del tribunal a determinar si la disputa no es arbitrable bajo las muy limitadas causas previstas en una norma como el Artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial. Como se ha señalado, la jurisprudencia francesa analiza el “manifiestamente nulo” del Artículo 1458 del *Nouveau code de procedure civile* de acuerdo con una regla material que obliga al tribunal a constatar que se hayan cumplido con el orden público internacional francés en cuanto a la satisfacción de los requerimientos del comercio internacional.<sup>97</sup> Por último, la Ley de Arbitraje Comercial no contiene una norma como el Artículo 5 de la Ley Modelo CNUDMI que disponga que los tribunales nacionales sólo puedan intervenir en aquellos casos específicamente previstos por la

<sup>96</sup> Esta conclusión parece estar apoyada por HENRÍQUEZ LA ROCHE, quien sugiere que la solución del Artículo 8 está contenida implícitamente en el ordenamiento jurídico venezolano. Ver Henríquez La Roche, Ricardo: *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, Cámara de Comercio de Caracas, 2000, pp. 110, 111.

<sup>97</sup> DIMOLITSA, *ob. cit.*, p. 226.

misma Ley.<sup>98</sup> Una de estas situaciones es la establecida por el Artículo 8(1) de la Ley Modelo. Por lo tanto, se puede argumentar que la Ley de Arbitraje Comercial ha dejado abierta ciertas oportunidades excepcionales en que el tribunal puede adoptar decisiones con respecto al arbitraje. Una de estos momentos sería cuando el tribunal decide si la cláusula compromisoria es válida *prima facie*.

Por lo tanto, creemos incorrecto decir que los jueces venezolanos no pueden pronunciarse sobre la validez o existencia del acuerdo arbitral. Esta aseveración no tiene apoyo en el derecho comparado. Lo correcto es señalar que la labor del tribunal con respecto a un reto a la validez del compromiso arbitral se limita sumariamente (*prima facie*) a un constatar que éste es válido, tal y como lo propone la doctrina mayoritaria internacional.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia no es uniforme en determinar la distribución de competencias para sobre retos a la validez del contrato principal o de la cláusula compromisoria.<sup>99</sup> Por un lado, la Sala de Casación Civil ha adoptado una postura sobre *competence-competence* que otorga jurisdicción a los árbitros para decidir sobre la nulidad tanto del contrato principal como del acuerdo arbitral.<sup>100</sup> Por el contrario, las Salas Constitucional y Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia han actuado de forma dubitativa con respecto a la aplicación de doctrinas tan fundamentales como la separabilidad y el *competence-competence*.<sup>101</sup>

Por un lado, la Sala Político-Administrativa ha actuado en ciertas ocasiones conforme al derecho al decidir pretensiones dirigidas a declarar inválido o nulo el acuerdo arbitral. Este fue el caso de la sentencia *BX2 Franquicias*.<sup>102</sup> En ese caso, la demandante alegó que la cláusula compromisoria del contrato de franquicias era nula por no haberse autenticado el acuerdo

<sup>98</sup> El Artículo 5 de la Ley Modelo CNUDMI señala: "En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga."

<sup>99</sup> De Jesús, *ob. cit.*, p. 102.

<sup>100</sup> Sentencia N° 82 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del 18 de febrero de 2002 (Hanover P.G.N. Compressor C.A. contra Consorcio CosaConveca).

<sup>101</sup> Ver DÍAZ-CANDIA, Hernando: *Non-recognition of Kompetenz-Kompetenz in Developing Countries - The Venezuelan Example*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer International Arbitration, Tomo 24, 2007, pp. 28-29.

<sup>102</sup> Sentencia N° 585 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 3 de marzo de 2006 (Angelita Jardim Figueira contra BX2 Franquicias, C.A.).

arbitral de acuerdo con el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil. Aunque la Sala no entró a un análisis de quién debía decidir este aspecto entre el tribunal y los árbitros, el máximo tribunal procedió correctamente a determinar la validez de la cláusula compromisoria y desechó el alegato de la demandante.<sup>103</sup>

Lamentablemente, la Sala Política-Administrativa no ha actuado de forma coherente en otras oportunidades. En el año 2006, la Sala dio un paso negativo en el desarrollo de la aplicación de la separabilidad y el *competence-competence*. El caso es *Tannings Research Laboratorios, Inc. contra Hawaiian Tropic de Venezuela, C.A.* Previo a la disputa, ambas partes habían mantenido una relación contractual por varios años, la cual fue supuestamente terminada por la demandante. Varios años después, la parte actora demandó a la otra por violación de marcas ante los tribunales ordinarios. La demandada invocó la cláusula arbitral contenida en el contrato de licencia entre las partes. La demandante respondió que el mencionado contrato (i) estaba terminado y (ii) nunca fue válido en Venezuela por no haberse registrado de acuerdo con el derecho venezolano. El tribunal de primera instancia declaró con lugar la excepción de falta de jurisdicción. El tribunal razonó que en vista de la autonomía de la cláusula arbitral, la extensión del contrato principal no afecta la validez y eficacia del compromiso arbitral, por lo que el tema de la validez del contrato de licencia debía ser remitido a los árbitros para que éstos lo resolvieran.

La Sala declaró con lugar el recurso y revocó la decisión del tribunal de primera instancia. En opinión de la Sala, la relación contractual entre las partes fue extinguida, por lo que la cláusula compromisoria contenida en el contrato de licencia era inaplicable. Sin entrar en los méritos de la decisión,<sup>104</sup> la decisión de la Sala completamente omitió distinguir que los alegatos de la parte actora se basaban en que el contrato de licencia era ineficaz en su totalidad. En ningún momento la demandante señaló que la cláusula arbitral era nula, ineficaz o de ejecución imposible. Por esta razón, el principio

<sup>103</sup> En la sentencia *Fibranova*, la Sala Político-Administrativa aceptó que el Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial le otorga a los árbitros el poder para decidir sobre su propia competencia, inclusive sobre la validez y existencia del acuerdo arbitral. Sentencia N° 5249 de la Sala de Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 3 de agosto de 2005 (*Servicios Forestales de Extracción Seforex, C.A. contra Fibranova, C.A.*)

<sup>104</sup> Tómese en cuenta que la disputa surgió aproximadamente quince años después de haber ocurrido la supuesta terminación del contrato de licencia.

de separabilidad consagrado en la Ley de Arbitraje Comercial, como bien lo identificó el tribunal de primera instancia, obligaba a que fueran los árbitros quienes decidieran sobre la terminación o invalidez del contrato de licencia. La Sala, sin embargo, descartó determinar quien debía decidir sobre la terminación de contrato y procedió de manera directa a analizar la inexistencia del contrato de licencia. Adicionalmente, hemos señalado que el examen del tribunal bajo el Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial se debería limitar a un examen *prima facie* del acuerdo arbitral, donde el tribunal se abstendrá de remitir la disputa a los árbitros solamente si el acuerdo es manifiestamente nulo.<sup>105</sup> De la lectura de la sentencia de la Sala, se puede concluir que la demandada había adelantado alegatos para crear una duda razonable de que las relaciones comerciales entre las partes no se habían extinguido después de la terminación del contrato de licencia.

Estas decisiones confirman la actitud timorata de la Sala Política-Administrativa. Mucho se ha escrito sobre la percepción de las Salas Política-Administrativa y Constitucional de que el arbitraje es una excepción a la jurisdicción natural de los tribunales ordinarios.<sup>106</sup> De ahí el requerimiento de la Sala Constitucional de que debe existir una voluntad “inequívoca” de las partes de acudir al arbitraje, el cual ha infectado indebidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.<sup>107</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Los ataques a la validez del contrato y de la cláusula compromisoria conllevan problemas complejos para los tribunales, a quienes les corresponde decidir si remitir la disputa a los árbitros directamente o decidir ellos mismos sobre la validez de estos instrumentos. Hemos observado la labor activa de los tribunales de varias jurisdicciones para establecer reglas definidas sobre las atribuciones de tribunales y árbitros. Un estudio de esta jurisprudencia indica una tendencia marcada de que sean los árbitros quienes decidan sobre la validez de un contrato que contiene una cláusula compromisoria. Sólo en

<sup>105</sup> HOLTZMANN & NEUHAUS, *ob. cit.*, p. 303.

<sup>106</sup> ANZOLA, J. Eloy: *El Fatigoso Camino que Transita el Arbitraje*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 425; DE JESÚS, *ob. cit.*, p. 75.

<sup>107</sup> Ver Sentencia N° 827 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremos de Justicia del 23 de mayo de 2001 (Grupo Inmensa, C.A. contra Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, S.A.).

instancias donde una parte ataca directamente la cláusula compromisoria es que el tribunal puede resolver si ésta es válida. Sin embargo, aunque el tema es debatido, este examen debe circunscribirse a una evaluación superficial (*prima facie*) de la cláusula.

La jurisprudencia y doctrina venezolana todavía se encuentra en etapa de germinación con respecto a estos conceptos. Es nuestra humilde ambición que los tribunales venezolanos tomen ejemplo de sus similares de otras naciones de forma tal que la jurisprudencia nacional acoja de forma adecuada los principios fundamentales que gobiernan al arbitraje.

# Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

*Jordy Enrique Moncada Cartaya<sup>1</sup>*  
(Venezuela)

**SUMARIO:** I. Introducción: 1.1. *Polémica planteada por la doctrina en cuanto a los Medios Alternativos de Resolución de Controversias (MARC) en el Derecho Público, especialmente en el Derecho Administrativo;* 1.2. *Análisis de los distintos tipos de Actos Administrativos recurribles en sede contenciosa, a los fines de determinar cuáles de ellos son susceptibles de aplicación de MARCs;* 1.3. *Propuesta del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (ambos supuestos ejecución y cualquier estado de la causa).* II. Los MARCs en el Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 2.1. *Análisis de las disposiciones normativas establecidas en el Proyecto de Ley;* 2.2. *Análisis del principio de inmunidad de la jurisdicción;* 2.3. *Análisis de la disponibilidad del objeto litigado.* III. El Arbitraje en el Contencioso Tributario: 3.1. *Breve repaso del Arbitraje en el Código Orgánico Tributario.* IV. Conclusiones Finales. V- Bibliografía.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en el 2007. Programa de Estudios Avanzados de Derecho Constitucional, Universidad Católica Andrés Bello, 2009. Programa de Formación de Jóvenes en Liderazgo (LIDERA) IESA, UCAB y Fundación Futuro Presente, Caracas-Venezuela, 2009. Actualmente cursa el Máster de Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Es Director de la Fundación Pro Bono Venezuela (PROVENE).

## I. INTRODUCCIÓN

### *1.1. Polémica planteada por la doctrina en cuanto a los Medios Alternativos de Resolución de Controversias (MARC) en el Derecho Público, especialmente en el Derecho Administrativo.*

Frente al auge de los MARCs en las distintas ramas del Derecho Privado, nos hemos topado con una seria discusión doctrinal a nivel global, en cuanto a la posibilidad de someter a MARCs, asuntos de Derecho Público, específicamente, asuntos relacionados con el Derecho Administrativo. Como sabemos el Derecho Administrativo regula las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, entendiendo como fin último de esta relación la protección del interés general, objetivo final de todo Estado.

En la mayoría de los países de tradición civilista, existen opiniones encontradas en cuanto a la aplicación de MARCs para solucionar controversias derivadas de la relación jurídica administrativa. Antes de entrar a analizar las distintas opiniones en cuanto a la aplicación de MARCs en el Derecho Administrativo, es preciso repasar los problemas que surgen ante la aplicación de dichos MARCs, para poder comprender mejor las diversas posiciones doctrinales.

Existen, en nuestra opinión, dos grandes problemas, que se le plantean al operador jurídico en el momento de analizar y pronunciarse sobre la aplicabilidad de los MARCs al Derecho Administrativo, ellos son: La disponibilidad del objeto litigado y el principio de la inmunidad de la jurisdicción.

La disponibilidad del objeto litigado, hace referencia como su nombre lo indica, a la posibilidad que debe tener la parte para disponer del objeto litigado, es decir, en un procedimiento civil, por ejemplo, la parte debe tener facultad para disponer de lo litigado para firmar una transacción en donde se vea disminuido en su pretensión inicial. La discusión nace en el momento en que se afirma que la Administración Pública no puede disponer del objeto litigado, ya que podría verse afectado el interés general y precisamente es la Administración Pública la llamada a velar por dicho interés general. En este punto profundizaremos en el capítulo siguiente.

El principio de la inmunidad de la jurisdicción, consiste en la máxima jurídica de que el Estado no se someterá a jurisdicción alguna que no sea la del mismo Estado. Esta premisa ha evolucionado a lo largo de los años

y ha sido consagrado constitucionalmente por el constituyente venezolano (Art. 151 de la Constitución). En este punto también ahondaremos en el capítulo siguiente.

Las anteriores, constituyen en nuestra opinión las razones de mayor peso que contribuyen a formar tal discusión doctrinal, dando paso a un no tan claro consenso que establece la aplicabilidad de MARCs sólo en contratos administrativos, en los que no esté en juego el interés general, dejando sólo oportunidad para aspectos meramente técnicos, incluso de ejecución misma de dichos contratos; negándose de entrada a la posibilidad de acudir a MARCs en otros supuestos tales como la nulidad de un acto administrativo de carácter particular.

*1.2. Análisis de los distintos tipos de Actos Administrativos recurribles en sede contenciosa, a los fines de determinar cuáles de ellos son susceptibles de aplicación de MARCs.*

La Administración Pública en el ejercicio de sus funciones puede, en líneas generales, dictar actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter personal. La discusión doctrinal anteriormente mencionada ha dejado de plano la discusión sobre estos tipos de actos administrativos, ocupándose únicamente de los contratos administrativos en los cuales no se viera envuelto el interés general, a los cuales no consideramos actos administrativos, por considerar únicamente como tal a la declaraciones de carácter unilateral hechas por los agentes de la autoridad de conformidad con los requisitos de ley.

El objetivo de este punto es estudiar la posibilidad de someter otras formas de actuar de la Administración Pública a MARCs, más allá de los contratos administrativos, todo esto debido a la inminente sanción por parte de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, define al acto administrativo como "toda declaración de carácter general o particular, emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública"<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículo 7.

Dentro de las diversas clasificaciones doctrinales de los Actos Administrativos, hemos seleccionado a los efectos del presente estudio, la clasificación de Actos Administrativos en actos administrativos de efectos particulares y actos administrativos de efectos generales.

Los actos administrativos de efectos generales pueden subdividirse en actos administrativos generales de contenido normativo, como puede ser un reglamento y actos administrativos de contenido no normativo, como puede ser la apertura a un proceso licitatorio. Ambos abarcan a un número indeterminado de personas, con plenas posibilidades de influir en su esfera jurídica.

Los actos administrativos de efectos particulares son aquellos que van dirigidos a una persona determinada o un grupo determinado de personas, afectando su esfera jurídica, de manera unilateral.

Ahora bien, la anterior clasificación de los Actos Administrativos nos conduce al necesario estudio de su impugnación. Es sabido, que todo acto administrativo es susceptible de ser recurrido, ya sea en sede administrativa o en sede contenciosa, de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente. La inminente sanción de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme a su Proyecto de Ley, abre en su articulado, la posibilidad de aplicar MARCs en sede contenciosa, sin hacer la salvedad conservadora de la doctrina, en la cual limitan esta herramienta al ámbito de los contratos administrativos.

En el caso que nos ocupa, es decir, la impugnación en sede contenciosa, creemos necesario resaltar que no descartamos la aplicación de MARCs en un procedimiento contencioso en contra de un acto administrativo de efecto particular, tal y como puede ser un recurso de nulidad contra una resolución de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, por considerar que el interés general no se vería vulnerado en ningún momento, ya que la Administración Pública, sea cual sea el ámbito en el que actúe, debe velar por él, además que siempre se contarán con medios procesales extraordinarios para la impugnación de una eventual decisión extrajudicial, tal y como está previsto en los casos permitidos hasta ahora por la ley.

En nuestra opinión, el proyectista intentó vislumbrarlo de igual modo, ya que incluyó en el Proyecto de Ley un capítulo completo sobre los Medios

Alternativos de Resolución de Conflictos, pero alejándose en gran medida de los pasos seguidos por los proyectistas de la última reforma del Código Orgánico Tributario venezolano.

Así pues, creemos que los procesos de impugnación de actos administrativos de efectos particulares y de actos administrativos de efectos generales de contenido no normativo pueden ser susceptibles de MARCs, siempre que se establezca los límites de discrecionalidad en la actuación de la Administración Pública y que no se afecte la esfera jurídica de particulares que no estén en el proceso. Los actos administrativos de efectos generales de contenido normativo creemos que no podrán ser susceptibles de aplicación de MARCs de conformidad con el Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por considerar que el mismo proyectista expresamente así lo dispone en artículos que estudiaremos con profundidad en el siguiente capítulo.

### *1.3. Propuesta del Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*

La Comisión Permanente de Política Interior, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de la Asamblea Nacional, presentó ante la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, un Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el cual dentro de tantas disposiciones relevantes y necesarias para la organización del sistema de justicia venezolano, encontramos particular interés en las disposiciones relativas a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en el curso de un procedimiento Contencioso Administrativo.

Específicamente, el proyectista previó dos opciones para la aplicación de MARCs en el curso de un procedimiento contencioso administrativo, tal y como se desprende del texto de Proyecto de Ley, se podrán plantear MARCs en etapa de ejecución de sentencia y en cualquier etapa y fase del proceso, tal y como dispone el mismo<sup>3</sup>.

Las disposiciones normativas contenidas en el Proyecto de Ley en cuestión, relativas a los MARCs, serán analizadas íntegramente en el capítulo siguiente.

<sup>3</sup> Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 92.

## II. LOS MARCS EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 2.1. *Análisis de las disposiciones normativas establecidas en el Proyecto Ley*

El Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece a lo largo de su articulado una serie de consideraciones innovadoras en el campo del contencioso administrativo venezolano, estableciendo, no tan sistemáticamente, la posibilidad de aplicar MARCs, en los procedimientos contenciosos.

Las disposiciones que a continuación estudiaremos, tienen, en nuestra opinión, su sustento en la Constitución de la República Bolivariana, específicamente en su artículo 258, el cual expresamente establece: "...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos...".

En particular encontramos las siguientes disposiciones, las cuales consideramos de necesario análisis, a los efectos del presente estudio:

En el Capítulo II (Procedimiento Ordinario) del Proyecto de Ley, en su Sección Tercera, relativa al Procedimiento Ejecutivo, se establece que: "Solicitada la aplicación de un medio alternativo de resolución de conflictos, el Juez o Jueza establecerá un lapso para su implementación, el cual será prorrogable por solicitud de ambas partes. Si el tiempo solicitado se agotare sin acuerdo entre las partes, decidirá dentro del lapso establecido para ello".<sup>4</sup>

Es importante resaltar que esta primera mención a la posibilidad de aplicar MARCs en el proceso contencioso administrativo, se refiere únicamente al procedimiento ejecutivo previsto en el Proyecto de Ley el cual, según el mismo, tiene por objeto instar la ejecución de un acto administrativo, un contrato o, en general, de cualquier título ejecutivo o el que pueda considerarse su equivalente, cuya validez y eficacia no sea discutida.

Dentro del mismo capítulo y sección, el proyectista establece que: "Si se presentare una propuesta de solución, el Juez o Jueza concederá un tiempo prudencial a la contraparte para aceptarla o desecharla. Si decide desecharla, ordenará el Juez o Jueza la aplicación de un medio alternativo de solución

<sup>4</sup> Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 69.

de conflictos que considere conveniente. Si éste fuere infructuoso, procederá conforme el artículo anterior”<sup>5</sup>

Un elemento, que consideramos necesario resaltar es que las disposiciones del Proyecto de Ley, parecieran apuntar a que no es posible acudir directamente a los MARCs, sino que previamente debe iniciarse un proceso de conformidad con el Proyecto, lo que sería una desviación del concepto clásico de los MARCs, estableciendo que los MARCs sólo se admitirían en disputas actuales, no para precaver disputas futuras.

Culmina la sección tercera (3ª) del Capítulo II del Proyecto de Ley estableciendo que: “Aceptada la propuesta de solución, o solucionada la controversia conforme al medio alternativo de resolución de conflicto empleado, el Juez o Jueza examinará el convenio y lo homologará conforme a las normas aplicables. Si decide no homologarlo, la solución no tendrá el carácter de cosa juzgada”<sup>6</sup>

Queda claro, como el proyectista se inclina a favor de la aplicación de un MARCs, en un proceso ejecutivo, en donde perfectamente se podría estar hablando de un acto administrativo de efectos particulares, demostrando que el contencioso administrativo avanza hacia un campo de aplicabilidad de MARCs, campo de los contratos administrativos. Sin embargo, carece de sentido lógico que el Juez deba homologar la decisión, pues por ejemplo si el MARCs utilizado es el arbitraje, el Juez debe homologar el laudo, lo que desnaturaliza la esencia misma del laudo.

Dentro del Capítulo IV del Proyecto de Ley, referente a la sentencia y los modos de terminación del procedimiento, encontramos una disposición que confirma lo hasta ahora mencionado en el presente análisis, el proyectista establece: “La sentencia que declare sin lugar la pretensión de que se trate solo producirá efectos entre las partes. Sin embargo, dicha sentencia no impedirá el ejercicio de la potestad de autotutela de la Administración, siempre que no infrinja los límites que la ley establece. Asimismo, las partes podrán hacer uso de medios alternativos de resolución de conflictos cuando el interés público así lo aconsejare”<sup>7</sup>. (Destacado nuestro).

<sup>5</sup> Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 70.

<sup>6</sup> Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 71.

<sup>7</sup> Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 85.

Es forzoso concluir que el juego de palabras que utiliza el proyectista, pretende desviar la afirmación común que hace la doctrina: “siempre que no se vulnere el interés general”. En este caso, el proyectista da vuelta a la afirmación y establece la posibilidad de aplicación de MARCs, estableciendo que se tiene que tener presente el interés público, pero en su redacción da pie a la aplicación de los mismos, previendo un interés general que se pudiese ver, incluso beneficiado, con la aplicación de MARCs.

Ahora bien, no conforme con las disposiciones anteriormente sometidas a análisis, el proyectista dentro del Proyecto de Ley dedicó un capítulo completo a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, en nuestro criterio cauteloso, pero en el cuál se establecen alternativas significativas al procedimiento contencioso administrativo ordinario, entre las cuales encontramos las siguientes:

“Artículo 92. Facultad de proponer medios alternativos. En cualquier etapa y fase del proceso, el Juez o Jueza tendrá la facultad de proponer el empleo de medios alternativos de resolución de conflictos que considere pertinente entre las partes, cuando verifique que una solución concertada entre las partes sea conducente para conciliar los intereses privados y públicos envueltos.

Asimismo, las partes de común acuerdo, podrán establecer acuerdos preliminares a la apertura del juicio, mediante los cuales podrán acordar los puntos a los que se contraerá la controversia, las pruebas que promoverán, así como todo aquello que consideren que permita depurar el procedimiento y, en general, hacer más expedito y facilitar la solución procesal.

Este acuerdo obligará a las partes dentro del proceso a su cumplimiento, y el Juez o Jueza se hará garante de lo pactado, ordenando el procedimiento conforme a lo convenido, siempre y cuando considere que su estricta vigilancia no altera el orden ni el interés público o que plantea un desequilibrio entre las partes o un perjuicio a un tercero procesal.”

El precitado artículo, delimita y establece con claridad quién es el facultado para proponer MARCs en los procedimientos contenciosos que se desarrollen de conformidad con lo establecido en el Proyecto de Ley, así pues se desprende del encabezado del artículo 92 del Proyecto de Ley, que

el único facultado para proponer MARCs en el proceso es el Juez, lo cual podrá hacer en cualquier estado y grado de la causa; de este modo se desnaturaliza la aplicación de MARCs, ya que debería corresponder a las partes someterse a una mediación, a un arbitraje, etc., no al Juez.

Ahora bien, los dos apartes del precitado artículo 92 del Proyecto de Ley, parecieran establecer de un modo bastante confuso la posibilidad de que las partes dentro de un proceso contencioso establezcan límites a la controversia mediante un acuerdo entre ellas, el cual puede ser previo a la interposición de la demanda o del recurso. Pareciera entonces que el proyectista pretende, con su disposición normativa, crear una mixtura entre un proceso judicial y un arbitraje en donde las partes delimiten la controversia, situación que en un proceso judicial normalmente ocurre con la contestación de la demanda, o con la presentación del recurso contencioso administrativo de anulación, dependiendo de la competencia por la materia del juez respectivo.

Sin embargo, la posibilidad planteada en los dos últimos apartes del artículo 92 del Proyecto de Ley, es vista, desde nuestro criterio, como una solución práctica viable, ya que no se entraría propiamente a un procedimiento arbitral, pero se dejaría cierta libertad a las partes para convenir sobre ciertos aspectos procedimentales que en nuestra opinión proporcionarían eficiencia al proceso.

Por su parte el artículo 93 del Proyecto de Ley, establece:

“Artículo 93. Aplicación del medio alternativo. Durante la etapa de sentencia el Juez o Jueza podrá ordenar la aplicación del medio alternativo de resolución de conflictos que considere pertinente, bajo su supervisión y con carácter de obligatoriedad. A los efectos anteriores, el Juez o Jueza dictará los lineamientos que señale para el caso, a fin de delimitar las cuestiones que deberán ser resueltas mediante el uso de los citados medios.

Para el empleo e implementación del medio alternativo de resolución de conflictos, el Juez o Jueza acordará un periodo prudencial para que las partes presenten un acuerdo que deberá ser homologado. Este periodo puede ser prorrogado por una sola vez, vistos los avances en las discusiones y la posibilidad de llegar a un acuerdo concertado definitivo.

En caso de que las partes no puedan resolver la controversia en el tiempo establecido, el Juez o Jueza declarará terminada la incidencia

y procederá a dictar sentencia, para lo cual conservará íntegramente el lapso de sentencia así como la prórroga.”

La confusa redacción del artículo anterior, pareciera conducir al intérprete a una negación de una aplicación real de MARCs, ya que es evidente que al reducir la aplicación del MARCs a la etapa de sentencia, por un periodo prudencial para que las partes presenten un acuerdo que luego deberá ser homologado, se estaría estableciendo una suspensión del proceso, tal y como la que prevé el Código de Procedimiento Civil.<sup>8</sup>

La disposición anteriormente transcrita, no causa más que confusión para el intérprete, ya que dentro de un capítulo denominado: “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”, lo que encontramos es la posibilidad de que el Juez permita que las partes lleguen a medios de autocomposición procesal, los cuales resultan en gran medida distintos a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, por lo que consideramos que es un vago intento de confundir a los intérpretes con mezclas terminológicas basadas en una mala redacción.

## 2.2. *Análisis del Principio de Inmunidad de la Jurisdicción*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”<sup>9</sup>

De igual modo, establece la Constitución que: “...en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse

<sup>8</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 202: “...Parágrafo Segundo: Pueden las partes de común acuerdo, suspender el curso de la causa por un tiempo que determinarán en acta ante el Juez.”

<sup>9</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 259.

sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”<sup>10</sup>

Se establece en la disposición constitucional anterior transcrita, el principio de la inmunidad de la jurisdicción, el cual *es el privilegio que tienen los Estados a no ser sometidos a la jurisdicción de tribunales de otro Estado sin su consentimiento. Este privilegio forma parte de los principios generales del Derecho Internacional y se fundamenta en la igualdad de los Estados soberanos en el plano internacional. En virtud de ese principio, los Estados se abstienen de tramitar juicios en su jurisdicción en los cuales una de las partes sea un Estado soberano, salvo que éste expresamente renuncie a tal privilegio.*<sup>11</sup>

Ahora bien, la disposición constitucional referida a la inmunidad de la jurisdicción, reduce la situación exclusivamente a los “contratos de interés público”, así como a reclamaciones extranjeras. Este tema ha sido ampliamente abordado por la doctrina en el desarrollo de los contratos administrativos.<sup>12</sup> Sin embargo, se ha trasladado el principio de la inmunidad de la jurisdicción para todo el actuar de la actividad administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 259 de la Constitución, anteriormente transcrito, el cual le da a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, distintas competencias, entre ellas la de anular actos administrativos.

No obstante, es la misma Constitución la que atenúa lo dispuesto en los artículos 151 y 259, disponiendo que: “...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.<sup>13</sup>

De la anterior disposición constitucional entendemos nace la posibilidad de promover los MARCs, como alternativas al sistema de justicia tradicional, opinión que es confirmada por la propia Constitución, al consagrar los

<sup>10</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 151.

<sup>11</sup> LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO Conferencia dictada en las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carias en Caracas el 11 de noviembre de 2005, Rafael Badell Madrid.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 258.

Medios Alternativos de Resolución de Conflictos como parte integrante del sistema de justicia venezolano.<sup>14</sup>

Así las cosas, en nuestra opinión el principio de inmunidad de la jurisdicción se ve atenuado por otros principios constitucionales los cuales buscan cumplir con los fines del Estado venezolano, la Justicia y la Equidad.

### 2.3. *Análisis de la Disponibilidad del Objeto Litigado*

Dentro de las facultades que deben tener las partes para participar de un MARCs, está la de poder disponer del objeto litigado. La discusión ha surgido en el momento de intentar incluir a la Administración Pública como parte en un proceso de mediación, conciliación o arbitraje.

La Administración Pública tiene como principal objetivo de su organización y funcionamiento dar eficacia a los principios, valores y normas, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en especial, garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.<sup>15</sup>

En este instante, es preciso recordar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece expresamente que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.<sup>16</sup> Dentro de la técnica interpretativa de la Constitución, el anterior constituye un principio constitucional, por lo tanto, la Administración Pública tiene como deber darle eficacia a dicho principio.

Conforme al principio de legalidad la Administración Pública obtiene sus competencias de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de las leyes y de los actos administrativos de carácter normativo, dictados

---

<sup>14</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 253: “...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”.

<sup>15</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública, artículo 3.

<sup>16</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 258.

formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares.

De igual modo, la Administración Pública debe su actuación a los particulares, procurando garantizar el interés general en cualquier grado de su actuación.

En atención a lo anteriormente expresado, consideramos que una eventual disposición normativa que faculte a los distintos órganos de la Administración Pública para acudir a MARCs, a los fines de dirimir sus controversias con los particulares, no violentaría la disposición del objeto litigado, ya que la Administración Pública en la esfera que actúe debe procurar garantizar el interés general, de modo que no podrá lesionarlo en ningún ámbito de desenvolvimiento, so pena de incurrir en una actuación inconstitucional e ilegal, que debe ser garantizada por la normativa que faculte a la Administración Pública a acudir a MARCs, tal y como lo dispuso por ejemplo el legislador venezolano en las disposiciones normativas del Código Orgánico Tributario referidas a el tema en cuestión.

### III. EL ARBITRAJE EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO

#### 3.1. Breve repaso del Arbitraje en el Código Orgánico Tributario

El Código Orgánico Tributario estableció en su última reforma el arbitraje en el Contencioso Tributario, delineando un procedimiento para la aplicación de este MARCs en el Contencioso Tributario.

Pese a que no corresponde a este estudio analizar en profundidad el modo en que el legislador dispuso la posibilidad de acudir al arbitraje en el Contencioso Tributario, en primer lugar por existir magníficos trabajos especializados en la materia<sup>17</sup> y por escapar del ámbito del conocimiento especial de quien suscribe; estimamos necesario hacer una breve mención a tan importante avance legislativo, que lamentablemente no está siendo ni tomado en cuenta como referencia y mucho menos mejorado en el Proyecto de Ley bajo estudio en el presente trabajo.

En breves líneas, dentro de los artículos dedicados al arbitraje en el Contencioso Tributario, encontramos que el legislador estableció un arbitraje independiente sobre disputas actuales, sobre materias susceptibles

<sup>17</sup> A título de ejemplo: Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001, El Arbitraje Tributario, Luis Fraga Pittaluga, Página 728, Editorial Livrosca, Caracas 2002.

de transacción, con exclusión del asunto de la Jurisdicción Contencioso Tributaria, con normas específicas para la composición del Tribunal Arbitral, estableciendo el modo de determinar el procedimiento arbitral, así como los honorarios de los árbitros, estableciendo que el arbitraje siempre será de derecho. De igual modo, se establecieron normas relativas sobre los elementos del laudo, sobre la apelación del mismo y sobre el recurso de nulidad contra el laudo.

Aunque la utilidad práctica del arbitraje dentro del Contencioso Tributario no ha sido la esperada, encontramos disposiciones legales, que si bien pueden ser mejoradas, son un gran paso para la legislación venezolana, paso que no aprovechó en modo alguno el proyectista del contencioso administrativo.

#### IV. CONCLUSIONES

El Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presentado por la Comisión Permanente de Política Interior, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de la Asamblea Nacional ante la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, resulta en definitiva insuficiente, ya que no propicia realmente la aplicación de MARCs como alternativa al procedimiento contencioso administrativo, sino que pareciera permitir, aunque de un modo confuso, medios de autocomposición procesal, tales como la transacción judicial.

Resulta oportuno recordar lo establecido por Fraga Pittaluga<sup>18</sup> con respecto a este tema. Afirma el referido autor que: "el que el arbitraje requiera que el objeto litigioso sea transable y que, además exista la capacidad para transigir, no debe llevar a confundir el arbitraje con la transacción. Como se sabe, esta última es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual (art. 1.713 Código Civil). Como se ve, la transacción es un acuerdo de concesiones recíprocas, que estatuye la solución misma de la disputa. En cambio, el arbitraje, aunque supone también un acuerdo de voluntades, no lleva consigo concesiones recíprocas que solucionan una controversia, sino un mecanismo por el cual se persigue arribar a dicha solución, la cual no

---

<sup>18</sup> Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001, *El Arbitraje Tributario*, Luis Fraga Pittaluga, Página 728, Editorial Livrosca, Caracas 2002.

es alcanzada por las partes, sino establecida por un tercero a quienes éstas han confiado la decisión del pleito”.

Es claro el texto del Proyecto de Ley cuando establece que las decisiones alcanzadas por los MARCs deben ser homologadas por el Tribunal, disposición ésta que desnaturaliza el carácter de un laudo arbitral, por ejemplo cabría preguntarse: ¿qué pasaría si el Tribunal no homologa el laudo? ¿se perdería todo el procedimiento arbitral? ¿cuáles serían las condiciones para acudir a un eventual arbitraje? Éstas e infinitas preguntas surgen de la precaria redacción del proyectista, que lamentablemente no cubrió las expectativas de quienes esperamos un avance en esta materia dentro del Contencioso Administrativo.

No descartamos la posibilidad real de establecer en un texto legal los MARCs en el Contencioso Administrativo, incluso en Procedimientos Administrativos, ya que consideramos que existe una base constitucional clara que fomenta dicha iniciativa, para lo que se deberá seguir trabajando, de modo que en un futuro próximo, contemos con un texto legal que permita descongestionar la actividad judicial y permita soluciones apegadas a derecho dentro del ámbito del Derecho Administrativo.

## BIBLIOGRAFÍA

- HUNG VAILLANT, Francisco. Principios Orientadores del Arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial y Los Recursos Contra el Laudo Arbitral, en: XXVI Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Barquisimeto. 2001.
- BADELL MADRID, Rafael. La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado, en: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías. Caracas. 2005.
- BURGOS IRAZÁBAL, Ramón. Breves Reflexiones sobre el Arbitraje Tributario especialmente lo relativo a las peculiaridades que presenta el Recurso de Nulidad contra el Laudo con base al numeral 1º del artículo 325 del Código Orgánico Tributario, *Revista de Derecho Tributario* N° 102. Legis Editores, C.A.
- FRAGA PITTALUGA, Luis. El Arbitraje Tributario, en: Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001. Editorial Livrosca C.A. Caracas. 2002.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de Derecho Administrativo. Cursos de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1988.
- BADELL MADRID, Rafael. Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano, Especial Referencia al Arbitraje en los contratos Administrativos. *Separata del Libro del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Luis Enrique Farías Mata*. Caracas. 2006.

# Potencialidades y Limitaciones de la Mediación Familiar

*Irma Lovera De Sola*<sup>1</sup>  
(Venezuela)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Requisitos previos a la Mediación. III. Casos mediables y casos no mediables: 3.1. Conflictos Mediables según su temática; 3.2. Conflictos mediables por las características de los intervinientes; 3.3. Limitaciones de la Mediación – Casos No Mediables; 3.4. Mención aparte merecen los casos de Violencia Intra familiar. IV. Conclusión.

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), especialista en Derecho Inmobiliario y Derecho de Familia. Mediador familiar y árbitro del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Caracas. Docente universitario de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela.

## I. INTRODUCCIÓN

El hombre ha pasado toda su historia buscando soluciones a sus problemas, y ambiciosamente ha tratado de conseguir una sola solución para todos ellos. El transcurrir de los siglos y los acontecimientos le han enseñado que el secreto de la solución a todos sus problemas, sea cual sea su origen y naturaleza, no existe, y que debe ir buscando y encontrando soluciones particulares para cada asunto que se le presente, con el gran desgaste que eso representa, pero en este punto de la experiencia humana, ya lo sabe: una solución o incluso varias, para cada problema, así como también la experiencia acumulada indica que algunos problemas no tienen solución y que es un logro regularlos, regularizarlos, apaciguarlos, para poder convivir con ellos.

Los problemas familiares, que son los mas sensibles, los mas delicados, los que tocan las fibras mas íntimas, y también los lazos mas fuertes de cada individuo, son particularmente críticos a la hora de la búsqueda de esas soluciones, remedios o paliativos.

Existen opciones drásticas: terminar con la relación familiar; pero eso no es siempre posible, con los hijos, con la cuñada, con la abuela, con la niñera de toda la vida, e incluso con la pareja se puede terminar la relación hasta cierto punto, la relación como pareja, pero no como padres, porque los eventos familiares que atañen a los seres queridos de ambos, tendrán que compartirlas aunque no les agrade, al menos tendrán que encontrarse y alegrarse o condolerse, según el momento; también cuando se presenta una crisis, una enfermedad, una muerte, hay que estar presente, hay que dar apoyo y compartir el dolor, la vergüenza, la pérdida.

En esta exploración de soluciones, desde tiempos prehistóricos diversas civilizaciones encontraron que la palabra tiene un poder extraordinario, cuando, y solo cuando, se está dispuesto a escucharla. Y en esa misma indagación se ha hallado que cuando la palabra y su poder son usados por un tercero neutral a las partes, pero no al problema planteado, encuentra su mejor expresión, su valoración y efectividad máxima.

Diversas culturas recurrieron al consejo de ancianos, al *piache*, al consejero, al confesor, *palabrero*, al *lonko* (cultura Mapuche, en Chile), al guía espiritual, en fin al mediador que en cada cultura tiene un nombre particular, para que exorcice las palabras y las escuchen quienes tienen los oídos

tapados por la ira, el dolor, la rabia, el resentimiento, la decepción, y esas palabras con el poder especial que les confiere el mediador, se conviertan en la música de la serenidad, la tolerancia, la comprensión y al final, en el acuerdo pacificador.

Son muchos los ámbitos en los cuales la mediación es útil y a veces hasta necesaria, como por ejemplo los asuntos laborales, de convivencia comunitaria, temas ambientales, civiles, contractuales, comerciales, internacionales, políticos y otros muchos, siempre que no invada terrenos reservados al Poder Judicial y al Orden Público, es en el campo familiar donde florece la Mediación con mayor éxito, pese que versa sobre un piso y techos de cristales, resquebrajados o rotos, pero restaurables, donde los sentimientos son los mas profundos, los mas frágiles, los mas poderosos, pero también donde justamente y por todo eso, favorece una intervención salvadora como la que puede hacerse con la mediación.

El poder de la palabra es el valor y la motivación central de la Mediación, sin embargo debemos analizar cuáles son los presupuestos necesarios para que la intervención mediadora tenga alguna posibilidad de éxito, cuándo los intervinientes son aptos para ingresar al proceso, también cuándo legalmente está permitido acudir a la mediación.

Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de esos presupuestos ni tampoco jerarquizarlos, tenemos que reconocer que la existencia de un conflicto es necesaria pero no suficiente para que la Mediación pueda plantearse como una alternativa, conflicto entendido como una crisis puntual surgida en las relaciones interpersonales, no como crisis enfermizas o como desviaciones conductuales que impiden relaciones enmarcadas dentro de la normalidad generalmente aceptada.

## II. REQUISITOS PREVIOS A LA MEDIACIÓN

Es pre-requisito que las personas involucradas en el conflicto y afectadas por él estén dispuestas a asumirlo como tal y a conversarlo, a usar la palabra como medio, como herramienta para abordarlo, procesarlo, decantarlo, asimilarlo, y eventualmente resolverlo.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> ARRÉCHAGA, Patricia y otras. *Acerca de la Clínica de la Mediación*, Editorial Librería Histórica, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2004. P. 40.

La otra condición de la instauración de un proceso de mediación, es que las personas involucradas, que han reconocido tener un conflicto, estén dispuestas (o sea posible inducirlas) a participar en ese proceso, que formulen de alguna manera un pedido al mediador, o una demanda al juez, quien tendrá la potestad de enviar el asunto a Mediación.

Por último el deseo profundo y sincero de solucionar el conflicto, manifestado en forma clara al Mediador, a fin de que este se sienta validado para iniciar su intervención.

Ahora bien, por valiosas e importantes que sean estas tres condiciones señaladas, tanto el conflicto por su naturaleza, como las personas por sus características, deberán pasar nuevos filtros, hasta que sea realmente posible adelantar una Mediación en forma previsiblemente exitosa, o al menos simplemente procedimentalmente transitable.

### III. CASOS MEDIABLES Y CASOS NO MEDIABLES

No todos los conflictos, ni todas las personas conflictuadas, son adecuadas para participar en un proceso de Mediación, pero en la mayor parte de los casos, no hay otra forma para averiguar si un conflicto es o no mediable, sino iniciar el proceso, evaluar el caso y a las personas, dentro del propio dispositivo de Mediación, y descubrir, utilizando las herramientas con que cuenta el Mediador dadas por su previa formación, la realidad latente, subyacente, la verdad mas profunda planteada con una fachada de simple crisis provisional en una pareja o personas ligadas por nexos de parentesco. Una vez superada la etapa inicial del proceso de mediación, que es el de indagación y acumulación de información, es generalmente posible tener una idea clara acerca de la posibilidad legal y fáctica de aplicar la mediación en ese caso particular.

Es necesario señalar que la mediabilidad del conflicto, en cuanto al tema a tratar en la mediación, lo indica la ley, pero la mediabilidad basada en otros criterios que señalaremos mas adelante, no los determina la ley, sino otros parámetros que los va encontrando y determinando el Mediador con sus conocimientos multidisciplinarios adquiridos durante su preparación, con sus herramientas de comunicación y su experiencia, y por qué no, también con la consulta con otros profesionales de otras ramas de las ciencias humanas que puedan orientarlo, complementarlo y apoyarlo en su labor y que constituyen su equipo de apoyo.

### 3.1. Conflictos Mediables según su temática

Las potencialidades de la Mediación Familiar son realmente poderosas, y también, debemos considerar el contenido del artículo 450-E de la nueva <sup>3</sup> Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo LOPNA), que exhorta a su utilización a lo largo de todo el procedimiento judicial, así como también fija una oportunidad específica para practicarla (la Audiencia Preliminar) la contempla explícitamente y hasta podría pensarse que es obligatoria por las consecuencias que indica a la ausencia de las partes al inicio de su aplicación, *“salvo en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley”*.

Debido a esta precisión de la ley que por un lado apoya el desarrollo de estos medios alternos y en particular a la mediación intrajudicial, pero por otro lado restringe su aplicación en casos expresamente señalados o que por su naturaleza, la Mediación no sea adecuada para resolverla, es que toma pertinencia nuestro tema acerca de los conflictos destinados a Mediación que denominaremos “mediables”, aquellos en que este instituto aplica su plena potencialidad, y por el contrario los que no deben ser llevados a Mediación que denominamos “no mediables”, y que constituyen las limitaciones a la Mediación. Sin embargo debo señalar que además que los casos en los cuales la propia ley señala que no es aplicable este medio alternativo de resolución de conflictos, agregaré también, los casos en que por otras circunstancias tampoco es prudente o pertinente, utilizarlo.

Así pues, no es únicamente la ley la que señala con su normativa qué casos serán mediables y cuáles no, sino que nuestra indagación va más allá y se adentra en temáticas y en circunstancias en las cuales la ley no es aplicable, debido a que son otras las disciplinas llamadas a guiarnos en este laberinto o son temas, aunque parezca imposible particularmente a los abogados, no-legales, es decir, donde la ley nada tiene que decir o disponer y la mediación sí puede dar su aporte.

#### 3.1.1. Divorcios

Sabemos que la ruptura misma del vínculo matrimonial no depende de las partes sino de la ley, por lo tanto la disolución del vínculo matrimonial no es mediable es atribución exclusiva del juez, pero sí son mediables otros

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

tópicos que se suscitan alrededor del proceso de divorcio, como lo son la regulación de las relaciones entre los integrantes de la pareja que enfrenta un procedimiento de divorcio, durante y después del proceso judicial mismo, su relación con los hijos, la partición del patrimonio común, son algunos de los temas que con mayor frecuencia se presentan a Mediación y en términos generales son mediables.

### 3.1.2. *Guarda o custodia de los hijos*

La custodia de los hijos es una parte de la guarda, denominada por la nueva LOPNA, como responsabilidad de crianza y es uno de los derechos de los niños y adolescentes a tener contacto directo, constante y frecuente con sus padres; si consideramos que ambos padres fueran personas sanas, emocionalmente equilibradas y capaces para que los hijos se beneficien de vivir en forma estable con uno de ellos, este tema de la guarda o responsabilidad de crianza y la custodia a favor de uno u otro de los progenitores, o lo que se denomina “*guarda o custodia compartida*” o conjunta, es un tema mediable.

### 3.1.3. *Fijación de la pensión de alimentos ahora denominada obligación de manutención*

Es un asunto típicamente mediable, ya que la ley deja un amplísimo margen de negociación al señalar que el parámetro fundamental para su fijación está dentro del terreno de la capacidad económica de los padres en armonía (no en contraposición) con las necesidades de los hijos. La Mediación es capaz de convertir un mezquino regateo en un asunto que contemple las verdaderas necesidades de los hijos o del beneficiario de la pensión (hermanos, padres, abuelos) y tome en consideración la verdadera capacidad económica del obligado, con las variantes de buenos y malos tiempos, desempleo, necesidades propias del obligado, compromisos previamente adquiridos y todas las variables posibles en estos casos. Así como también la mediación puede acercar mas a las partes a satisfacer tanto las aspiraciones que tienen con el cumplimiento de esa obligación alimentaria, como sus intereses legítimos, no solamente sin perjudicar a los hijos, sino por el contrario amparándolos en forma integral.

### 3.1.4. *Régimen de visitas o régimen de convivencia familiar*

También en este tema las posibilidades de Mediación son extensas, ya que la variedad de intereses, necesidades, horarios, tiempos disponibles, requerimientos de los hijos, variación de la necesidad de contacto con el progenitor

que no tiene la guarda según las edades, aptitudes, gustos, compatibilidades, etc. de los hijos con los padres, es casi infinita y la rigurosidad de soluciones típicas adoptadas por los jueces ante la imposibilidad en que se encuentran actualmente de dilucidar diferencias sutiles de caso a caso, y el mandato de imparcialidad del juez, lo lleva a determinar regímenes que, en muchos casos, no se ajustan a la realidad de esa familia en particular, de esa madre o padre específico y de esos hijos con necesidades y deseos muy particulares.

La mediación sí puede ofrecer alternativas flexibles, practicables y adaptadas a la medida de cada padre, cada madre y cada hijo. La mediación permite explorar cada situación particular y ofrecer el soporte necesario para que cada familia adopte el régimen que mejor se acomode a sus peculiaridades específicas y a la vida, profesión y demás atributos de cada persona, dando cumplimiento a la obligación legal de fijar la manera como se desarrollará esa relación constante, ese intercambio de vivencias entre hijos y padres, cuando uno de ellos o ambos no convive con los hijos.

### *3.1.5. Particiones de bienes conyugales o familiares*

En las particiones de bienes familiares, sean conyugales, sucesorales, comunidades de cualquier tipo, las mediaciones han podido demostrar su efectividad, al no limitarse a sacar cuentas, hacer sumas, restas, divisiones y partir con instrumento filoso un patrimonio, lo cual puede dejar económicamente desvalidos a alguno, varios o todos los interesados y hacer una verdadera diferencia que conjugue los cálculos aritméticos con la equidad y la conveniencia razonable de las partes, haciendo posible armoniosas relaciones posteriores a la partición.

Las particiones usualmente se convierten en un regateo interminable y perjudicial, en el cual muchas veces ante la imposibilidad de que los implicados acepten el avalúo de uno o varios de los bienes que forman el patrimonio a dividir, deciden venderlos todos y repartir el dinero que quede después, con lo cual la mayor parte de las veces se vende apresuradamente y sin tomar en consideración las desfavorables condiciones del mercado en ese momento y así salen perjudicados todos, sin dejar de mencionar que estas ventas pueden generar tributos fiscales que pudieron evitarse o minimizarse. También es importante señalar que las particiones a la mitad de un patrimonio formado con esfuerzo de las partes involucradas, no siempre es la fórmula mas equitativa, y que la ley no da mas alternativa que la partición

al cincuenta por ciento para cada uno, en cambio la mediación hace posible la consideración de valores no monetarios para proceder a la partición.

### 3.1.6. *Conflictos familiares no jurídicos*

Es decir conflictos que existen dentro de las familias, pero que las leyes no regulan, como por ejemplo la relación de los padres con los hijos adolescentes, o con los hijos del otro cónyuge, aunque la nueva LOPNA contempla la posibilidad de obtener un régimen de convivencia familiar (visitas) del niño con terceros no parientes, éste, en mi opinión no sería un derecho en el sentido tradicional sino una posibilidad que la ley ha querido abarcar porque la realidad de las familias contemporáneas lo imponen, así por ejemplo también el régimen de visitas para el padrino de los niños, y una enorme variedad de asuntos familiares que las leyes no contemplan o simplemente temas ignorados por la legalidad formal. En estos asuntos la mediación es una cantera de posibilidades. Puede llegar a armonizar el interés de un padrastro que se ha separado de la madre, con el deseo de tener contacto frecuente con el hijo de ella, y así podemos imaginar múltiples situaciones no reguladas legalmente que pueden ser tratadas y resueltas o reguladas mediante un proceso de mediación.

### 3.2. *Conflictos mediables por las características de los intervinientes*

Atendiendo a las *características de las personas* intervinientes en la Mediación, que no deben llamarse “*partes*” sino *mediados*, para que un caso sea mediable, es indispensable señalar que deben ser personas:

**Emocionalmente sanas**, aunque estén afectadas por la crisis que encaran temporalmente.

- ▶ Con el deseo de solucionar los conflictos de manera civilizada, mediante el diálogo.  
Conscientes de que tendrán que continuar tratándose, encontrándose y compartiendo los problemas de los hijos por el resto de sus vidas y que es preferible que lo resuelvan de la mejor forma posible, sin dejar sentimientos heridos, sin venganzas ni posturas irreconciliables que terminan por desbaratar a las familias creando facciones de parientes enfrentados, quizás para siempre.
- ▶ Cuando el conflicto afecta a otras personas y los intervinientes lo saben y quieren evitar afectar a terceros, que puede ser los hijos, los abuelos, amigos de sus hijos, parientes, etc.

En fin, personas responsables, capaces de superar el momento difícil que viven y ver mas allá, y mas alto, visualizar y privilegiar los intereses de sus seres queridos, y principalmente de los hijos, para arribar a una solución, a un acuerdo o a un convenio de regularización de sus relaciones con esos seres de quienes ellos son paradigmas.

### 3.3. Limitaciones de la Mediación – Casos No Mediabiles

También en los casos que considero no son mediabiles, podemos hacer un intento de clasificación en base a los temas de que se trate y también según las personas que están afectadas por la crisis o conflicto, que serían quienes deberían participar del proceso de Mediación.

Si bien es cierto que el artículo 177 de la nueva LOPNA establece las competencias de los Tribunales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, también lo es que esa enumeración no significa que necesariamente la mediación queda excluida de todos esos temas. Son otras disposiciones aisladas de esa misma ley y otras concentradas en un mismo artículo, las que señalan la mediabilidad o no de los asuntos familiares y eso me propongo indicar de seguidas.

#### 3.2.1. Conflictos no mediabiles en virtud del tema de que se trate

3.2.1.1. La ruptura misma del vínculo matrimonial, es decir el divorcio, la nulidad y la separación contenciosa, no son mediabiles, ya que la preservación o ruptura del vínculo conyugal es reserva legal y por lo tanto de la exclusiva jurisdicción del juez. Es al juez a quien corresponde apreciar si la causal invocada en el divorcio contencioso, ha sido debidamente demostrada y acordar o no la disolución del vínculo.

3.2.1.2. La atribución o privación de la Patria Potestad, es de estricta reserva para la decisión del Juez, y tiene causales taxativamente señaladas que deben ser probadas en forma fehaciente y concordante en el procedimiento judicial y con fundamento en las actas del expediente, el juez decidirá al respecto.

3.2.1.3. Establecimiento de la Filiación o desconocimiento de ella, también es de Orden Público y por lo tanto no mediable, ya que afecta el estado civil de las personas.

3.2.1.4. La colocación familiar o en entidad de atención, no es mediable, ya que se aplica en casos de abandono o maltrato a niños y adolescentes,

y debe privar el interés superior del niño cuyos intereses y derechos están generalmente reñidos con los de sus padres o cuidadores que lo han sumido en ese estado de desamparo; por lo tanto mal podrían mediar los padres o cuidadores para dilucidar en mejor lugar para ubicar al niño y que sea protegido debidamente, cuando han sido ellos mismos quienes no lo han hecho cuando les correspondía.

3.2.1.5. No es mediable la adopción ni la nulidad de la adopción, porque es el Juez, con el apoyo de las entidades de protección y el equipo multidisciplinario, quien deberá establecer la conveniencia de la adopción de un niño y por lo tanto en estos casos tampoco cabe mediación.

3.2.1.6. No son mediables las rectificaciones y nulidades de partidas relativas al estado civil de niños, niñas y adolescentes.

3.2.1.7. No son mediables los casos basados en los parágrafos 3º y 5º del Artículo 177 del la nueva LOPNA, es decir, los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, bien sea disconformidad con decisiones, actuaciones, actos administrativos o medidas aplicadas por ellos, abstenciones, sanciones o cualesquiera otras que deban resolverse judicialmente.

Así como tampoco son mediables las acciones judiciales de protección contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos, de los niños y adolescentes.

De manera específica la nueva LOPNA señala que se omitirá la fase de mediación en los procedimientos de protección en los casos de adopción, colocación familiar o entidad de atención y en los relacionados con infracciones a la protección debida a los niños, niñas y adolescentes, con lo cual redundan en señalamientos que se encuentran dispersos y que en este artículo se enfocan desde el punto de vista del procedimiento.

Igualmente en el artículo 519 de la misma LOPNA, se señala acertadamente y sin temor de incurrir en repeticiones, y con el objetivo de delimitar adecuadamente las facultades de los jueces y las de las partes, que no son homologables los acuerdos sobre los mismos tres temas indicados anteriormente, es decir: la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención, y las infracciones a la protección debida, con lo cual en forma indirecta determina que no son mediables esos asuntos, puesto que si se

llegare a algún acuerdo el mismo, por expresa prohibición legal, no podría ser homologado y carecería de validez.

*3.2.2. Asuntos no mediables por las características de las personas involucradas*

Realmente el título de este aparte debería ser el de personas no aptas para entrar o participar de un proceso de mediación, porque es la condición particular, temporal o permanente, de una persona lo que cuenta para que sea capaz o no de transitar en dispositivo mediador.

No será posible mediar entre participantes que estén:

3.2.2.1. Afectados por graves problemas de salud, bien sean agudos o crónicos, y casos de enfermedades terminales.

3.2.2.2. Enfermedades psíquicas, en general psicopatías que afecten la capacidad de decisión del participante, su capacidad de conocer y evaluar la realidad con la finalidad de situarse en un escenario realista y avanzar hacia una toma de decisión adecuada, conveniente, ajustada y practicable.

3.2.2.3. Depresión profunda que afecte a alguno de los participantes y que trastorne su capacidad de decidir, de tomar perspectiva y proyectar su conducta y la de quienes dependen de él, hacia el futuro y percatarse de las consecuencias.

3.2.2.4. Duelo reciente por el fallecimiento de un familiar cercano o de una persona muy querida, de uno de los participantes.

3.2.2.5. Pérdidas económicas o materiales graves y recientes de las cuales la persona no ha tenido tiempo de adaptarse, como podría ser la pérdida de la vivienda (deslave, terremoto, ejecución de hipoteca, remate).

3.2.2.6. Desempleo reciente que afecta la autoestima del participante.

3.2.2.7. Cuando está en juego la custodia de los hijos y uno de los progenitores constituye un peligro para la salud física o mental de los hijos, en esos casos especiales, la custodia se convierte en tu asunto no mediable, porque deberá ser el juez con estricto apego al principio del interés superior del niño quien deba decidir al respecto. Igual puede señalarse en casos de régimen de convivencia (régimen de visitas) si por algún motivo debidamente establecido en el proceso, uno de los padres no deba tener contacto con los hijos.

En general son situaciones en las cuales las partes o mediados no están en situación de igualdad el uno frente al otro, debido a lo que en Mediación se denomina “*desequilibrio de poder*”, bien sea por una incapacidad derivada de afecciones de salud u otro de los motivos enumerados o alguno semejante, o un desequilibrio de poder derivado de la forma en que esas personas se han venido relacionando, en que una de ellas es claramente dominante sobre la otra, por ejemplo en el caso de que uno de los cónyuges siga enamorado de su pareja y el otro no, que uno haya tomado la decisión sorpresiva de separarse, o que exista una total dependencia económica del uno hacia el otro, la existencia de hijos con deficiencias mentales o de salud graves y crónicas (autismo, retraso mental) o cualquiera otra situación en que una de las partes no es realmente libre de tomar decisiones debido a que está evidente o subrepticamente presionada por la otra parte o por las circunstancias, en fin está en desventaja.

En estos casos, el tema puede ser mediable, pero la particular situación de uno de los participantes o de ambos, no permite iniciar o continuar el proceso de la Mediación.

En este punto de nuestra explicación, el principio general que podemos enunciar para orientar acerca de si un caso es o no mediable, es en primer momento formular la pregunta acerca de la disponibilidad o no del tema o asunto sobre el cual versa el conflicto: si se trata de un asunto de Orden Público si es un tema no transable, no será mediable; por el contrario, si es un punto disponible, transable, en el cual no hay prohibición legal de llegar a acuerdos, entonces será mediable.

Establecido este aspecto de la mediabilidad del tema conflictivo, debemos analizar la condición personal de los involucrados, su sanidad mental, su momento de vida, su equilibrio, su capacidad para llevar adelante un proceso civilizado de diálogo, para profundizar en causas, intereses, deseos, su disposición a cooperar en la búsqueda de soluciones y una vez establecido esto, será que el proceso pueda comenzar, o si se ha iniciado, pueda continuar.

En resumen, la posibilidad de aplicar mediación a una crisis familiar, viene dada por la confluencia de múltiples factores, entre los cuales están los señalados, pero estos no son todos; la vida familiar es tan variada y sorprendente, que con seguridad existen muchos otros elementos que favorecen y permiten la mediación y otros muchos que la desaconsejan o la prohíben.

Así también habrán ingredientes que la benefician (como la disposición de las partes a favor de los hijos) y otros que la entorpecen (participante mentiroso, introvertido, controversial, agresivo). La mediación es tan variada como la vida misma.

El resultado de una mediación exitosa es un acuerdo (total o parcial), practicable, adaptado a las necesidades particulares de esa familia y de esa situación, y además debe ser un acuerdo homologable, es decir que verse sobre asuntos o temas transables o disponibles, mediables.

#### 3.4. *Mención aparte merecen los casos de violencia intra familiar*

La afirmación más común y, en mi opinión, válida es que la violencia intra familiar no es mediable.

La violencia intra familiar (física o psicológica), bien sea hacia la mujer, hacia el hombre, hacia los hijos, hacia parientes o hacia los ancianos que forman parte de la familia, provoca la mas profunda vulnerabilidad por parte de la víctima, de esa violencia. Si la víctima es la mujer, ella estará aterrada frente a una remota posibilidad de llegar a un acuerdo con su victimario y que este pueda sentir que su víctima se aprovechó de la momentánea situación de protección que le brinda el proceso de Mediación para librarse de él o para obligarlo a suscribir un acuerdo que en otra situación le sería inaceptable.

Si las víctimas son los hijos, el padre y/o madre afectados por el maltrato a sus hijos, también están en desventaja y quedan desequilibradas las opciones de solución y las posibilidades de tomar una decisión libre. El maltrato de hijos hacia los padres es otra situación mas frecuente de lo que parece a primera vista, que imposibilita la Mediación. El temor paraliza a la persona, a la víctima o le obliga a tomar decisiones equivocadas, nada claras o abiertamente desventajosas.

Considero que las personas inmersas en situaciones de violencia intra familiar, requieren de una terapia y de una sanción, y, al menos en un primer momento, no es practicable una mediación que podría producir resultados equívocos, incluso acuerdos impracticables en los que una parte cede a los requerimientos de la otra porque está aterrorizada, es decir, no decidirá con libertad que es uno de los presupuestos indispensables mediación, que pretende justamente lograr la concordia familiar, pero nunca a costa de la seguridad de alguno de los miembros del grupo familiar.

Debe tomarse en cuenta que las víctimas de violencia intra familiar, lo ocultan, sienten (además de temor) vergüenza por lo que ellas consideran es dejarse maltratar y no lo confiesan, y además esperan, desean, confían en la redención de su agresor, lo cual es un escenario imposible para la mediación, porque significaría dejar a la víctima a merced del victimario.

Ahora bien, es indispensable señalar que las situaciones de violencia intra familiar no llegan a los Mediadores previamente rotulados como tales, en la mayor parte de los casos, es durante el proceso de la Mediación que el Mediador se percata de la situación de maltrato psicológico y/o físico hacia uno de los integrantes de la pareja, de sus hijos, de un familiar que convive dentro del mismo grupo familiar, y es en ese momento que el Mediador debe tomar la decisión de suspender la Mediación, debido al desequilibrio existente entre las partes que imposibilitan la sana toma de decisiones y un acuerdo digno, sustentable y duradero en el tiempo, es decir respetable y practicable. También debe decidir de qué forma manifestará a los mediados su decisión de no continuar el proceso e igualmente debe considerar la posibilidad de recomendar una terapia individual o familiar, según lo estime adecuado a ese caso concreto. En todo caso, no es la violencia en sí, que ya es un grave problema, es el desequilibrio entre las partes lo que genera la suspensión de la mediación.

Sin embargo debo señalar que hay autores que postulan que cuando entre las partes ha habido un único incidente de violencia, la mediación es posible, pero no suscribo esa opinión, ya que quien agrede una vez en situación crítica, de tensiones, de crispación familiar, puede volver a hacerlo y la víctima de una o varias agresiones está igualmente intimidada y no es el escenario apropiado para mediar.

#### IV. CONCLUSIÓN

Avalo la afirmación de que lo mejor que puede suceder a una persona que atraviesa una crisis familiar, es toparse con un Mediador capacitado para ejercer su labor en la mejor forma y solventar el conflicto de manera civilizada, atendiendo a los derechos e intereses de todos los integrantes de la familia, sin dejar heridas incurables, pero aún así hay que reconocer que la Mediación no es aplicable universalmente, a todos los casos ni a todas las personas, en algunos casos porque no se puede aplicar mediación y en otros

casos porque no se debe, por los motivos que he esbozado y por muchos otros que no es posible enumerar y explicar en forma exhaustiva, pero la mediación sí es un tesoro del cual los seres humanos están legitimados para apropiarse en beneficio propio, de la familia y de la comunidad en que viven.

# Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje

*José Alberto Ramírez L.<sup>1</sup>*  
(Venezuela)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Ratificación de los principios *Severability* y *Kompetenz-Kompetenz*. III. Ratificación de la validez del Arbitraje en materias consideradas como de orden público. IV. Reconocimiento de la posibilidad del Estado de someter a Arbitraje controversias relativas a contratos de interés general. V. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (1999); LLM in Dispute Resolution, University of Missouri-Columbia (2005).

## I. INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia que resolvió el recurso de interpretación presentado por la República Bolivariana de Venezuela sobre el alcance del único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido al mandato constitucional para la promoción del arbitraje y los demás medios alternativos para la resolución de conflictos.

La sentencia, identificada por la Sala con el número 1541, marca un hito importante en el desarrollo jurisprudencial del arbitraje en Venezuela porque, en primer lugar, es la primera vez en diez años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que la Sala Constitucional interpreta el llamado principio de constitucionalización del arbitraje, en segundo lugar, porque por tratarse de una interpretación de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de normas constitucionales resulta vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, a tenor de lo dispuesto en el artículo 335 del texto constitucional, y en tercer lugar porque reafirma y consolida principios básicos de la institución arbitral que anteriormente habían sido golpeados o desaplicados por otras Salas del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

Son diversos los aspectos positivos a destacar de la sentencia 1541 dictada por la Sala Constitucional, no obstante, a los efectos del presente trabajo nos enfocaremos en el análisis de tres aspectos de marcada importancia que son (i) la ratificación de los principios de *Severability* y *Kompetenz-Kompetenz*, (ii) la ratificación de la validez del arbitraje en materias consideradas como de orden público y (iii) el reconocimiento de la posibilidad del Estado de someter a Arbitraje controversias relativas a contratos de interés general.

## II. RATIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SEVERABILITY Y KOMPETENZ-KOMPETENZ

El principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje (también llamado *severability* o *separability*) implica que la validez del acuerdo de arbitraje no está atada a la validez del contrato que la contiene<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Ver: SMIT, Robert. *Separability and competent-Competence in International Arbitration*. American Bar Association. May 7 2003.

Como consecuencia de este principio tenemos que:

- ▶ Un desafío a la validez del contrato principal no priva al tribunal arbitral de la jurisdicción para conocer y decidir sobre el conflicto entre las partes con respecto a ese contrato.
- ▶ La invalidez del acuerdo arbitral no implica la nulidad del contrato principal. Ante esta situación, las obligaciones derivadas del contrato principal pueden ser reclamadas ante los tribunales competentes.
- ▶ La Ley aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser distinta de la Ley aplicable al contrato principal.
- ▶ La cláusula de arbitraje puede sobrevivir a la terminación o expiración del contrato principal en tanto y en cuanto surjan conflictos derivados de hechos ocurridos durante el plazo de vigencia del contrato, o en cuanto a cláusulas que se mantengan vigentes con posterioridad a la terminación o expiración del contrato principal. (p. ej. cláusulas de confidencialidad).

El principio *Kompetenz-Kompetenz* implica la potestad que tiene todo tribunal arbitral de decidir primero sobre su propia competencia, decisión que se encuentra sujeta a control judicial posterior<sup>3</sup>.

El principio *Kompetenz-Kompetenz*, conjuntamente con el principio de la autonomía del acuerdo arbitral (*Severability*), constituyen las bases sobre las cuales se fundamenta la institución del Arbitraje. En efecto, la doctrina señala que existe una reciprocidad entre ambos, en el sentido que la autonomía de la cláusula arbitral permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia jurisdicción y la competencia del tribunal arbitral le permite determinar la validez del contrato principal que contiene la cláusula compromisoria.<sup>4</sup>

La coexistencia de estos principios garantizan la operatividad y subsistencia de la institución arbitral más allá de la voluntad unilateral de una de las partes, que eventualmente podría frustrar el arbitraje simplemente mediante un desafío al contrato que contiene la cláusula arbitral o en particular a la cláusula arbitral propiamente dicha.

<sup>3</sup> Ver: *Idem*

<sup>4</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, 1996.

El principio *Kompetenz-Kompetenz* es recogido tanto por las fuentes domésticas como internacionales que nutren el sistema de arbitraje comercial venezolano. Así pues, observamos que como fuentes domésticas la Ley de Arbitraje Comercial<sup>5</sup> (LAC) lo consagra expresamente en sus artículos 7 y 25<sup>6</sup>. Por su parte, los reglamentos de arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas lo consagran en sus artículos 12.3<sup>7</sup> y 38<sup>8</sup> respectivamente.

En cuanto a las fuentes internacionales, observamos que la Ley modelo UNCITRAL, de la cual se inspira nuestra Ley de Arbitraje Comercial, lo consagra expresamente en el artículo 16.1<sup>9</sup> y la Convención de Nueva York

<sup>5</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

<sup>6</sup> El artículo 7 de la Ley de arbitraje Comercial dispone que "El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje." Mientras que el artículo 25 dispone que "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite."

<sup>7</sup> El artículo 12.3 del reglamento del CEDCA dispone que "Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal Arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones.

<sup>8</sup> El artículo 38 del reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas dispone que "El Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A tal efecto, una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula arbitral. La excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral podrá oponerse en cualquier momento antes de la celebración de la Audiencia de Constitución del Tribunal Arbitral."

<sup>9</sup> Ley Modelo UNCITRAL, artículo 16.1: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria."

lo acepta parcialmente en su artículo 2.3<sup>10</sup>. Así mismo, el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) establece el principio en su artículo 6.2<sup>11</sup>.

Tal es la aceptación de la que goza el principio *Kompetenz-Kompetenz*, pues como hemos visto se encuentra previsto en tratados internacionales, leyes internas y reglamentos de centros de arbitraje locales y foráneos, que se considera como principio fundamental de la institución del arbitraje comercial.

No obstante la notoriedad de su importancia, resulta particularmente interesante que el tratamiento jurisprudencial que nuestro máximo tribunal había realizado sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*, no se correspondía con la tendencia legislativa y reglamentaria existente y mucho menos con el espíritu del constituyente cuando ordenó la promoción de la institución arbitral.

Así pues, observamos que hasta el momento ha existido una divergencia de criterios dentro de las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) a la hora de reconocer (u obviar en algunos casos) el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

El criterio dominante de la Sala Político-Administrativa (SPA) del TSJ durante los años recientes se ha inclinado por el desconocimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* al abrogarse jurisdicción sobre conflictos que estaban llamados a ser resueltos por la vía del arbitraje.

<sup>10</sup> El Artículo 2.3 de la Convención de Nueva York dispone que "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

<sup>11</sup> El artículo 6.2 del reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC establece que "Si la Demandada no contesta a la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al Tribunal Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue."

Como ejemplos de esta tendencia jurisprudencial de la SPA, podemos citar las siguientes decisiones:

- ▶ Sentencia de fecha 21 de octubre de 1999, caso: Hyundai de Venezuela C.A vs. Hyundai Motor Company.
- ▶ Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, caso: John Herrera Merchán vs. Transportes Marinos de Occidente C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 14 de febrero de 2002, caso: José Texeira De Miguel vs. Shell Venezuela Productos C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 20 de marzo de 2003, caso: Consorcio Barr S.A vs. Four Seasons Caracas, C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 03 de abril de 2003, caso: Inversiones Preámbulo 121 C.A vs Seguros Orinoco C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 06 de mayo de 2003, caso: Consultores Occidentales S.A (COSA) y otros vs. Hanover P.G.N Compressor, C.A
- ▶ Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003, caso: República Bolivariana de Venezuela vs. Autopista Concesionada de Venezuela AUCOVEN C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 06 de junio de 2004, caso: Shell Venezuela Productos C.A vs. Antonio María Claret González Gutiérrez.

Como se puede observar, lamentablemente no son pocas las decisiones de la SPA que han desconocido la facultad del Tribunal Arbitral de ser los primeros en pronunciarse sobre su propia competencia.

Por otro lado, debemos destacar que en contraste con estos criterios de la SPA se han producido algunas decisiones acertadas que han reconocido la validez del principio *Kompetenz-Kompetenz*, particularmente de la Sala de Casación Civil y de la Sala Constitucional, entre las que se pueden señalar:

Decisiones de la Sala de Casación Civil:

- ▶ Sentencia de fecha 08 de febrero de 2002, caso: Hanover P.G.N Compressor C.A vs. COSA Convenca.
- ▶ Sentencia de fecha 13 de agosto de 2004, caso: Promotora E.P, 1967 vs. Asociación Civil El Carrao.
- ▶ Sentencia de fecha 19 de agosto de 2004, caso: Operaciones F.F C.A vs. Valores Venafim S.A.

De las decisiones nombradas se puede extraer el acertado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de que la “validez del acuerdo de arbitraje comercial no se discute ante jueces, sino ante el Tribunal arbitral”, lo cual no es más que la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Por su parte, la Sala Constitucional ha sentado criterios que consideramos positivos para la institución arbitral y en particular para la aceptación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, entre las que podemos mencionar la siguiente:

- ▶ Sentencia de fecha 23 de mayo de 2001, caso: Grupo Inmensa C.A., y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A, (CORESMALT).

Con ocasión de decidir sobre el alcance del último aparte del artículo 258 de la Constitución, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de establecer claramente y con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, el criterio que deben seguir los operadores del poder judicial frente a los principios de autonomía de la cláusula arbitral y de la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, lo cual hizo en los siguientes términos:

*“También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (severability, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “torpedear” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (kompetenz-kompetenz), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.”*

Si bien no es la primera vez que esta Sala se pronuncia sobre estos principios, lo resaltante es que es la primera vez que lo hace en una decisión que interpreta directamente el alcance de la norma constitucional que ordena la promoción del Arbitraje; por lo tanto podemos sugerir que el llamado efecto de constitucionalización del Arbitraje a partir de ahora abarca la constitucionalización de los principios básicos de la institución como lo son los principios de *severability* y *Kompetenz-Kompetenz*.

### III. RATIFICACIÓN DE LA VALIDEZ DEL ARBITRAJE EN MATERIAS CONSIDERADAS COMO DE ORDEN PÚBLICO

Dentro del extenso análisis que realiza la sentencia 1541 sobre la institución arbitral se incluye un subtítulo dedicado al alcance y límites de la justicia arbitral en la constitución Venezolana. Aprovecha esta oportunidad la Sala constitucional para sentar Jurisprudencia respecto a los criterios para determinar la arbitrabilidad, entendida esta como la aptitud de un litigio de ser objeto de arbitraje.

Desde el punto de vista legislativo, los criterios y los límites de la arbitrabilidad de las controversias en el derecho venezolano están determinados en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) que establece que *"podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir"*.

Concatenando esta disposición con los principios que sobre transacción dispone nuestro Código Civil en sus artículos 1.713 y 1.714, tenemos que son susceptibles de transacción todos los derechos disponibles por las partes, por lo tanto en materia de arbitraje puede afirmarse que son susceptibles de ser sometidos a arbitraje todos aquellos litigios que versen sobre materias sobre las cuales las partes tengan libre disposición, excepto por las excepciones establecidas en el mismo texto del citado artículo 3 de la LAC.

La facultad de disposición se refiere a los derechos subjetivos de los cuales es titular una persona. Desde el punto de vista práctico resultaría inconveniente tratar de listar aquellos derechos que son disponibles, resultando más eficiente delimitar aquellos que son indisponibles (p.ej. Derechos personalísimos).

En el marco del derecho comparado, destacada parte de la doctrina considera que el criterio para determinar la arbitrabilidad de un litigio va más allá del criterio de la libre disponibilidad de los derechos. Así pues, se añade el criterio según el cual serán arbitrables todos los litigios de carácter patrimonial.<sup>12</sup>

Sobre este aspecto se pronuncia la Sala Constitucional en estos términos: *"El criterio para determinar cuando una disputa es arbitrable depende del*

---

<sup>12</sup> Ver: BERNARDINI, Piero. The Problem of Arbitrability in General. 2008 y HANOTLAU, Bernard. L'arbitrabilité. 2002.

*ordenamiento jurídico que se trate.*” Esto nos lleva de nuevo a analizar el contenido del artículo 3 de la LAC, el cual señala las materias exceptuadas mencionando a) aquellas que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia firme; b) aquellas concernientes a las atribuciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) aquellas que versen sobre el estado y capacidad de las personas; d) aquellas relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, y e) aquellas sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia firme.

Así las cosas, observamos que de acuerdo al ordenamiento jurídico venezolano impera una combinación de los criterios de arbitrabilidad relativos a la libre disposición de los derechos y del carácter patrimonial de la disputa, con el añadido de que la materia no debe ser contraria al orden público.

Lamentablemente la interpretación que hasta el momento había dado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia al criterio de inarbitrabilidad relacionado al orden público, había sido contrario a los principios pro-arbitraje consagrados tanto en la Constitución nacional como en la LAC.

Para sustentar esta afirmación podemos señalar como ejemplos algunas sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa del TSJ que declararon inarbitrables controversias surgidas en materia de arrendamiento bajo el pretexto de que los derechos contenidos en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios son de orden público, en interpretación del texto del artículo 7 de la Ley.<sup>13</sup>

- ▶ Sentencia de fecha 06 de diciembre de 2001. Caso: Ayoub Bou Assaf vs. La Media Manzana de Punto Fijo C.A.
- ▶ Sentencia de fecha 05 de febrero de 2003. Caso: Inversiones Tata 88 C.A vs. Inversiones Farma Shop 2000 C.A.

<sup>13</sup> Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, Artículo 7º: Los derechos que la presente Ley establece para beneficiar o proteger a los arrendatarios son irrenunciables. Será nula toda acción, acuerdo o estipulación que implique renuncia, disminución o menoscabo de estos derechos.

- Sentencia de fecha 27 de enero de 2004. Caso: Plaza Suites I C.A vs. Codemar C.A.

Sobre el concepto de orden público podemos sugerir que el mismo se refiere a un límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido resulte contrario a los intereses colectivos de la sociedad, manifestados en principios y reglas de Derecho.

Como observamos, el concepto de orden público tiene una finalidad de protección que impide que se disminuyan derechos garantizados por el ordenamiento jurídico. Esto nos obliga a hacer la precisión de que en materia de arrendamientos sometidos a la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios la escogencia del foro arbitral no implica renuncia, disminución o menoscabo de los derechos que establece la Ley para proteger a los arrendatarios, como erróneamente venía señalando la SPA.

En cualquier caso, a partir de ahora no debe quedar ninguna duda de que en efecto son arbitrables las disputas en materias consideradas como de orden público, a partir del criterio expuesto por la Sala Constitucional en su sentencia 1541, el cual quedó expuesto en los siguientes términos:

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

Aclara la Sala Constitucional que la declaratoria de orden público de una determinada materia por parte del legislador implica una limitación al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el sentido que las imposibilita a relajar las protecciones que la Ley consagra a la parte considerada como “débil jurídico”, en el entendido que tales protecciones son de naturaleza sustantiva. La libre escogencia de un medio alternativo como el arbitraje es de naturaleza adjetiva, por lo tanto, no contraría el orden público porque este únicamente incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas.

Adicionalmente, debemos señalar que este razonamiento de la Sala Constitucional resulta coherente con el criterio de que la justicia arbitral

no es excepcional a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial; sino que por el contrario ambas se encuentran en el mismo rango.

Si bien ha quedado claro que son arbitrables las disputas que versen sobre materias consideradas como de orden público, observamos que la Sala Constitucional no hace mención expresa sobre si se refiere a arbitraje de derecho o de equidad. En nuestro criterio, quedan excluidos los arbitrajes de equidad en materias consideradas como de orden público, por cuanto la "libertad" de acción de los árbitros que menciona el artículo 8 de la LAC<sup>14</sup> queda limitada por la obligatoriedad de aplicación de las normas sustantivas de orden público.

Concluye la sentencia 1541 su análisis sobre este punto brindándonos una herramienta de tipo práctico para determinar la arbitrabilidad de las disputas que versen sobre materias consideradas como de orden público, al señalar que "para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes."

#### **IV. RECONOCIMIENTO DE LA POSIBILIDAD DEL ESTADO DE SOMETER A ARBITRAJE CONTROVERSIAS RELATIVAS A CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL**

Sin lugar a dudas el Arbitraje es el medio de resolución de controversias mayoritariamente utilizado en los contratos de comercio internacional. Con esta realidad fácilmente comulgan los particulares que hacen vida en el mundo del comercio globalizado, pues están conscientes de las ventajas de celeridad, especialidad, economía, confiabilidad, y neutralidad que este medio ofrece.

La situación es muy distinta cuando los actores de la actividad comercial son los Estados que se ven obligados a entrar en relaciones comerciales

---

<sup>14</sup> Ley de Arbitraje Comercial. Artículo 8: Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. **Los segundos procederán con entera libertad**, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho. (Destacado nuestro).

con factores extranjeros para satisfacer una demanda de bienes y servicios especializados que no puede ser satisfecha internamente.

Así vemos como la llamada doctrina Calvo, según la cual todo conflicto entre un Estado con un actor extranjero debe necesariamente ser solucionada por los tribunales locales de ese Estado, ha penetrado en la mayoría de los países de América Latina, quienes aún hoy en día siguen incluyéndola en sus constituciones. En el caso particular de Venezuela, observamos que la doctrina Calvo ha gozado de inclusión en nuestro texto fundamental, tanto en la Constitución de 1961 (artículo 127), como en la Constitución de 1999 (artículo 151)<sup>15</sup>.

Esta penetración constitucional que la doctrina Calvo ha tenido en Venezuela ha servido de base para argumentar criterios jurisprudenciales adversos a la posibilidad de la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos de interés público. Particularmente sobre este punto debemos traer a análisis la sentencia de fecha cuatro (4) de abril de 2006, dictada por la Sala Político Administrativa (SPA) del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso Eleetronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV).

En este caso la SPA consideró que por tratarse de un canal de televisión del Estado que realiza una actividad en beneficio colectivo se está en presencia de un servicio público, y que por cuanto el contrato perseguía mejorar la prestación del servicio público de televisión, el mismo debía ser considerado un contrato de interés público en los términos expresados en el artículo 151 de la Constitución Nacional.

Agregaba la SPA que aunque el Estado venezolano realice actividades comerciales o industriales y para ello suscriba contratos con las empresas privadas, no significa que por ello deje de estar sometido a normas de Derecho Público y tenga que actuar enteramente bajo las normas de Derecho Privado, en cualquiera de sus ramas.

---

<sup>15</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 151: En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Concluyó la SPA decidiendo que las controversias derivadas de contratos celebrados por una empresa del Estado que (i) persiguen una finalidad pública, (ii) se relacionan con la prestación de un servicio público y (iii) afectan el patrimonio del Estado venezolano, no pueden ser sometidas a arbitraje.

De manera tal, que la SPA por vía de una sentencia derogaba en la práctica el texto de los artículos 3 y 4 de la LAC, los cuales respectivamente establecen las materias que pueden ser objeto de arbitraje (arbitrabilidad) y la posibilidad de que sociedades en las cuales la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al 50% del capital social puedan someter a arbitraje sus controversias; violentando además el mandato constitucional de promocionar el arbitraje y los demás medios alternos de resolución de conflictos.

Sin lugar a dudas que esta sentencia del caso *Elettronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV)* significó un duro golpe para la institución del arbitraje como tal y para la imagen internacional de Venezuela como jurisdicción amigable al arbitraje, contribuyendo a generar inseguridad jurídica para todos aquellos inversionistas que contratan directa o indirectamente con el Estado venezolano, quienes veían subordinadas las garantías ofrecidas por el marco legal vigente ante la interpretación del operador judicial de turno.

Llama poderosamente la atención que el criterio sostenido por la SPA en el caso *Elettronica Industriale S.P.A. (ELIN) vs. Venezolana de Televisión (VTV)* no resultaba congruente con los antecedentes jurisprudenciales que se venían produciendo en cuanto al análisis de la arbitrabilidad de los contratos de interés público. Así pues, observamos como la misma SPA de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 17 de Agosto de 1999, caso *Simón Muñoz Armas*, había considerado válido el arbitraje en los *Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el esquema de Ganancias Compartidas*. En esa oportunidad, la Corte realizó el análisis del alcance del artículo 127 de la Constitución de 1.961, equivalente al actual artículo 151 de la Constitución vigente (expresión constitucional de la llamada *Cláusula Calvo*), concluyendo que el criterio de inmunidad soberana debía interpretarse de un modo restringido, aceptando la escogencia del arbitraje como medio de solución de conflictos en los contratos (de interés público) de asociación estratégica que se celebraron en el área petrolera en la década de los noventa.

Afortunadamente, la Sala Constitucional aprovecha la oportunidad para abordar este tema y en la sentencia 1541 incluye un apartado al que titula "DEL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS GENERAL", en donde coloca un freno al criterio ultranacionalista de inmunidad soberana estricta que había sentado la SPA. Comienza este aparte la Sala calificando de "paradigmático" el texto del artículo 151 de la Constitución vigente. Seguidamente la Sala trae a colación el fallo de la extinta Corte Suprema de Justicia mencionado en el párrafo anterior para reafirmar que nuestro texto constitucional acoge el sistema de inmunidad relativa, el cual permite la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general.

Este enfoque pragmático se justifica en la necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales con actores extranjeros para desarrollar actividades esenciales para la realización de sus fines que no pueden ser satisfechas por el Estado mismo. Así, el Estado se ve obligado a participar en un mercado globalizado con tendencias bien marcadas, entre las que resalta la escogencia del Arbitraje como medio idóneo para la resolución de eventuales conflictos.

Se impone entonces un criterio práctico en donde el Estado comprende que si desea participar como un actor más en el comercio internacional de bienes y servicios debe renunciar a su pretensión nacionalista de ejercer jurisdicción sobre las disputas que se generen de esas actividades y aceptar que es el arbitraje la opción que ha logrado a lo largo de su desarrollo histórico captar la aceptación de los actores que operan en un mundo cada vez más globalizado.

No hace esfuerzos la Sala para ocultar sus reservas para con la institución arbitral, pues en nuestro criterio, nuestro poder judicial continúa considerando que cualquier medio de resolución de conflictos distinto a la jurisdicción ordinaria implica una renuncia a un Poder decisorio que en otros tiempos ejerció de forma monopólica. Así, observamos que dentro de un análisis coherente que venía desarrollando la Sala Constitucional sobre la arbitrabilidad de los contratos de interés general se escapa un párrafo antipático que sugiere esta idea y que nos permitimos transcribir para luego comentar.

*"...no escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en*

*muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones trasnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.”*

Como hemos comentado, en nuestro criterio la aceptación jurisprudencial de la arbitrabilidad de los contratos de interés general no se produce porque nuestro poder judicial realmente crea y promocioe sus innegables ventajas, pues como hemos dicho para el poder judicial implica una renuncia a una situación de Poder y para el Estado implica una renuncia a una situación de ventaja natural. Consideramos que sencillamente se ha comprendido que si el Estado desea consumir bienes y servicios provistos por factores extranjeros debe ajustarse a las reglas de juego que imperan en el comercio internacional, pues de lo contrario se promovería un aislamiento voluntario del Estado ante la comunidad internacional en materia comercial.

Resulta inaceptable la sutil acusación que hace la Sala a la institución arbitral al sugerir que los tribunales arbitrales carecen de imparcialidad porque sus miembros se encuentran vinculados y tienden a favorecer a las corporaciones trasnacionales; tal argumento formulado en forma genérica le resta todo mérito científico y denota la superposición de un criterio político sobre los criterios jurídicos que son los que deben nutrir las sentencias de nuestro máximo Tribunal. Basta con resaltar que son las propias partes (sean estas corporaciones privadas o Estados soberanos) quienes escogen sus propios árbitros y que esta es una de las mayores ventajas de la institución arbitral. En cualquier caso, es propicia la oportunidad para resaltar que en sociedades donde su poder judicial es colocado en tela de juicio por problemas de imparcialidad, los medios alternativos de resolución de conflictos antes que constituirse en instrumentos de dominación se constituyen en instrumentos de desarrollo.

Dicho esto, continuamos resaltando los aspectos positivos que contiene el fallo de la Sala en cuanto a la arbitrabilidad de los contratos de interés general.

Así, vemos que la Sala declara que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.

Continúa la Sala señalando que el artículo 151 constitucional no permite sostener una teoría de inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, reconociendo la posibilidad del Estado de someter a arbitraje controversias derivadas de contratos de interés general.

Hace mención la Sala al principio de soberanía como límite a la arbitralidad en contratos de interés general. Si bien la Sala no desarrolla que debe entenderse por este principio de soberanía, nos proporciona algunas luces al afirmar que el principio de soberanía se ejerce por parte del Estado cuando decide soberanamente someter controversias relativas a contratos de interés general a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros.

Por último señala la Sala que el principio de soberanía implica también un límite a la eventual ejecución de un laudo extranjero en territorio venezolano al destacar que en caso de que la decisión de un tribunal arbitral extranjero contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República.

## V. CONCLUSIONES

Resulta positivo afirmar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial y del reconocimiento constitucional del arbitraje en los artículos 253 y 258 de la Constitución vigente se ha producido un desarrollo jurisprudencial considerable en materia de arbitraje, particularmente desde el Tribunal Supremo de Justicia.

Lamentablemente se ha observado una inconsistencia de criterios entre las distintas Salas del máximo Tribunal respecto a aspectos fundamentales para la sana operatividad de la institución arbitral, destacando numerosas sentencias que denotan cierta aversión de los operadores judiciales a renunciar a su jurisdicción en favor de la justicia alternativa.

Así las cosas, la Sala Constitucional, basándose en su potestad de más alto intérprete de los principios constitucionales, ha aprovechado la oportunidad para ordenar esta situación y establecer con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República criterios fundamentales para el correcto desenvolvimiento de la institución arbitral como lo son, entre otros, el principio de autonomía de la cláusula arbitral, la facultad del tribunal arbitral de determinar su propia competencia, la arbitrabilidad en materias consideradas como de orden público y la posibilidad del Estado de someter a Arbitraje controversias relativas a contratos de interés general.

Esperamos que este hito jurisprudencial marcado por la Sala Constitucional en su interpretación sobre el alcance del único aparte del artículo 258 de la Constitución abra las puertas para que podamos observar más y mejores sentencias de parte del poder judicial que cumplan efectivamente con el mandato del constituyente de promocionar el arbitraje y los demás medios alternativos para la resolución de conflictos.

# El Acceso a la Justicia y los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos

*Marcos R. Carrillo Perera<sup>1</sup>*  
(Venezuela)

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Los Condicionamientos: a. El presupuesto sociológico; b. El presupuesto filosófico; c. Las implicaciones de las dos visiones. III. Rol de los consultorios jurídicos. IV. Los MARC y el acceso a la justicia. V. Calidad y seguimiento de los MARC: a. El Instrumentalismo legal. Desarrollo de políticas públicas; b. Formación; c. Sensibilización; d. Seguimiento. VI. Características de los sistemas comunitarios de acceso a la justicia: a. Cercanía del ciudadano; b. Adaptabilidad y flexibilidad de la organización; c. Eficiencia y calidad. VII. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Abogado UCAB. Jefe de la Cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos. Profesor de Filosofía del Derecho y de Resolución Alternativa de Conflictos en pre y post-grado UCAB. Profesor invitado IESA. Maestría en Filosofía e Historia del Derecho London School of Economics and Political Science. e-mail: mrcarrillo@gmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

El tema de acceso a la justicia ha sido ampliamente tratado desde diversas perspectivas, haciéndose especial énfasis en datos que permitan cuantificar el alcance de las instituciones creadas para este fin y los programas que en este sentido se implementan. Desde hace tiempo se ha propuesto que los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) sean utilizados como herramienta para contribuir a las necesidades de la población en materia de acceso a la justicia. El énfasis también se ha puesto en fórmulas prácticas que contribuyan a subsanar las carencias sociales en esta área. A pesar de lo determinante que es la concreción de los MARC, es igualmente necesario desarrollar enfoques teóricos que permitan entender y justificar el rol de los MARC en la problemática del acceso a la justicia, pues ello contribuirá decididamente al diseño de políticas adecuadas para la protección y potenciación de los derechos ciudadanos.

El objeto de este ensayo es explorar a nivel teórico algunos fundamentos, no para el acceso al sistema jurídico, tema que abarca muchos aspectos que exceden el presente trabajo, sino para el acceso a procedimientos de resolución de controversias enmarcadas dentro de un triple contexto: aquellas que se dan en el ámbito privado, comunitario y contencioso. Para ello se propone el análisis de elementos de carácter sociológico y filosófico que condicionan el acceso a la justicia. Luego se analiza el rol que deben jugar los MARC en este argumento, posteriormente el papel que deben jugar los consultorios jurídicos y, finalmente una propuesta, de mecanismos de seguimiento y evaluación.

## II. LOS CONDICIONAMIENTOS

### *a. El presupuesto sociológico*

Con seguridad, cuando Gabriel García Márquez escribió 100 años de soledad, jamás pensó (ni deseó) que sería citado en un foro relacionado con el acceso a la justicia. Sin embargo, como toda gran obra literaria, la maravillosa novela permite que el lector, además de deleitarse con el extraordinario uso del lenguaje, realice lecturas ciertamente inesperadas, que si bien no dan cuenta de su belleza estética, si permiten giros insospechados y, espero, interesantes.

Y es que las peripecias de la familia Buendía sólo pueden ser íntegramente comprendidas en su contexto. No es posible entender a cabalidad las implicaciones de las vidas, por ejemplo de José Arcadio Segundo y de Aureliano Segundo, sin la perspectiva que nos dan las vidas de los anteriores Aurelianos o José Arcadios. La cola de cerdo del último Aureliano sólo se explica por ser parte de la estirpe de los Buendía. De allí que la historia sólo cobra sentido en la medida en que la intrincada genealogía se descubre y, si bien el hombre con cola de cerdo puede ser una de las imágenes que más se recuerden, son los personajes que le anteceden los que le dan significado a su situación.

Este aspecto, quizás tangencial, de la obra comentada es en el fondo el mismo problema de las diferentes concepciones del acceso a la justicia. La idea clásica del acceso a la justicia plantea una visión restringida de su concepto, en el sentido que plantea que el derecho de acceso a la justicia tiene por contenido “la posibilidad real de los ciudadanos de hacer uso de la jurisdicción para la solución de sus conflictos de intereses”<sup>2</sup>. Como puede observarse, esta definición vincula necesariamente el acceso a la justicia a la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria. Más modernamente podría ampliarse este planteamiento a la posibilidad de recurrir a órganos estatales de administración de justicia, lo que incluiría el acceso no sólo a los tribunales sino los procedimientos por ante órganos administrativos.<sup>3</sup> Si bien este es un aspecto importante del tema que nos ocupa, no es el único, ni puede analizarse aisladamente. En efecto, a principios de los años 80 dos importantes investigadores norteamericanos, Miller y Sarat, hicieron una serie de significativos estudios sobre la cultura adversarial en los Estados Unidos. Para comprender a cabalidad la estructura de la aparición de los conflictos en la sociedad, propusieron una metodología que buscaba describir todo el proceso de transformación que ocurre desde el momento en que una persona experimenta un perjuicio hasta que finalmente es resuelto.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> PERDOMO, José Rafael. *Acceso a la justicia*. En *Acceso a la Justicia*. (pp. 25-58). 2003. Barquisimeto, Venezuela: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto Tribuna Jurídica de Venezuela.

<sup>3</sup> Relacionado con este tema véase Commission on Legal Empowerment of the Poor. *Making the Law Work for Everyone. VOLUME I. Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor Toppan*. Printing Company America Inc. 2008

<sup>4</sup> MILLER, Richard y SARAT, Austin. “Grievances, Claims and Disputes: assessing the adversary culture”. En *15 Law and Society Review*, pp. 525 y ss.

Los estudios dieron cuenta de un proceso complejo y estratificado en etapas que no siempre terminaba en una decisión judicial o administrativa.

El primer elemento que identificaron fue que los conflictos surgen a partir de un perjuicio. Pero no cualquier perjuicio genera un conflicto. Los autores distinguen entre experiencia de perjuicio percibida y experiencia de perjuicio no percibida, y son sólo las primeras, es decir las percibidas, las que producen o las que dan origen eventualmente a conflictos.<sup>5</sup>

La segunda etapa del proceso de transformación se da con el reclamo, el cual se produce una vez que las partes han percibido algún evento inestable pero remediable por una persona en particular a quien el afectado solicita que corrija la situación que ha producido el perjuicio. Al menos que surja un reclamo no puede realmente aparecer una disputa.<sup>6</sup> En otras palabras, el reclamo es un pre-requisito para que brote un conflicto. Una vez que se ha hecho el reclamo, la parte a quien se le acusa de producir el perjuicio tiene a la vez dos opciones: o acepta el reclamo o lo rechaza; es sólo en este segundo caso cuando puede surgir una disputa.

Luego de que el reclamo es rechazado es cuando la disputa llega a manos de abogados, quienes ejercen métodos de resolución de conflictos formales o informales para solventarla y, en caso de que ello no sea posible, llegan a una última fase que es cuando finalmente el conflicto llega a los mecanismos formales de justicia estatal.<sup>7</sup>

La investigación dio como resultado una evidencia según la cual es mucho mayor el número de conflictos percibidos resueltos en el camino de transformaciones que sufren las situaciones sociales antes de llegar a la justicia formal estatal, que el número que en efecto es resuelto por ésta.<sup>8</sup> En otras palabras, el camino que un conflicto recorre hasta llegar a la justicia formal estatal tiene estructura piramidal, en el sentido que los perjuicios

<sup>5</sup> En este sentido véase FELSTINER William, ABEL, Richard y SARAT, A. "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...". En *15 Law and Society Review* N° 3-4, pp. 631.

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> MILLER, Richard y SARAT, Austin. *Ob. cit.* pp. 536 y ss.

<sup>8</sup> *Idem.* En este mismo sentido, desde una perspectiva teórica, véase TWINING, William. *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics in Modern Law Review* 56 pp. 380 y ss. 1993.

percibidos son muchos más que los efectivamente reclamados que, a su vez, son más que los llevados a abogados quienes, finalmente, presentan ante dichos órganos una menor proporción de casos que los que realmente atienden. Esta estructura piramidal, según la cual son mucho menos los conflictos atendidos por los tribunales que los conflictos resueltos fuera de ellos da cuenta de un elemento fundamental para entender el problema del acceso a la justicia, pues se comprueba que una aproximación al tema desde la cúspide de la pirámide deja de estudiar y de plantear soluciones para la mayoría de los conflictos que se presentan en la sociedad y que son resueltos por vías distintas a la justicia formal estatal.

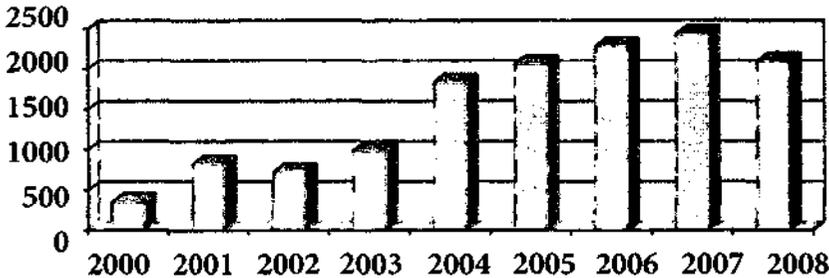
El embudo que se forma en la transformación de los conflictos y su posibilidad de acceder a los órganos de justicia formal estatal influye en el problema del acceso a la justicia tiene dos caras una fáctica y otra de percepción: Por un lado, la comprobación fáctica de que los mencionados órganos atienden una minoría de los perjuicios percibidos en la sociedad, da cuenta de su eficacia relativa. Por otro lado, esta escasez de opciones para abordar la conflictividad por las vías clásicas afecta de modo importante la percepción de los usuarios sobre el verdadero provecho que pueda tener el acudir a dichos órganos. Así, para estimular el uso de la justicia ordinaria o de las vías administrativas es preciso que el ciudadano perciba que ellas son adecuadas y efectivas, de lo contrario se desestimula la posibilidad de reclamar experiencias percibidas como perjudiciales, pues el usuario siente que “no vale la pena” utilizar los mecanismos formales para demandar sus derechos.

Un ejemplo de lo importante que es la percepción de eficiencia de los procedimientos de resolución de controversias lo constituye el nuevo sistema de justicia laboral venezolano que se comenzó a implementar a partir del año 2002. Antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley los procedimientos laborales, cuya casación es oída por la sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, tenían una duración de aproximadamente 5 años. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, modificó sustancialmente el procedimiento en esta materia, simplificando los trámites, acortando lapsos e introduciendo un proceso obligatorio de mediación al comenzar el juicio.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Véase, Ley Orgánica Procesal del Trabajo Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002. Especialmente, sobre la mediación véase el Título V, Capítulo II, artículos 129 y ss del mencionado texto legislativo.

La experiencia práctica de los litigantes en esta área es que la mayoría de los casos se resuelven en la fase de mediación, cuya duración máxima es de 4 meses. El resto de los casos tienen una duración máxima que pocas veces excede de un año. Este cambio tuvo una repercusión fundamental en la percepción de los usuarios, lo que contribuyó a que en sólo dos años luego de la promulgación de la ley el número de casos que conocía la Sala Social aumentaran a más del doble. En efecto, tal y como demuestra la tabla citada abajo, para el año 2000 ingresaron sólo 356 casos a la mencionada Sala. Luego, entre el año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la ley y el año 2003 se recibieron 821, 724 y 986, casos respectivamente. Pero en 2004 se da un significativo giro en las cifras de casos ingresados y se salta a un número de 1838.<sup>10</sup> De allí en adelante se ha sostenido por encima de los 2000 casos anuales, lo que significa que se oyeron casi siete veces más casos que con respecto al año 2000.<sup>11</sup>

Número de casos ingresados en Sala de Casación Social  
Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2000-2008



Fuente: [www.tsj.gov.ve/gestion](http://www.tsj.gov.ve/gestion)

Como lo demuestran los datos anteriores la inclusión de métodos alternativos de resolución de controversias como la mediación, que son expeditos, eficientes y de fácil comprensión para el usuario, se convierte un factor relevante para el acceso a la justicia, aún cuando son utilizados dentro de la

<sup>10</sup> Es importante resaltar que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 194, la ley tuvo una *vacatio legis* de un año, de modo que los efectos de la ley deben medirse a partir de agosto del año 2003. No obstante, se observa que, la sola promulgación incidió en un aumento de casos entre el año 2002 y 2003.

<sup>11</sup> Ver [www.tsj.gov.ve/gestion](http://www.tsj.gov.ve/gestion)

justicia formal estatal. No obstante, dichos mecanismos no pueden limitarse a los espacios de justicia ordinaria y administrativa, debido a los problemas antes anotados. Es por ello que las teorías más recientes de acceso a la justicia procuran un enfoque amplio del tema, en lugar de la visión clásica restringida. Modernamente "el acceso a la justicia comprende el sentido estricto, porque los instrumentos procesales que permiten el acceso a la justicia deben reunir las condiciones señaladas, pero va más allá porque abarca medios de resolución de conflictos o de protección de derechos de carácter administrativo o instancias públicas o privadas de conciliación o mediación amparadas por la ley".<sup>12</sup>

De allí que sea forzoso concluir que para abordar el tema de acceso a la justicia, desde una perspectiva sociológica, es preciso utilizar un concepto amplio que incluya los sistemas paralelos o previos a la justicia formal estatal, de lo contrario se estaría abordando sólo uno de los aspectos del problema, de hecho el aspecto que, según los datos citados por Millar y Sarat,<sup>13</sup> tiene un impacto más indirecto en la sociedad.

#### *b. El presupuesto filosófico*

La realidad antes descrita puede abordarse desde diversas perspectivas. La más simple de ellas es la de dar oportunidades para que el ciudadano pueda acceder con mayor facilidad a los órganos de justicia formal estatal, en el entendido de que la protección de los derechos individuales corresponde personalmente a los interesados. Pero en el contexto de la concepción moderna de los derechos humanos no es posible dejar sólo en manos del individuo la protección de dichos derechos. Es precisa una acción concreta del estado a favor de dicha protección, de allí que el estado no puede mantenerse pasivo en este sentido. El *laissez faire* no sólo ha sido superado en el ámbito económico sino en el de los DDHH.<sup>14</sup>

No obstante, un error reiteradamente cometido en la relación de los órganos del estado con el ciudadano va en la dirección opuesta del anteriormente

<sup>12</sup> CASAL, J.M. *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia* en CASAL J.M., CHACÓN HANSON, A., RICHTER, J. ROCHE, C. *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. P. 24 2005. Caracas, Venezuela: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS).

<sup>13</sup> MILLER, Richard y SARAT, Austin. *Ob. cit.*

<sup>14</sup> CAPPELETTI, M., GARTH, B. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos*. Fondo de Cultura Económica. México, 1996.

expuesto. En lugar de un estado de *laissez faire*, una importante tendencia que tuvo su apogeo a mediados del siglo XX y que, lamentablemente, hoy perdura en ciertos estados latinoamericanos, tiende a pensar en el estado como el ente que debe tutelar directamente las fórmulas para la protección de los intereses ciudadanos. En esta concepción el estado se encuentra en una situación de superioridad frente al ciudadano y éste debe subordinarse a los dictámenes del estado en beneficio del “bien común”.<sup>15</sup> Pero, tal y como lo dice Eduardo García de Enterría, “el ciudadano no es un simple destinatario de la acción administrativa, no es un simple instrumento del poder, está en el origen del poder...”<sup>16</sup> De allí que el rol del estado debe ser el de apoyar la iniciativa ciudadana como centro de su acción. El Estado debe construir condiciones adecuadas para el desarrollo del ciudadano. En palabras del maestro Manuel García Pelayo:

“La procura para la existencia rectamente entendida significa crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre.”<sup>17</sup>

En este contexto, el problema del acceso a la justicia no sólo tiene una dimensión sociológica, sino que está necesariamente condicionado por una concepción axiológica que implica la potenciación de las capacidades individuales “a través su iniciativa y capacidad creadora y competitiva”<sup>18</sup>. En otras palabras, si bien el Estado no puede mantenerse absolutamente pasivo, su acción debe ir dirigida a promocionar fórmulas que favorezcan la participación ciudadana, en lugar de modelos mediante los cuales el Estado imponga políticas de tutelaje frente al ciudadano. En lo relativo al acceso a la justicia esta idea es de fundamental importancia, pues implica que los órganos del poder público no pueden ser los únicos medios para acceder a la justicia, sino que el estado debe promocionar fórmulas que no dependan directamente de la estructura del estado para que los ciudadanos puedan

<sup>15</sup> Contra esta concepción véase CARRILLO, Marcos y ESPINOZA, Luis M. *La Victoria del Ciudadano: Un modelo de Acceso a la Justicia a Nivel Local*. Ed. Editarte. Caracas. 2008.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. P. 44. Cívitas. Madrid. 1992

<sup>17</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. *El Estado Social y sus Implicaciones*. En *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Alianza, 2ª ed. Madrid. 1985

<sup>18</sup> *Idem*.

resolver sus controversias de forma pacífica y con arreglo a sus necesidades y expectativas concretas.

*c. Las implicaciones de las dos visiones*

Los dos elementos que acabamos de describir, el condicionamiento sociológico y el fundamento axiológico, crean un marco teórico para la comprensión y para el ensayo de soluciones del problema del acceso a la justicia en el siglo XXI.

Desde el punto de vista sociológico, los análisis expuestos comprueban que el más alto porcentaje de los espacios en los que se dirimen controversias en el ámbito comunitario privado no son abarcados por la justicia formal estatal. De modo que, limitar el estudio al mero acceso a este aspecto de la justicia terminará siempre dando una visión distorsionada del problema. En efecto, pretender que, por ejemplo, para solucionar los conflictos comunitarios es suficiente con implementar políticas dirigidas sólo a procurar más tribunales para estas causas, deja de lado una serie de mecanismos informales, creados por las propias comunidades, que pueden resultar altamente eficientes para la solución de controversias y que, por lo tanto, también deberían estimularse.

Ante esta situación, de acuerdo al condicionamiento filosófico, una aproximación que pretenda expandir los dominios del estado a las áreas no abarcadas por éste, no sólo sería profundamente utópica sino que pondría al individuo en una posición de subordinación frente al Estado, lo que, según se ha explicado, contraviene el fundamento axiológico del acceso a la justicia en el contexto del estado social de derecho contemporáneo. Es por ello que el papel fundamental del Estado en materia de acceso a la justicia debe ser el de servir de plataforma de desarrollo del individuo. De allí, que el problema del acceso a la justicia, además de trascender la sola referencia a los mecanismos de justicia formal estatal, debe abarcar el estudio, seguimiento y promoción de fórmulas pacíficas de resolución de controversias de carácter paraestatal, que son normalmente utilizadas por los ciudadanos para dirimir sus controversias.

En definitiva, frente a planteamientos radicales, sean de orden liberal o estatista, la fórmula adecuada para abordar el problema del acceso a la justicia debe ser una en la que el estado cree y desarrolle mecanismos institucionales para apoyar e impulsar fórmulas ciudadanas de resolución de controversias.

El problema del acceso a la justicia no puede ser visto sólo como un deber del estado. Tampoco puede ser entendido como un problema que debe ser resuelto en gran medida por vía de caridad. El asunto amerita del concurso tanto del estado como de organizaciones de la sociedad civil en función de potenciar al ciudadano, no sólo como sujeto pasivo del problema sino como sujeto activo.

En el aspecto práctico este concepto tiene serias implicaciones, pues el rol del Estado estará condicionado a crear el entorno más adecuado para el desarrollo de las iniciativas ciudadanas para el acceso a la justicia, en lugar de pretender copar todos los espacios para su acceso. Asimismo, deberá desarrollar políticas públicas e invertir recursos en el desarrollo de iniciativas ciudadanas para el acceso a la justicia, en lugar de hacerlo sólo en los espacios de justicia formal estatal.

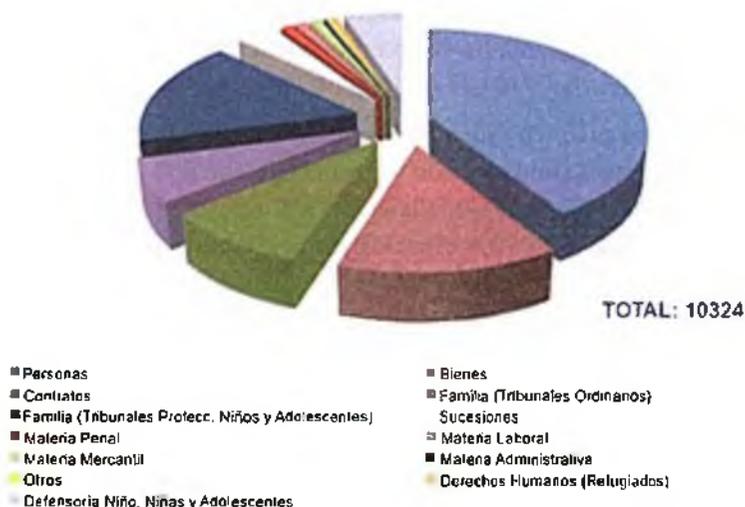
### III. ROL DE LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS

Hecha esta distinción, debe analizarse ahora el rol que deben jugar los consultorios jurídicos en este contexto. Sin duda alguna los consultorios jurídicos se han convertido en Latinoamérica en espacios fundamentales para que las comunidades menos favorecidas económicamente puedan resolver las controversias que se le presentan. Ello es tan evidente en el caso venezolano que las cifras de casos atendidos por la clínica jurídica de la UCAB en el año lectivo 2007-2008 fue de 10.324 casos tal y como puede observarse en el siguiente cuadro.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Informe de la Clínica Jurídica de la UCAB 2008. Consultado en original.

### Casos Clínica Jurídica 2007-2008



Igualmente, existe una experiencia exitosa de consultorios jurídicos municipales, o centros de justicia municipal, el municipio Chacao de Caracas en los que se lograron atender más de 4000 casos en ese mismo período.<sup>20</sup>

Parte del trabajo realizado en las experiencias citadas es el de brindar asesoría jurídica gratuita a los usuarios del servicio. Pero la labor va más allá de la mera asesoría legal. Ambas experiencias dan cuenta de que buena parte de su esfuerzo va dirigido a resolver controversias de carácter contencioso. Para abordar estos casos, una de las herramientas fundamentales que utilizan (en ámbitos tan disímiles como los de familia, trabajo o comercio), es la conciliación. Es decir, en lo referente a asuntos contenciosos, estas dos experiencias utilizan principalmente la conciliación para ayudar a las partes involucradas en el conflicto. Siendo así las cosas, es menester evaluar las características principales que deben tener los servicios de resolución alternativa de conflictos prestados por los consultorios jurídicos.

<sup>20</sup> CARRILLO, Marcos y ESPINOZA, Luis M. *Ob. cit.*

#### IV. LOS MARC Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Si bien desde finales del siglo pasado ha habido una fuerte tendencia a promover los denominados Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MARC), en la literatura no se consigue una definición unívoca de este concepto. Algunos autores lo han catalogado como un “movimiento”, en lugar de un concepto teórico.<sup>21</sup> En general se consiguen definiciones de los diferentes procedimientos que conforman los MARC, pero no una visión general del concepto. Se ha ensayado definir los MARC como procedimientos alternativos a los judiciales, sin embargo, esta definición no es, hoy en día, la más adecuada, dado que, cada vez en mayor medida, procedimientos como la mediación e, inclusive, el arbitraje son utilizados como parte de los procedimientos judiciales.<sup>22</sup> De allí, que es equívoca una distinción fundamentada en un criterio institucional, según el cual son medios alternativos aquellos que se dan fuera del contexto de la justicia ordinaria o, en general, de la justicia estatal formal, dado que en estos espacios se utilizan modernamente, y bajo criterios también modernos, procedimientos paradigmáticamente alternativos como los antes nombrados.

De modo que para dar una aproximación a los MARC, es preciso utilizar no un criterio formal sino un criterio sustantivo que permita distinguir las notas esenciales de los procedimientos que se incluyen bajo este rubro, independientemente de que se encuentren dentro o fuera del sistema de justicia estatal formal.

Esta aparente digresión es de fundamental importancia para comprender en su justa dimensión el rol de los MARC en el contexto del problema del acceso a la justicia, pues de las características sustantivas que se identifiquen se derivarán importantes consecuencias relacionadas con la manera en que debe tocarse el tema del acceso a la justicia.

El primer giro sustantivo que dan los MARC con respecto a la justicia formal estatal clásica tiene que ver con la forma de abordar los conflictos. Mientras en la aproximación clásica la actitud de las partes es adversarial y competitiva, desde la perspectiva de los MARC, las disputas deben abordarse

<sup>21</sup> ROBERTS, SIMON. PALMER, M., ROBERTS, S. *Dispute Process. ADR and the Primary Forms of Decision Making*. pp 44-48. 1998. Londres, Inglaterra: Butterworths.

<sup>22</sup> En este sentido, en Venezuela valen la pena resaltar las experiencias de la Ley Orgánica del Trabajo (ver nota 7) y la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Niño y del Adolescente de 2007.

como procesos de cooperación, asumiendo que ambas partes tienen un problema común y que trabajando juntas para solucionarlo pueden conseguir soluciones que sean mutuamente beneficiosas para ellas.<sup>23</sup>

Esto nos lleva a una segunda diferencia relacionada con la naturaleza de las decisiones. Las soluciones que se obtienen en los tribunales son de tipo binario: es decir, normalmente, una de las partes involucradas gana y la otra pierde. Si bien este tipo de aproximación puede ser útil en algunas instancias, muchos otros casos ameritan de soluciones más creativas, del tipo ganar-ganar, para lograr una verdadera respuesta de la controversia ajustada a las necesidades de las partes y al futuro de la relación.<sup>24</sup> Para promover esta perspectiva se precisa de la utilización de métodos que susciten soluciones entre los ciudadanos que tengan como resultado la posibilidad de construir acuerdos cuyo contenido implique beneficios para todos los involucrados en la controversia. De allí, que en el nivel comunitario al que nos referimos, sea fundamental el desarrollo de instituciones promotoras de la negociación y la mediación. Estos métodos se adecuan mucho más a las necesidades de convivencia, pues evitan el enfrentamiento y la perpetuación en la comunidad de un sistema de vencedores y vencidos, propio del sistema judicial.

En la médula del proceso de toma de decisiones que ofrecen los MARC está el grado de satisfacción de las partes. Mientras en la justicia formal estatal clásica las partes se someten a la decisión de un tercero, el hecho de que en la negociación y en la mediación conserven el control del resultado redundan en beneficio del cumplimiento voluntario de los acuerdos pues, normalmente, el grado de satisfacción de las partes con las decisiones tomadas por ellos mismos es muy superior al de una solución impuesta.

Los MARC, por su propia naturaleza tienden a ser mucho más accesibles, expeditos y económicos que la justicia formal estatal clásica. Accesibles pues

<sup>23</sup> En este sentido debe resaltarse el argumento general planteado por William Ury en URY, W. *The Third Side*. Nueva York: Penguin Books. 1999. Véase también ÁLVAREZ, G. *La mediación y el acceso a la justicia*. 2003. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. También ÁLVAREZ, G. *La mediación y el acceso a la justicia*. pp 82-87. 2003. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

<sup>24</sup> CARRILLO, Marcos. "Dos palabras y una forma de resolver conflictos: la mediación y la conciliación en el contexto de los PARC". En XXVI Jornadas Domínguez Escovar: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2001.

permiten la utilización de lenguaje natural en lugar de lenguaje científico propio de la justicia ordinaria. Expeditos pues, usualmente un proceso de negociación o mediación en el ámbito privado comunitario tienden a ser mucho más rápidos que un juicio. Económicos pues es evidente que la mediación es mucho más económica que la justicia ordinaria y, en el caso de la justicia comunitaria, la justicia de paz es un medio cercano y gratuito de resolución de controversias.

Finalmente el carácter transformativo que pueden tener los procesos de mediación es un elemento de suma relevancia pues se fundamenta en el empoderamiento de los ciudadanos envueltos en estas controversias y el reconocimiento necesario de las partes involucradas.<sup>25</sup>

Estas características son de fundamental importancia para una comprensión del problema del acceso a la justicia porque significan un cambio de paradigma en la forma de abordar los conflictos en la sociedad, a través de la cooperación y comunicación en lugar de enfrentamiento. Además, las facilidades que ofrecen los MARC, desde su propia naturaleza, pueden contribuir decisivamente a aumentar el número de personas que pueden acceder a resolver sus conflictos. Por otro lado, este enfoque centra el problema de acceso a la justicia en el ciudadano, permitiendo su participación en los procesos de toma de decisiones que moldean su comunidad, procesos éstos que lejos de limitarse al ámbito político, lo trascienden y se proyectan en la esfera de las relaciones de derecho privado.

## V. CALIDAD Y SEGUIMIENTO DE LOS MARC

Implementar un sistema comunitario de acceso a la justicia implica superar retos y desafíos importantes. De ellos, uno es aumentar la cantidad de personas que acceden a la justicia. Sin embargo, lo más importante es que esa justicia sea de calidad. En función de procurar este objetivo cualitativo deben abordarse los siguientes aspectos:<sup>26</sup>

### *a. El instrumentalismo legal. Desarrollo de políticas públicas*

La arraigada creencia en Latinoamérica según la cual “al cambiar las leyes cambia la sociedad” es uno de los vicios más perversos de nuestra cultura

<sup>25</sup> Sobre este punto BARUCH, R. y FOLGER J. *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. Jossey-Bass. San Francisco. 2005.

<sup>26</sup> Adaptado de CARRILLO, Marcos y ESPINOZA, Luis M. *Ob. cit.* p. 22-24.

jurídica. Este fetichismo legal se ha visto exacerbado en la actualidad con la manía legislativa de algunos gobiernos (como el venezolano).

La acción que debe desarrollarse en este sentido, si bien debe estar orientada por un marco regulador y por directrices de gobierno, debe tener una visión más concreta del problema: no basta con aprobar las leyes formalmente (aun cuando es necesario), lo importante es ejecutarlas mediante políticas públicas adecuadas y firme voluntad política. Bajo esta premisa, un sistema comunitario de acceso a la justicia debe dedicarse a implementar, *in situ*, las acciones necesarias para desarrollar la legislación ya existente. Así, por ejemplo, en materia de justicia de paz deberían tomarse acciones concretas relativas a cómo incidir en el proceso de toma de decisiones de los Concejos Municipales, con la finalidad de aprobar la ordenanza requerida por la ley para la instauración de la justicia de paz en el municipio.<sup>27</sup> Una vez aprobada la ordenanza, los equipos promotores han de dedicarse a estructurar el complejo diseño de elecciones para jueces de paz y a prestar todo el apoyo necesario a los vecinos para concretar la letra de la ley y de las ordenanzas. Puede afirmarse que las dificultades producto del instrumentalismo legal podrían superarse logrando la fundamental conexión entre palabra y acción, mediante políticas públicas adecuadas.

#### b. Formación

Una de las causas del fracaso de los medios alternativos de resolución de conflictos en Venezuela en la etapa previa a la aparición de la Ley Orgánica de Justicia de Paz venezolana fue la falta de conocimiento de la naturaleza de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos y de su fundamentación teórica, pues mal puede ejecutarse un plan cuyo contenido no se entiende por quienes están llamados a implementarlo.<sup>28</sup> Esta es otra de las aristas que ha de atacarse, con el fin de lograr el éxito de los programas de acceso a la justicia. Debe hacerse especial énfasis en la formación de los miembros del sistema comunitario de acceso a la justicia, quienes una vez que han asimilado los conocimientos, deben fungir de agentes multiplica-

<sup>27</sup> Ver artículos 10,11 y 12 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Gaceta Oficial N° 4.817 Extraordinario del 21 de diciembre de 1994.

<sup>28</sup> Sobre la evolución de los MARC en la legislación venezolana véase CARRILLO PERERA, Marcos. *La Mediación en la Legislación y la Práctica en Venezuela: Una perspectiva de su situación actual y una propuesta para su desarrollo*. En Vargas Viancos, J. y Gorjón Gómez, F (Ed). *Arbitraje y Mediación en las Américas*. CEJA-UANJ. Chile. 2007.

dores de las ideas y de las técnicas necesarias para el buen desarrollo de la justicia de paz, la mediación, la asistencia jurídica, entre otras.

En este mismo sentido, hay una exitosa experiencia en el municipio Chacao de Caracas, Venezuela, pues allí ha habido una particular preocupación en relación con la formación de los jueces de paz. El proceso de conocimiento de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos no se ha limitado a los funcionarios que operan desde los Centros de Justicia Municipal, sino que se ha extendido a todos los participantes del proceso de Justicia de Paz. Así, la cantidad de personas atendidas por los programas de enseñanza obtienen mayor alcance.

Este proceso tampoco se reduce a una preocupación exclusiva por el número de gente involucrada en los procesos de facilitación. Un elemento que debe ser objeto de particular cuidado en este sentido es el de la calidad de los conocimientos impartidos. De allí que es necesario desarrollar acuerdos de las Alcaldías y con la Universidades para que sirvan de apoyo para los procesos de formación.

### *c. Sensibilización*

Es preciso informar a la ciudadanía sobre los beneficios que implica el abrir más puertas de acceso a la justicia. En muchos casos las instituciones no llegan a funcionar porque no se sabe de su existencia y, en caso de saberse, pocos ciudadanos conocen para qué sirven, por ejemplo, la Justicia de Paz o la mediación comunitaria. Es por ello que, además del proceso de formación de los directamente involucrados, debe hacerse particular énfasis en el proceso de sensibilización de la ciudadanía beneficiaria de la política de acceso a la justicia. Esto implica un gran esfuerzo de participación de funcionarios de apoyo por parte de entes del estado o de ONGs, así como de voluntarios, empeñados en mejorar la calidad de vida de sus comunidades.

También es necesaria una detallada organización y planificación de campañas de comunicación que permitan que los beneficios de estos mecanismos sean conocidos por la mayor cantidad de personas posibles. Tales campañas no se limitan a publicidad estándar por radio, televisión o prensa. Por el contrario, se debe hacer énfasis en una estrategia puerta a puerta, en el conocimiento personalizado de los vecinos que hacen uso de los recursos de acceso a la justicia ofrecidos.

Toda esta estrategia se enmarca dentro de una visión del ciudadano como el centro de la actividad del estado. Así, el proceso de sensibilización permite que el vecino conozca de primera mano las oportunidades que se le abren y los entes encargados de promover estos medios de acceso a la justicia.

*d. Seguimiento*

Es de imperiosa necesidad hacer seguimiento a las políticas emprendidas. El ejemplo de lo sucedido con los primeros jueces de paz que se juramentaron en Venezuela hace pocos años da cuenta de ello. A pesar de una campaña intensa durante los primeros tiempos de vigencia de la Ley, en 1994, y de una implementación que comenzaba vigorosamente, la falta de apoyo y seguimiento por parte de las alcaldías hizo que el movimiento fuera mermando y que el impulso inicial se disolviera en el tiempo. De allí que en la actualidad existan muchos menos jueces de paz que en los primeros años de la ley y la figura esté reducida a muy pocos municipios en el país.

Es por ello que, además del apoyo, el seguimiento es también de particular relevancia. Para un seguimiento adecuado, periódicamente deben realizarse reuniones entre miembros del sistema comunitario de acceso a la justicia, los jueces de paz, los usuarios y cualquier otro interesado en el tema, con el fin de evaluar las decisiones tomadas, las necesidades existentes y las expectativas de los usuarios. Ello contribuye a que se pueda mantener la calidad del servicio y se pueda ir adaptando a las cambiantes necesidades a través del tiempo.

## **VI. CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS COMUNITARIOS DE ACCESO A LA JUSTICIA**

El funcionamiento de un sistema comunitario de acceso a la justicia debe estar signado por una serie de características que son claves para el desarrollo de su labor y del éxito del programa. Las más relevantes son:<sup>29</sup>

*a. Cercanía al ciudadano*

Una diferencia fundamental que existe entre la justicia ordinaria y los servicios que prestan los sistemas comunitarios de acceso a la justicia es la cercanía al ciudadano. Las barreras para acceder a la justicia que comúnmente se encuentran por vías regulares son derrumbadas en estos centros. El

<sup>29</sup> Adaptado de CARRILLO, Marcos y ESPINOZA, Luis M. *Ob. cit.* pp. 24-27.

ciudadano puede asistir de manera fácil, sencilla, económica y accesible a un espacio que le brinde el debido apoyo en materia de acceso a la justicia.<sup>30</sup>

Los sistemas comunitarios de acceso a la justicia deben ser de fácil ubicación para permitir mayor cercanía a los vecinos y otras personas que requieran de los servicios que ofrecen. No es lo mismo que una persona de un determinado Sector se traslade sólo hasta un centro de justicia comunitaria, donde será atendido rápidamente, o ante un Juez de Paz en su mismo sector, que ir con un abogado a los tribunales en el centro de la ciudad, a unas estructuras que, tanto física como formalmente, son de una complejidad tal que alejan la justicia del ciudadano, entre otros factores por las distancias y la falta de comprensión de su funcionamiento.<sup>31</sup>

Esta cercanía se logra entonces no sólo a través del acercamiento geográfico sino también a través del acercamiento en cuanto a lenguaje, a la forma de comunicarse y a la forma de atender al ciudadano. Estar cerca significa hablar el mismo lenguaje, es comprender la idiosincrasia propia de una comunidad en particular.

El trato debe ser directo entre el ciudadano y la persona que lo va a asistir para resolver su conflicto o para asesorarlo jurídicamente de manera gratuita. Se trata de una atención personalizada e informal, a diferencia de la que se ofrece en los tribunales de justicia, donde, por lo general, el ciudadano no puede actuar sin ser asistido por un abogado.

#### *b. Adaptabilidad y flexibilidad de la organización*

Los servicios de los sistemas comunitarios de acceso a la justicia deben prestarse dentro de un marco de altísima flexibilidad. A diferencia de los parámetros tradicionales de justicia, en los sistemas comunitarios deben utilizarse procedimientos y soluciones que se adapten a las necesidades de las partes en lugar de que las partes se adapten a las necesidades de la burocracia; de este modo se crean soluciones mucho más aptas para las necesi-

<sup>30</sup> Sobre el tema véase ROCHE, Carmen Luisa y RICHTER, Jackeline. *Barreras para el acceso a la justicia*. En CASAL, J.M., CHACÓN HANSON, A., RICHTER, J., ROCHE, C. *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. 2005. Caracas, Venezuela: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). También, Richter, J. Roche, C. *Voces de los pobres acerca de la justicia*. En *Acceso a la Justicia*. (pp. 113-195). 2003. Barquisimeto, Venezuela: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto Tribuna Jurídica de Venezuela.

<sup>31</sup> *Idem*.

dades de las partes y, en consecuencia, mucho más fáciles de ser cumplidas voluntariamente. De igual manera el servicio puede adaptarse a nuevas y cambiantes realidades de una manera más eficiente y rápida.

Se trata de una estructura que promueve la utilización, en general, de medios alternativos de resolución de conflictos, mediante formas de abordar los problemas altamente flexibles y amoldables a las necesidades particulares. En los Centros de justicia Comunitaria se debe buscar que las soluciones se adapten al ciudadano y no que el ciudadano se adapte a ellas, como suele suceder en la justicia ordinaria.

*c. Eficiencia y calidad*

La eficiencia va de la mano de la calidad y de la satisfacción del ciudadano. Este aspecto clave se ha dejado de lado en la mayoría de los estudios y de los objetivos trazados en materia de justicia en Venezuela pues, a pesar de que se ha hecho mucho énfasis en aumentar numéricamente la cantidad de personas que acceden a la justicia, no se ha logrado que la atención también incremente su carácter cualitativo, de modo que permita que el ciudadano no solamente acceda a la justicia sino que, a su vez, quede satisfecho. Por eso, los Centros de Justicia Comunitaria no se deben limitar solamente a abrir el compás del número de personas que puedan acceder a la justicia, sino que deben procurar los más altos estándares de calidad, de modo que quienes asistan a ellos queden satisfechos con los resultados obtenidos. El grado de satisfacción puede venir dado no sólo por la rapidez de la solución ofrecida, sino por la calidad del servicio, del acuerdo suscrito, de la supervisión y del seguimiento de la ejecución de los convenios a los que se llega.

## VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto debe concluirse que el problema del acceso a la justicia no debe limitarse a una visión restringida referida a la justicia ordinaria, sino que debe ser estudiado desde una perspectiva amplia en la que se tomen en cuenta otros métodos que permitan abrir más caminos para la solución de controversias. Para ello es necesario superar tradicionales barreras de acceso a la justicia mediante programas con características que garanticen la calidad y el seguimiento a las acciones que se tomen a favor de la comunidad, para lo que los MARC parecen ser procedimientos muy adecuados.

# El arbitraje en Italia. Breve análisis de la reforma del año 2006

*Mario Bariona Grassi<sup>1</sup>*  
(Venezuela)

**SUMARIO:** I. Elementos Legislativos del Arbitraje en Italia. II. De los elementos de determinación de las materias que puedan someterse al Arbitraje: 2.1. Regulaciones especiales que definen las materias que pueden estar sometidas a Arbitraje: 2.1.1. En materia laboral. 2.1.2. En materia de quiebra. 2.1.3 En materia de Estado de las personas. 2.1.4. Relaciones entre comerciante y consumidor y prestadores y usuarios de los servicios. III. El pacto Arbitral y la cláusula compromisoria: 3.1. De la capacidad para comprometer en árbitros; 3.2. Del pacto Arbitral en materia extracontractual. IV. Las partes en el arbitraje: 4.1. La capacidad de las partes; 4.2. El Arbitraje con multiplicidad de partes; 4.3. La Reforma de 2006; 4.4 El litisconsorcio en la reforma de 2006. V. Los árbitros: 5.1. Las relaciones entre las partes y los Árbitros; 5.2. Del número de los árbitros; 5.3. La designación de los árbitros; 5.4. Los árbitros; 5.5. Obligaciones y derechos de los árbitros; 5.6. La recusación de los árbitros; 5.7. Incompetencia del colegio arbitral; 5.8. Potestad cautelar. VI. El laudo arbitral: 6.1. Forma y contenido del laudo; 6.2. Eficacia del laudo; 6.3. Deposito del laudo; 6.4. Exequátur del laudo. VII. Impugnación del laudo: 7.1. Causales de impugnación por nulidad; 7.2. Impugnación por revocatoria; 7.3. Impugnación por oposición de terceros. VIII. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. IX. El arbitraje denominado "Internacional".

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, 1984. Especialista en Derecho Mercantil y Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de número de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Profesor de Pregrado y Postgrado en la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Socio del Despacho de Abogados miembro de la firma Ruden Mc Closky s.c.

## I. ELEMENTOS LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN ITALIA

En Italia, el arbitraje encuentra su fuente primaria de regulación en el Código de Procedimiento Civil, a pesar que otras leyes contengan normas referidas a arbitrajes muy especiales, como por ejemplo en materia de sociedades, en materia de contratos de obras públicas, derecho industrial (propiedad intelectual, conforme se conoce en Venezuela) o en materia laboral.

A diferencia de Venezuela, el arbitraje en Italia no tiene consagración constitucional, pero sí un envidiable desarrollo a nivel legislativo.

En nuestro país, se elevó el arbitraje –entre otros medios alternativos de resolución de conflictos– a rango constitucional.

Así se establece en una reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: *“Al respecto esta Sala ha señalado que (...) la constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, celeridad y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos, y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...).”* Vid. Sentencia de esta Sala N° 198/08<sup>2</sup>.

En el año 2005, el Ejecutivo italiano recibe una delegación del Legislativo para “racionalizar” la disciplina del arbitraje, lo cual se materializó en la Ley número 40 del 02 de febrero de 2006.

<sup>2</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 08-0763, número 1541. Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño.

Los efectos de la reforma, que serán analizados en este modesto aporte, se pueden sintetizar así:

1.1. Se regula con más precisión el “pacto arbitral”.

1.2. Se atribuye al arbitraje una marcada naturaleza procesal, equiparando el laudo, en cuanto a sus efectos, a la sentencia judicial.

1.3. Se elimina completamente la especial disciplina del arbitraje internacional, introducida en la anterior reforma de 1994.

Esta reforma se inserta por ende dentro del Código de Procedimiento Civil italiano, en el Título VIII del Libro IV y fue publicada en la *Gazzetta Ufficiale n. 38, 15 febbraio 2006, Supplemento ordinario n. 40*

## **II. DE LOS ELEMENTOS DE DETERMINACIÓN DE LAS MATERIAS QUE PUEDEN SOMETERSE AL ARBITRAJE**

No obstante la orientación contenida en la reforma legislativa, en el sentido de aproximar lo más posible el arbitraje a la justicia impartida por el estado, persiste un temor en esta disciplina concerniente a conceder o no la posibilidad a las partes de llevar a arbitraje todo tipo de materias, o por el contrario, limitar esta posibilidad a determinadas controversias y reservar las restantes a la justicia estatal impartida por el poder judicial.

Adoptada la solución que opta por limitar las materias que se pueden someter a arbitraje, toca dirimir cuál es el criterio (claro, definitivo, omnicompreensivo) que permita saber si una determinada materia puede ser sometida a arbitraje o no.

Una primera noción, aun expresada de manera intuitiva, diría, por ejemplo, que las materias relativas al estado de las personas, o donde esté involucrado el orden público, no pueden ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, esta definición, a primera vista impecable, se desdibuja en la medida que aparecen otros elementos que pueden correr la línea de demarcación hacia un lado o hacia el otro.

Pareciera que el legislador quiere reservar para la justicia estatal aquellas materias donde las partes no puedan disponer de sus derechos.

Claro ejemplo de esta disyuntiva, son las discusiones sobre la posibilidad de arbitrar controversias en materia de relaciones arrendaticias sobre inmuebles, donde si bien la ley venezolana vigente en la materia decreta

el carácter de “orden público” de toda la normativa que la regula, hay determinados aspectos de la relación arrendaticia (sobretudo aquella sobre inmuebles destinados a actividades comerciales) que son indiscutiblemente susceptibles a una eventual disputa arbitral y así lo ha admitido nuestra más reciente jurisprudencia.

Previo a la reforma del año 2006, en Italia, regía la previsión del artículo 806 del Código de Procedimiento Civil la cual establecía una prohibición “residual” acerca de las materias que no podían ser sometidas a arbitraje: “Las partes pueden hacer decidir por árbitros las controversias que entre ellas surjan, salvo aquellas contempladas en los artículos 429 y 459, aquellas que se refieren a cuestiones Estado y de separación personal entre cónyuges y las demás que no pueden ser objeto de transacción”.<sup>3</sup>

Interesa destacar el carácter residual, puesto que, aun con anterioridad a la reforma, el principio de la norma era PERMITIR el arbitraje en todas las controversias salvo aquellas concreta y expresamente excluidas por la ley.

Entre las escasas prohibiciones de ley, queremos llamar la atención del lector sobre la siguiente ...“y las demás que no pueden ser objeto de transacción”, frase ésta que, obliga a dos reflexiones: La primera en cuanto a que las restantes prohibiciones son precisas y explícitas, por estar contenidas en alguno de los artículos allí enumerados o por la materia sobre la cual versan, mientras que esta prohibición se basa en una referencia al hecho ...“que no pueden ser objeto de transacción”... Y la segunda, en cuanto a que la remisión del legislador obliga a determinar entonces cuáles son las materias que no pueden ser objeto de transacción.

Esta definición la aporta el artículo 1966 del Código Civil Italiano, el cual establece que no podrán ser objeto de transacción aquellos derechos que pertenezcan a la categoría de “indisponibles”.

En la reforma de 2006, se reforma el mencionado artículo cuya nueva redacción, en su párrafo primero establece: “Las partes pueden hacer decidir por árbitros las controversias que entre ellos se susciten y que no tengan por objeto derechos indisponibles, salvo expresa prohibición de ley”.

---

<sup>3</sup> Artículo 806 del Código de Procedimiento Civil italiano, derogado por la reforma del año 2006.

De esta manera, con la remozada redacción se plantea: a. Permanece la construcción “residual” de las prohibiciones contenidas en la norma, dado que el principio sigue siendo el de permitir el arbitraje en todos los casos, salvo las prohibiciones expresamente establecidas en esta norma y en la ley; b. Se reducen las prohibiciones concentrándolas en los dos grandes rubros que hemos visto; c. No obstante, hubiera sido deseable la escogencia de un criterio más preciso y concreto, por cuanto la prohibición basada en la “indisponibilidad” del derecho objeto de la controversia todavía arroja serias dudas acerca de la interpretación de su alcance y de si existe una lista cerrada, *numero clausus*, de cuáles son los derechos indisponibles o si tal enumeración es una tarea que se delega a la jurisprudencia y que, por ende, está en constante evolución.

El nuevo texto se adhiere mayormente a la Convención de New York del 10 de junio de 1958 y ha sido acogido favorablemente por varios expertos en la materia, si bien, un límite a la arbitrabilidad (aquel basado en que los derechos controvertidos no puedan ser objeto de transacción) es sustituido por otro (aquel basado en la indisponibilidad de los derechos objeto de la controversia) lo que podrá alimentar nuevas dudas interpretativas. La exposición de motivos de la nueva ley aclara que el concepto de “disponibilidad” tiene que referirse exclusivamente al derecho objeto de la controversia y “...no a las cuestiones que sean interpuestas en el recorrido lógico-jurídico de la decisión, salvo que se trate de cuestiones que por mandato de ley deban decidirse con autoridad de cosa juzgada”.

Dispone el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela: “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”... (*omissis*).

Ha precisado al respecto nuestra jurisprudencia: “*En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.*”

*Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden*

*público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de las partes puedan relajar o mitigar las debidas caute- las o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo –vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras–, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva”<sup>4</sup>*

*2.1. Regulaciones especiales que definen las materias que pueden estar sometidas a arbitraje*

2.1.1. En materia laboral: con anterioridad a la reforma, el artículo 808 del c.p.c.i. excluía del campo arbitral aquellas controversias relativas a las pre- visiones de los artículos 429 y 459 del c.p.c.i., es decir, disputas individuales derivadas de contratos de trabajo y en materia de previsión y seguro laboral obligatorio.

No obstante, con la reforma, se introduce la posibilidad que sean so- metidas a arbitraje materias laborales siempre que el arbitraje haya sido establecido por una norma legal, o estipulado en una convención colectiva de trabajo.

2.1.2. En materia de quiebra: Otros de los límites a la potestad de las partes de someter sus controversias al arbitraje está constituido por aque- llas relativas a la quiebra de los comerciantes, ello como producto de una interpretación sistemática de la Ley sobre Quiebra italiana efectuada por la casación.

En efecto, no hay prohibición expresa de ley ni previsión de rango legal al respecto, pero la jurisprudencia se ha pronunciado enfáticamente estable- ciendo que las normas relativas a la quiebra que requieren la intervención del órgano judicial, tales como la formación de inventario, el establecimiento de los pasivos, la ocupación judicial de bienes del fallido, el nombramiento de los síndicos, entre otras, requieren indefectiblemente de la intervención de la justicia estatal y excluyen cualquier pacto arbitral que se haya podido celebrar.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 08-0763, número 1541. Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño.

<sup>5</sup> Casación Civil del 11 de junio de 1969 N. 2064.

La reforma no aportó modificación alguna al respecto por lo que no hay elementos para sostener cambio alguno en la sentencia citada.

2.1.3. En materia de estado de las personas: Entre otras, tales materias se refieren a ciudadanía, participación pasiva o activa en cuestiones electorales y todas las demás materias de Estado.

No pueden ser sometidas a arbitraje las controversias relativas al matrimonio, patria potestad, tutela, filiación. Sin embargo, sí se admite en Italia que los árbitros puedan determinar los parámetros de liquidación de las comunidades conyugales y los medios para lograrlas.

2.1.4. Relaciones entre comerciante y consumidor y prestadores y usuarios de los servicios: El arbitraje en esta materia es perfectamente admitido pero con la advertencia que tanto la jurisprudencia en Italia como la Corte de Justicia de la Comunidad Europea han definido la cláusula contractual de compromiso arbitral como una cláusula “vejatoria” o “abusiva” en el sentido que se presume que ha sido aceptada por el consumidor como producto de una situación desventajosa o de desequilibrio contractual.

### III. EL PACTO ARBITRAL Y LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Con la mencionada reforma de la disciplina del arbitraje introducida en Italia mediante el Decreto Legislativo número 40 del año 2006, se reguló con detalle tanto el pacto arbitral como la cláusula compromisoria, siendo éstos los dos elementos de manifestación de la voluntad de las partes de someter sus disputas al mecanismo del arbitraje.

Se distingue en la mencionada reforma el pacto arbitral, entendiéndolo al mismo como el acuerdo de las partes de someter al arbitraje una controversia ya surgida entre ellas, aunque hubiere llegado inclusive a instancia judicial.

Tal pacto arbitral, se establece que debe ser hecho por escrito, ya no como requisito *ad probationem*, sino como requisito *ad substantiam*, esencial para la existencia del pacto mismo.

No bastando el requisito de la forma escrita, el artículo 807, primer aparte del Código de Procedimiento Civil establece también que debe determinarse con toda precisión el objeto de la controversia.

La reforma procura además adecuarse a los progresos tecnológicos, aceptando que el pacto escrito conste de telegramas, telex, telefacsimil o mensajes electrónicos.

La jurisprudencia y la doctrina italiana, en forma unánime aceptan que, aunque se requiera la forma escrita, ésta no tiene que manifestarse necesariamente en un solo documento, sino que puede constar dos o expresiones de voluntad en documentos separados, aun distantes en el tiempo.

Sin embargo, la Corte Suprema ha hecho énfasis en el criterio restrictivo que debe aplicarse al momento de interpretar el pacto arbitral (al igual que la cláusula compromisoria): En caso de duda en cuanto al alcance de la cláusula compromisoria debe preferirse la interpretación restrictiva de la misma, lo que equivale a reconocer la procedencia, para ese caso, de la justicia ordinaria.<sup>6</sup>

El artículo 808 del Código de Procedimiento Civil italiano, está dedicado a la cláusula compromisoria, respecto a cuya validez expresa que "...debe ser evaluada de manera autónoma respecto al contrato que la contiene o al cual está vinculada".

Las consecuencias de tal autonomía es que la nulidad de uno no invalida al otro, aunque estén contenidos en un mismo documento.

### *3.1. De la capacidad para comprometer en árbitros*

La misma norma citada anteriormente, establece de manera absolutamente clara que el poder o la capacidad de quien se vincula (o vincula a una persona jurídica) contractualmente incluye la capacidad de convenir en la cláusula compromisoria.

La Corte Suprema recientemente calificó a la cláusula compromisoria como un verdadero y propio contrato, en el cual deben por ende confluir todos los elementos de validez del mismo, según la teoría general del contrato.

### *3.2. Del pacto arbitral en materia extracontractual*

Como una singularidad de la comentada reforma, digna de resaltar, está la norma del artículo 808 en su segundo aparte, que consagra a nivel legisla-

<sup>6</sup> Casación Civil, Sección III, abril 2000, N° 4842 en compendio de jurisprudencia italiana 2000.

tivo la posibilidad que dos o más partes convengan en someter a arbitraje cualquier futura controversia que pueda entre ellas surgir por hechos extracontractuales.

Curiosamente la norma requiere que tales hechos extracontractuales sean determinados en el pacto arbitral, lo cual impone a este particular arbitraje una restricción que no parece cónsona con el resto de la reforma.

#### IV. LAS PARTES EN EL ARBITRAJE

Lo usual en el arbitraje es que hayan dos partes contrapuestas, perfectamente identificables y deslindadas, lo cual permite en estos casos, que cada una de ellas nombre un árbitro y el tercero sea el resultado de uno de los múltiples mecanismos para ello.

Esta fórmula para la escogencia de los árbitros la denominada en la doctrina italiana como “binaria” por cuanto cada una de las partes asegura su participación en el nombramiento de los árbitros<sup>7</sup>. La designación del tercero se deja preponderantemente en cabeza de la voluntad de las partes quienes habrán prefijado el método para ello en el convenio de arbitraje o en la cláusula compromisoria. A falta de tal estipulación de las partes, la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitraje norman tal situación.

Sin embargo, se pueden presentar situaciones atípicas en los arbitrajes, tales como multiplicidad de partes (frecuente en los arbitrajes en materia societaria), intervención de terceros (forzosa o voluntaria) y oposiciones de terceros.

Más allá de las soluciones doctrinales y jurisprudenciales que en Italia surgieron respecto de estos casos, la reforma de 2006 regula expresamente cada una de las posibilidades y, establece también sin ambages, la improcedencia del arbitraje cuando ninguna de las soluciones propuestas en la ley es procedente al caso en particular.

##### 4.1. *La capacidad de las partes*

En los casos que se trate de personas jurídicas, se aplica en Italia la regla que el que tiene capacidad para obligar a la persona jurídica en el contrato, la tiene también para convenir en el arbitraje y en la cláusula de arbitraje.

<sup>7</sup> SIROTTI-GAUDENZI, Andrea, *Guida al Diritto Dell'Arbitrato 2006*, Il sole 24 ore S.p.A., p. 99.

Para ello, la Corte Suprema efectuó una interesante precisión en materia de sociedades de comercio en cuanto a lo que debe entenderse por “actos de disposición”.

Sostuvo la Corte que en materia de empresas, el criterio para determinar que un acto excede o no la simple administración no es el efecto de “conservación” o no del patrimonio, sino su adecuación al giro diario, normal, de una actividad o su pertenencia a una actividad extraordinaria, ajena al giro diario, por cuanto la actividad empresarial implica necesariamente y constantemente efectuar actos que exceden la simple “conservación” del patrimonio. La solución planteada por esa decisión de la Corte Suprema lleva entonces a que el pactar una cláusula de arbitraje es un acto que “...no excede la ordinaria administración”...<sup>8</sup>

#### 4.2. *El arbitraje con multiplicidad de partes*

La jurisprudencia italiana en la materia ha establecido que si una pluralidad de partes ha suscrito la convención de arbitraje, ello debe reflejarse en el arbitraje como un litisconsorcio necesario, lo cual podría originar la nulidad del laudo dictado en un procedimiento arbitral en el cual no participó la totalidad de las partes.<sup>9</sup>

El arbitraje con multiplicidad de partes encuentra su momento más álgido en el nombramiento de los árbitros.

En el pasado la Corte Suprema estableció que aún en presencia de multiplicidad de partes, se podía sostener el procedimiento arbitral si, llegado el momento de nombrar los árbitros, las diversas partes se agrupan en dos bloques que les permita proceder a nombrar árbitros en base a la fórmula “binaria” antes comentada.

No aceptaba esta orientación jurisprudencial que se pudiera continuar el arbitraje si no existía esta “agrupación” en dos bloques; debía entonces acudir a la justicia estatal.<sup>10</sup>

#### 4.3. *La reforma de 2006*

En esta oportunidad, el Decreto Ley que hemos venido analizando, en su

<sup>8</sup> OCCHIPINTI Elena, *Il Nuovo Processo Arbitrale*, Il Sole 24 Ore, 2006, p. 91.

<sup>9</sup> Casación Civil, Sección I, 16 marzo 2000, n. 3044 en *Jurisprudencia Italiana* 2001, p. 1609.

<sup>10</sup> Tribunal de Milán, 9 de febrero 1989, en la revista *Societades*, 1989.

artículo 816, establece que un arbitraje con pluralidad de partes es perfectamente posible, aunque siempre con la concurrencia de dos condiciones:

- a) Que las partes se encuentren vinculadas por una misma convención arbitral y
- b) Existan elementos suficientes para que pueda ocurrir el nombramiento de los árbitros (p. ejm. que el nombramiento sea encomendado a un tercero por todas las partes intervinientes; o que el nombramiento de árbitros efectuado por las partes originales sea ratificado por los demás intervinientes).

De no existir concurrentemente las dos condiciones anteriores, entonces el arbitraje debe escindirse en tantas partes como haya.

Si se tratare de un litisconsorcio necesario, y no sea posible hacer intervenir a todas las partes que conforman tal litisconsorcio necesario, entonces deberá considerarse el arbitraje como improcedente.

#### *4.4. El litisconsorcio en la reforma de 2006*

Antes de la reforma de 2006, se consideraba inadmisibles la intervención de terceros en el proceso arbitral en consideración del carácter “cerrado” del mismo y del objeto definido e inmodificable de cada arbitraje.

Se sostenía, en modo particular, que en el procedimiento arbitral el demandado no podía llamar a terceros a intervenir en el procedimiento.

A raíz de la reforma, el artículo 816 del c.p.c. en su párrafo quinto, establece que, siempre será admisible la intervención del tercero prevista en el segundo aparte del artículo 105 eiusdem (intervención por adhesión) así como la intervención del litisconsorte necesario mientras que la intervención voluntaria o él llamado a un tercero, son admitidos solo si existe el acuerdo del tercero (intervención forzosa) y de las partes, sumado todo ello al acuerdo de los árbitros, quienes pueden impedirlo.

## **V. LOS ÁRBITROS**

### *5.1. Las relaciones entre las partes y los árbitros*

Son diversas las teorías que buscan encuadrar la relación entre los árbitros y las partes, variando entre los que algunos han denominado como “contrato de arbitraje” y otros han ubicado en la figura del mandato.

En la opinión de Mauro Rubino-Sammartano, la naturaleza jurídica de esta relación se puede justificar en la figura de un “mandato *sui generis*” parecido al que se confiere para que una persona, en nombre de otra, arriende o venda un bien, pero en este caso se refiere el mandato a “...un acto de decisión de formación progresiva, que se alcanza a través de una serie de prestaciones de servicio de carácter intelectual”. Opinión que ha sido en cierto modo reflejada por la jurisprudencia italiana, la cual en una reciente sentencia de casación, ha colocado esta relación en el género del mandato colectivo, precisando por ende que la revocatoria del mandato en estos casos solo puede ocurrir por acuerdo común entre todos los mandantes.<sup>11</sup>

### 5.2. *Del número de los árbitros*

El artículo 809 del c.p.c. regula el número de árbitros que deben componer un colegio arbitral.

Estipula tal artículo: “...los árbitros pueden ser uno o más, siempre y cuando se mantenga un número impar”.

De tal manera ha sido respetada y considerada importante esta disposición, que numerosas decisiones de Casación, en Italia, han determinado que las cláusulas arbitrales que determinen un número par de árbitros, y que el nombramiento de un tercer árbitro se hará solamente en caso de criterios controvertidos de los primeros, deben ser declaradas nulas y por lo tanto ineficaces como para sustraer una controversia a la justicia ordinaria.<sup>12</sup>

En el segundo párrafo del mencionado artículo se dispone que la cláusula arbitral debe contener las estipulaciones para el nombramiento de los árbitros, específicamente en cuanto al número de árbitros y la manera de designarlos.

El tercer párrafo del artículo 809 c.p.c. regula la hipótesis asaz frecuente en el comercio internacional, por ejemplo, en la cual las partes no han determinado el número de árbitros que compondrán el colegio arbitral.

Establece tal norma: “En caso de haberse indicado un número par de árbitros, el ulterior árbitro, si las partes no han dispuesto otra cosa, será

<sup>11</sup> RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, Quarta Edizione, Cedam, Padova 2004, p. 437.

<sup>12</sup> Casación Civil, sección III, 26 octubre 1981, n. 5599 en *Compendio de Jurisprudencia Italiana* 1981.

designado por el presidente del tribunal de la manera indicada en el artículo 810. Para los casos en los cuales falte la indicación del número de árbitros y las partes no logren acuerdo al respecto, los árbitros serán tres, y a falta de designación de los mismos por las partes, será hecha por el presidente del tribunal, conforme se indica en el artículo 810”.

En cambio el texto de esta norma, anterior a la reforma, disponía la nulidad de la cláusula de arbitraje o del pacto arbitral si se estipulaba en ellos un número par de árbitros.

### 5.3. *La designación de los árbitros*

El artículo 810 c.p.c. establece cómo se hará la designación de los árbitros si las partes no han dispuesto nada en contrario, o si no se han referido a un reglamento de algún centro de arbitraje: Una de las partes se dirige por escrito a la otra, le notifica el árbitro que piensa designar y la otra, en un plazo de veinte días continuos, debe contestar señalando el árbitro o los árbitros que designará.

En la misma norma, anterior a la reforma, se disponía que ambas notificaciones debían hacerse a través de un funcionario judicial, lo que fue eliminado para evitar en lo posible intervenciones del poder judicial en el proceso arbitral.

Para los casos que las partes no quieran o no puedan proceder a la designación del árbitro que le corresponde, la otra podrá solicitar que el presidente del tribunal en cuya jurisdicción tenga sede el arbitraje, efectúe tal nombramiento.

En estos casos, sin embargo, el presidente del tribunal tiene la facultad de revisar someramente la cláusula de arbitraje o el pacto arbitral para determinar si no es manifiestamente inexistente o si no contiene la previsión que el arbitraje se efectúe fuera del territorio de la República de Italia.

### 5.4. *Los árbitros*

La normativa legal italiana no define la figura del árbitro. Tampoco establece sus requisitos ni reglas de comportamiento.

Preocupa sin embargo a la doctrina el regular o determinar de alguna manera el comportamiento y la ética del árbitro.

“...Particularmente parece importante aclarar que, también en el ámbito del colegio arbitral, el árbitro nombrado por una parte no puede ser confundido con una especie de procurador de parte, estando tenido al deber de independencia y de imparcialidad.

De manera extremadamente sintética, por ende, la parte debe estar consciente que la designación no legitima la pretensión de contar con un defensor más, oculto en la figura del árbitro”.

Por ejemplo, la Cámara Nacional e Internacional de Milán ha adoptado una serie de normas de comportamiento de los árbitros, sea quien sea que acepte el encargo de desarrollar la función arbitral, en un arbitraje administrado por la Cámara Nacional e Internacional de Arbitraje de Milán se compromete a hacerlo según el reglamento de la misma y conforme a las siguientes normas de comportamiento:

- El árbitro cuando acepta debe estar seguro de poder cumplir con su tarea con la competencia requerida, según sus capacidades profesionales.
- Debe estar seguro de poder cumplir su tarea con la indispensable imparcialidad inherente a la función decisoria, que desarrollará en beneficio de todas las partes.
- Con el objetivo de garantizar la propia imparcialidad el árbitro debe ser y permanecer independiente por todo el proceso arbitral salvaguardando su propio rol de cualquier presión externa, directa o indirecta.
- Conjuntamente a la aceptación, el árbitro debe declarar por escrito:
  - i) Cualquier relación con las partes o con sus defensores que incida sobre su independencia e imparcialidad; ii) Cualquier interés personal o económico directo o indirecto relativo al objeto de la controversia; iii) Cualquier prejuicio en lo que respecta a la materia contenciosa que incida sobre su imparcialidad. Si en el transcurso del arbitraje, por hechos sobrevenidos, tal declaración sufre modificaciones, deberá el árbitro comunicarlas inmediatamente a las partes.
- El árbitro designado por la parte que esté tenido, por voluntad de las partes, a participar en la selección del tercer árbitro, puede contactar

la parte que lo ha designado para saber si consideran aceptables los árbitros propuestos.

- El árbitro puede, en cualquier momento, sugerir a las partes la conveniencia de celebrar una transacción de la controversia, pero no podrá en ningún caso, influir en la determinación de las partes, haciendo entender que ya ha alcanzado una decisión sobre el éxito del procedimiento.
- Durante el transcurso del procedimiento arbitral el árbitro debe evitar cualquier comunicación unilateral con las partes o sus defensores, salvo que de noticia de ello a la Cámara Arbitral para que esta a su vez lo comunique a las otras partes y a los otros árbitros.
- El árbitro debe abstenerse de dar noticia a las partes de las decisiones que se tomen en el proceso, sean de mero trámite o de fondo.
- El árbitro debe abstenerse de llegar a cualquier acuerdo privado con la parte que lo designó en lo que respecta a sus honorarios o gastos.
- El árbitro tiene derecho, además del reembolso de gastos, a la compensación por su servicio, pero estrictamente en la medida que así lo determine la Cámara Arbitral, de acuerdo a las tarifas de la misma.
- Durante el proceso arbitral el árbitro debe favorecer un ambiente sereno y provechoso del mismo, particularmente asegurando a las partes el equilibrio del contradictorio.
- Es deber del árbitro dedicar al arbitraje todo el tiempo necesario, procediendo de la manera más solícita y económica posible. Particularmente, debe evitar gastos superfluos que hagan aumentar los gastos de procedimiento de manera desproporcionada.
- El árbitro debe participar activamente en todas las tareas del colegio arbitral para garantizar así el principio de inmediatez y de conocimiento de los alegatos y pruebas que conduzcan a una toma de decisión.
- La sanción para el incumplimiento de estas normas éticas puede llegar a la sustitución del árbitro, y si la Cámara Arbitral no aplicare tal sanción por considerar que provocaría un retardo innecesario en el procedimiento, puede optar por desaprobare su nombramiento en ulteriores arbitrajes.

### 5.5. *Obligaciones y derechos de los árbitros*

La aceptación de los árbitros tiene que ser dada expresamente por escrito, aunque la suscripción del acta de instalación del colegio arbitral es aceptada por la doctrina italiana como una aceptación válida y expresa.

Los árbitros, no solamente pueden ser sustituidos como consecuencia del incumplimiento de sus tareas, sino que serán personalmente responsables por el incumplimiento de sus funciones.

El artículo 813 párrafo tercero del c.p.c. establece el régimen de las responsabilidades de los árbitros señalando que éstos responden de los daños ocasionados a las partes cuando hubieren:

- a. Con dolo o culpa grave haya omitido o retardado actos esenciales del proceso considerándose como una renuncia sin motivo justificado.
- b. Con dolo o culpa grave haya impedido o retardado la emisión del laudo arbitral dentro del término estipulado para ello.

Es muy precisa la mencionada norma cuando establece que, en caso que la responsabilidad del árbitro no pueda calificarse de dolosa, entonces el resarcimiento del daño no podrá exceder de tres veces el monto en el cual se hubiere fijado su compensación, la cual no le deberá ser entregada.

En cuanto a los derechos de los árbitros consisten en recuperar los gastos en los cuales incurrieron y en percibir la compensación que les corresponda por la prestación de servicios, la cual puede ser calculada conforme al reglamento de cada centro de arbitraje o mediante la fórmula supletoria que propone este mismo artículo, la cual consiste en dejar en manos del presidente del Tribunal que tenga jurisdicción la fijación de los mismos.

### 5.6. *La recusación de los árbitros*

La recusación de los árbitros está regulada en el artículo 815 c.p.c. el cual fue reformado sustancialmente.

En primer lugar, se permite ahora a la parte recusar al árbitro por ella designado.

Las causales de recusación son:

- a) Si el árbitro no tiene las cualidades que las partes establecieron como esenciales.

- b) Si el mismo árbitro o cualquier ente o asociación o sociedad de la cual sea administrador tenga interés en la causa.
- c) Si el mismo árbitro o su cónyuge, son familiares hasta cuarto grado, o es concubino o comensal habitual de una de las partes o del apoderado de una de las partes.
- d) Si el árbitro o su cónyuge tiene causa pendiente o enemistad grave con una de las partes o sus apoderados.
- e) Si tiene cualquier vinculación con sociedades controladas por una de las partes que puedan comprometer su independencia.
- f) Si ha prestado servicios profesionales para una de las partes en alguna fase anterior de la controversia o si ha declarado como testigo.

La jurisprudencia italiana ha determinado que las causales de recusación constituyen un *numerus clausus* y, adicionalmente, que deben ser interpretadas de manera restrictiva.

La recusación debe ser propuesta ante el presidente del tribunal competente territorialmente, el cual, escuchando a las partes y al árbitro recusado dictaminará sobre la recusación.

En caso que la misma resulte manifiestamente infundada, impondrá a la parte que la propuso, una multa a favor de la otra parte, con un máximo equivalente a tres veces la compensación que le podía tocar al árbitro.

Aunque la recusación sea declarada sin lugar por el tribunal indicado, la parte que la propuso puede volverla a plantear a través de la impugnación por nulidad del laudo en cuya discusión haya participado el árbitro recusado.

Nuestra Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 35 remite al Código de Procedimiento Civil de Venezuela, determinando que las causales de recusación e inhibición son aquellas contenidas en el mencionado código.

#### 5.7. Incompetencia del colegio arbitral

El artículo 817 c.p.c. siguiendo los lineamientos del artículo V de la Convención Europea de Ginebra, dispone que “...la parte que no denuncie dentro del procedimiento arbitral que los pedimentos y conclusiones de la otra (u otras) partes exceden el límite de la cláusula arbitral o del pacto arbitral, no podrá utilizar este elemento como motivo de impugnación por nulidad del laudo”.

Adicionalmente establece el mencionado artículo: "...Si la parte no denuncia la incompetencia del colegio arbitral en su primera comparecencia inmediatamente posterior a la aceptación de los árbitros, basado en la inexistencia, invalidez o ineficacia de la convención arbitral, no podrá impugnar por nulidad el laudo basándose en este motivo."

Los árbitros decidirán siempre sobre su propia competencia en aplicación del principio de la *potestas iudicandi* y del principio del *kompetenz-kompetenz*.

En el mismo sentido, disponen los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela: "El Tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje"... (*omissis*).

#### 5.8. *Potestad cautelar*

El artículo 818 c.p.c. dispone que los árbitros no pueden conceder secuestros ni otras medidas cautelares salvo en casos expresamente establecidos en la ley.

Nos parece evidente el orden público de esta norma, de manera que la prohibición antes expresada debería prevalecer aunque las partes hayan convenido en contrario en la cláusula o pacto arbitral.

En cambio, en nuestra legislación, la Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 26 confiere plena potestad de dictar medidas cautelares a los árbitros, salvo que las partes hubieren dispuesto en contrario.

Criterio éste que ha tenido ratificación a nivel jurisprudencial, cuando la Sala Constitucional ha señalado: "Además, la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; -Vid. Sentencia N. 572/05.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 08-0763, número 1541. Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño.

## VI. EL LAUDO ARBITRAL

Los árbitros deben dictar el laudo sobre el fondo de la controversia el cual debe considerarse como el acto conclusivo y decisorio del procedimiento arbitral, el cual debe ser dictado, como dispone el artículo 822 del c.p.c. conforme a derecho, salvo que las partes hayan elegido que el laudo se dicte conforme a equidad.

Si las partes no dispusieron otra cosa, el laudo debe dictarse dentro de los doscientos cuarenta días siguientes a la aceptación del cargo de árbitros. Este período podrá ser prorrogado por una sola por ciento ochenta días más, basada la prórroga en causales muy precisas<sup>14</sup>:

- a) Si faltaran pruebas por evacuar.
- b) Si los árbitros hubieran pedido una asesoría técnica.
- c) Si antes del laudo definitivo fuera necesario emitir un laudo parcial.
- d) Si hubieren ocurrido modificaciones en la composición del colegio arbitral.

### 6.1. Forma y contenido del laudo

La deliberación del laudo se efectúa con mayoría de votos y con la participación de todos los árbitros.

No tiene particulares formalidades que deban ser cumplidas pero debe contener:

- a. Nombre de los árbitros.
- b. Indicación de la sede del arbitraje
- c. Indicación de las partes.
- d. indicación de la convención arbitral y de los alegatos de las partes.
- e. Exposición sucinta de los motivos que llevan a los árbitros a tomar la decisión.
- f. El dispositivo del laudo.
- g. La suscripción del laudo por los árbitros y la fecha del mismo.

<sup>14</sup> D'ALESSANDRO Elena, *Il Lodo Arbitrale*, in *Il Nuovo Processo Arbitrale*, Il Sole 24 Ore, 2006, p. 119.

### 6.2. Eficacia del laudo

La reforma introdujo un cambio esencial, puesto que la norma anterior establecía en cuanto a la eficacia del laudo, que el mismo era eficaz entre las partes, a partir del momento de la suscripción del mismo por los árbitros.

En cambio, el artículo 824 de la reforma, establece que el laudo tendrá la eficacia de una sentencia pronunciada por la autoridad judicial.

La reforma acogió la tesis que quiere la plena equiparación entre el laudo y la decisión judicial.

### 6.3. Depósito del laudo

El primer aparte del artículo 825 del c.p. dispone que: "...La parte que desee hacer ejecutar un laudo dentro del territorio de la República está obligado a efectuar su depósito, en original, o en copia certificada, junto con el pacto arbitral o la cláusula de arbitraje en la secretaría del Tribunal competente por territorio.

### 6.4. Exequátur del laudo

La autoridad judicial debe LIMITARSE a un mero control formal del laudo. El laudo arbitral, una vez declarada su ejecutoriedad, perdiendo la naturaleza de acto negocial, asume el valor de una sentencia, capaz de producir los efectos de la cosa juzgada, siempre y cuando no se haya anunciado impugnación en su contra o, habiendo sido intentada hubiera sido declarada sin lugar.

En cambio, nuestra legislación declara expresamente la procedencia de la ejecución del laudo sin necesidad de *exequatur*, en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial: El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir *exequatur*, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias". (*omissis...*)

## VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Las causales de impugnación del laudo, en el artículo 827 del c.p.c. son taxativas y de interpretación restrictiva.

Doctrinalmente se ha pronunciado a favor de considerar esta norma como de orden público, es decir, que no acepta convenio en contra por las partes.

La impugnación del laudo puede ser basada en la nulidad, en la revocatoria o en la oposición por terceros.

### 7.1. *Causales de impugnación por nulidad*

La impugnación del laudo basado en la nulidad del mismo posee características esencialmente distintas a las de una apelación.

En efecto, si bien debe ser presentado ante el Juez Superior a aquel que hubiera conocido de la controversia en caso de no haberse pactado el arbitraje, tal recurso de impugnación puede producir dos efectos diferentes: i) que la parte declarada nula del laudo pueda escindirse de las otras y por ende solo se anula esa parte; o ii) produce su anulación integral, en caso de ser considerado procedente, y el Juez Superior debe entonces entrar a examinar la causa enteramente y a tomar las decisiones que reemplacen al laudo anulado<sup>15</sup>.

Son causales de impugnación:

- a) Si el pacto de arbitraje es inválido.
- b) Si los árbitros ni fueron designados con las formalidades necesarias, siempre y cuando tales vicios hubieran sido denunciados en el transcurso del arbitraje.
- c) Si el laudo fue dictado por quien no podía ser designado árbitro, de conformidad con el artículo 812 c.p.c.
- d) Si el laudo se pronunció sobre materias que exceden el pacto de arbitraje o la cláusula arbitral.
- e) Si el laudo carece de los requisitos indicados en los numerales 5), 6) y 7) del artículo 823 del c.p.c.
- f) Si el laudo fue dictado fuera del plazo establecido para ello.
- g) Si en el procedimiento arbitral se omitieron formas establecidas por las partes como esenciales y tal nulidad no fue subsanada en el proceso.
- h) Si el laudo contradice otro laudo dictado con anterioridad o alguna sentencia que produzca cosa juzgada, con tal que dicho laudo o dicha sentencia hayan sido producidos durante el procedimiento arbitral.

<sup>15</sup> VECCHIO, Gianluca. *Le Impugnazioni. Il Nuovo Processo Arbitrale*. Il Sole 24 Ore, 2006. P. 155.

- i) Si no se observó el principio del contradictorio.
- j) Si el laudo concluye el procedimiento sin haber decidido sobre el fondo de la causa.
- k) Si el laudo contiene disposiciones contradictorias.
- l) Si el laudo omite pronunciamiento sobre algún alegato de las partes.
- m) Si el laudo contraviene normas de orden público o si dejó de aplicar normas de rango legal.

La impugnación del laudo basado en la nulidad del mismo no puede ser invocada por: i) La propia parte que originó el hecho sobre el cual se basa la nulidad; ii) La parte que ha renunciado expresamente a hacer valer tal nulidad; c) la parte que no ha denunciado inmediatamente en el proceso arbitral el hecho que puede originar la nulidad.

### *7.2. Impugnación por revocatoria*

Basada también en tres causales taxativas y de interpretación absolutamente restrictiva:

- a) El laudo sea producto de una conducta dolosa de una de las partes en perjuicio de la otra.
- b) Se haya producido el laudo en base a pruebas declaradas falsas, cuya falsedad haya sido declarada con posterioridad al laudo o que, habiendo sido declaradas falsas con anterioridad, la parte desconociera tal declaratoria.
- c) El laudo haya sido dictado en base a una conducta dolosa de uno o varios de los árbitros.

### *7.3. Impugnación por oposición de terceros*

Para este supuesto el artículo 831 c.p.c. hace remisión expresa al artículo 404 del c.p.c. el cual regula la oposición de terceros.

En este caso no hay una decisión judicial que anule propiamente el laudo, el cual conserva su plena validez entre las partes que intervinieron en el arbitraje.

## **VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS**

Esta disciplina está regulada por el artículo 839 c.p.c. el cual dispone las reglas para poder dar entrada en Italia a un laudo dictado en el extranjero.

La parte interesada deberá consignar una copia certificada del laudo en la Corte de Apelaciones de la circunscripción en la cual resida la otra parte, y si ésta no tuviere domicilio en Italia, entonces deberá hacerlo ante la Corte de Apelaciones de Roma.

Si el laudo mismo o los documentos en los cuales se fundamenta no estuvieren redactados en italiano, deberá presentarse una versión oficialmente traducida.

La Corte de Apelaciones podrá dar revisión sumaria solamente al laudo que se le presenta y, en caso de reunir éste las formalidades esenciales, decretará su eficacia en el territorio de la República de Italia, salvo que:

- a) la controversia no pudiera ser objeto de pacto arbitral, según la ley italiana o,
- b) el laudo contravenga normas de orden público.

Italia suscribió y ratificó la Convención de New York relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero del 10 de junio de 1959, mediante ley número 62 del 19 de enero de 1968.

### **IX. EL ARBITRAJE DENOMINADO “INTERNACIONAL”**

En la reforma del año 1994<sup>16</sup>, en el artículo 832 se había dispuesto una serie de regulaciones especiales para los casos en los cuales un arbitraje tuviera ciertos elementos de vinculación con el extranjero:

- a) Cuando la residencia o la sede efectiva de por lo menos una de las partes se encuentre fuera del territorio italiano para el momento de suscripción del pacto arbitral o de la cláusula de arbitraje.
- b) Cuando la controversia se refiera a una prestación cuya parte relevante debe ser ejecutada en el extranjero.

Para estos casos, el mencionado artículo 832, preveía la aplicación de una normativa especial, a saber:

9.1. Reenvío a todas las normas relativas al arbitraje doméstico, siempre y cuando éstas no fueran contradictorias con las normas establecidas en los Tratados Internacionales.

<sup>16</sup> Ley número 25 del 4 de enero de 1994.

9.2. Aplicación de una serie de normas especiales, relativas a i) la forma de la cláusula arbitral, siendo ésta más elástica y menos formal; ii) el idioma del arbitraje, permitiendo a los árbitros la determinación del mismo en caso que las partes no lo hubieren hecho; iii) recusación de los árbitros, haciendo remisión a las normas del arbitraje doméstico si las partes no se hubieran dado reglas particulares; iv) deliberación sobre el laudo, permitiendo que se hiciera por video conferencia; v) eliminando ciertas causales de impugnación del laudo provenientes de defectos en la designación de los árbitros.

Tal normativa fue criticada, puesto que, como sostuvo buena parte de la jurisprudencia italiana, bien se pueden originar relaciones que se pueden definir como “internacionales” entre dos ciudadanos italianos como bien se pueden originar relaciones que se ventilarán bajo la figura del arbitraje doméstico (en Italia) entre dos ciudadanos extranjeros<sup>17</sup>.

La doctrina calificó tal consagración legislativa del arbitraje internacional como “desafortunada”<sup>18</sup>.

Con la reforma del año 2006, se retomó en este campo la orientación de los países del *common law* y de aquellos de orientación germánica que consideran superflua la inserción de normas nacionales para reglamentar un arbitraje que puede tener elementos de conexión con el extranjero, quedando así eliminada toda referencia legislativa en Italia correspondiente a los arbitrajes (mal denominados) “internacionales”.

<sup>17</sup> Casación Civil, Sección I, 14 septiembre 2004, n. 18460

<sup>18</sup> SIROTTI GAUDENZI, Andrea; *Ob. cit.* P. 213.

# Aportes del CEDCA al Arbitraje Institucional en Venezuela

*Milagros Betancourt C.<sup>1</sup>*  
(Venezuela)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El arbitraje en Venezuela: 2.1. *El Arbitraje Institucional*; 2.2. *El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje: CEDCA*; 2.3. *Aspectos novedosos de su Reglamento: aportes al arbitraje institucional en Venezuela:* a) *Normas sobre conciliación:* a.1 *La audiencia de conciliación*; a.2. *La posibilidad de conciliar la controversia sometida a arbitraje*; b) *Medidas Cautelares*; c) *Presentación previa del Laudo*; d) *El procedimiento expedito*. III. **Comentarios Finales.**

---

<sup>1</sup> Director Ejecutivo del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Es abogado, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela. Postgrado en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Universidad de Alcalá de Henares, España y Diploma en Derecho Internacional Público en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Embajador retirado del Servicio Exterior de Venezuela. ExDirectora de Tratados Internacionales y ExDirectora de Asuntos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas.

## I. INTRODUCCIÓN

Los medios alternativos de resolución de controversias son mecanismos cuya finalidad es la de sustituir la decisión del órgano jurisdiccional, por una solución concertada por las partes a la cual llegan a través de procesos que pasan por la negociación e incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, entre otros. Son instituciones que se proponen eliminar una contienda judicial, de un modo tal que impida a las partes plantearlas en vía judicial o bien actúan como medios para poner fin a un proceso ya en curso, como ocurre en el caso de la transacción.<sup>2</sup>

En Venezuela, el conocimiento y la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos podemos decir que son de reciente data. Están contemplados en el artículo 253 de la Constitución de la República de 1999, como parte del sistema de justicia de nuestro país, al cual complementan. Es por ello que han comenzado a tener cabida ante un sistema judicial ineficiente y que se caracteriza por tener procedimientos excesivamente lentos, poco efectivos, nada confiables y costosos.

Hoy en día en nuestro país, se percibe una mayor tendencia a recurrir a la conciliación y al arbitraje como alternativa para resolver controversias entre particulares, lo que más temprano que tarde contribuirá a descongestionar los órganos administrativos y jurisdiccionales y facilitará la convivencia pacífica de los ciudadanos.

## II. EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

El arbitraje ha sido definido como una “institución por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada”<sup>3</sup>

En el proceso de arbitraje las partes entregan la disputa a una o más personas expertas e imparciales para una decisión final e inapelable. El arbitraje es privado, confidencial, rápido y práctico. Las partes pueden

---

<sup>2</sup> BADELL MADRID, Rafael. “Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano”. Separata del Libro del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata. Editorial Texto. Caracas, 2006. P. 7.

<sup>3</sup> OPETTIT, Bruno, “Teoría del Arbitraje”, Editorial Legis, Bogotá 2006, pp. 30-31, definición de Charles Jarrosson en su tesis doctoral de derecho “La noción de arbitraje”.

ejercer el control sobre el proceso mediante provisiones específicas en su acuerdo de arbitraje.

El arbitraje suscita gran interés por las numerosas ventajas que ha obtenido para aligerar el enorme peso que incumbe a la justicia ordinaria, y “por asegurar al ciudadano un medio rápido, discreto y seguro de resolución de las propias controversias”<sup>4</sup>. El arbitraje presupone un modo de dirimir el conflicto en forma privada, no sólo en atención a la naturaleza de los jueces, sino también en el sentido de confidencialidad del proceso.<sup>5</sup>

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, vigente desde 1999, establece en su artículo 2º dos modalidades de arbitraje: institucional e independiente. Define al arbitraje institucional como aquel “*que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley o los que fueren creados por otras leyes*”.

### 2.1. El Arbitraje Institucional

El arbitraje institucional es también denominado por la doctrina arbitraje administrado y se realiza de acuerdo a los reglamentos de los Centros de Arbitraje, el cual de acuerdo con la ley debe regular todo lo concerniente a la constitución del tribunal, las notificaciones, la recusación y reemplazo de árbitros y toda la tramitación del proceso. Así mismo debe incluir el procedimiento para la elaboración de la lista de árbitros y las tarifas de honorarios para árbitros y de gastos administrativos del proceso.

El arbitraje institucional es quizá el de mejor linaje, por cuanto las partes al recurrir a tal tipo de procedimiento para resolver su disputa existente o prever la solución de la controversia imbricando tal tipo de normas de procedimiento, estarán poniendo a la disposición de los árbitros un conjunto de normas que ya han sido puestos a prueba, refinadas con el tiempo, recicladas por la jurisprudencia arbitral y confrontadas por el ordenamiento arbitral vigente en nuestro país.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> BORSALINO, FRANCO: “*L'arbitrato, fondamenti e tecniche*”, citado por Ricardo Henríquez La Roche, en “El arbitraje comercial en Venezuela”, Cámara de Comercio de Caracas, año 2000.

<sup>5</sup> HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo, “*El arbitraje comercial en Venezuela*”. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000. P. 34.

<sup>6</sup> MOGOLLÓN ROJAS, Ivor Dalvano, “*El Arbitraje Comercial venezolano*” Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004, P. 30.

Al momento de incluir una cláusula de arbitraje en un contrato, las partes deben decidir si desean que dicho arbitraje sea de tipo institucional o si prefieren recurrir a un arbitraje independiente, en el cual todo lo atinente al proceso será regulado por las propias partes sin asistencia de centros de arbitraje.

El arbitraje institucional ofrece varias ventajas que vale la pena resaltar:

1. Certeza en la redacción de la Cláusula Arbitral: El arbitraje independiente resulta frecuentemente en cláusulas que son inadecuadas o excesivamente complicadas. Al incorporar en sus contratos, las cláusulas institucionales es decir, que remiten a un centro la administración del proceso, las partes tienen la certeza de contar con un conjunto de reglas preestablecidas, que resuelven los aspectos fundamentales del proceso.

2. Administración de los casos de manera profesional: Los Centros de Arbitraje debidamente establecidos, prestan sus servicios con toda la infraestructura y equipos necesarios para garantizar un adecuado desarrollo del proceso, lo cual no se puede garantizar mediante el uso del arbitraje independiente.

3. Los Centros de arbitraje, actúan como receptores confiables e independientes de las sumas entregadas por las partes, las cuales son posteriormente distribuidas según sea el caso.

4. La guía y respaldo de un Centro de arbitraje facilita las discusiones entre las partes dirigidas a procurar una solución amigable, o una clara definición de los puntos a debatir.

5. Las instituciones arbitrales disponen de información detallada y acceso inmediato a los árbitros más reconocidos y calificados, con servicios de información y asistencia permanente.

6. El centro arbitral presta asistencia a las partes, a sus asesores y a sus árbitros, interviniendo en la solución de cualquier inconveniente que pueda afectar la necesaria continuidad del proceso.

#### 2.2. *El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje: CEDCA*

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), es una asociación civil sin fines de lucro fundada en el año 1998 dedicada a promover la utilización de la conciliación y el arbitraje como *métodos alternativos* para

la resolución económica y efectiva de controversias, en el marco del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Es un Centro independiente vinculado a la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria -VENAMCHAM- y al Centro Venezolano americano.

El CEDCA está afiliado a la Asociación Americana de Arbitraje AAA, con la cual tiene suscrito un acuerdo de cooperación. Trabaja además en colaboración con las principales Universidades del país y con el prestigioso Instituto de Estudios Superiores de administración -IESA- de Venezuela. El CEDCA está comprometido a proveer servicios de conciliación y arbitraje confiables, imparciales, efectivos, eficientes y expeditos, a un costo competitivo para el usuario. A los fines de cumplir con su misión, el CEDCA incorpora dentro de su lista de árbitros y conciliadores a profesionales competentes, altamente calificados, dedicados y con gran experiencia

El CEDCA se rige por un Reglamento con una estructura que permite un proceso eficiente, rápido y completamente transparente.

### *2.3. Aspectos novedosos de su Reglamento: aportes al arbitraje institucional en Venezuela*

El Reglamento del CEDCA contiene disposiciones que podemos calificar de novedosas o de avanzada, que contribuyen de manera significativa al desarrollo del arbitraje institucional en Venezuela, las cuales analizaremos en detalle en el presente trabajo.

Una de sus características fundamentales es que hace particular énfasis en la conciliación, mecanismo que logra resolver un 85% de todas las controversias.

Ofrece así mismo un mecanismo que permite la práctica de medidas preventivas luego de introducida la demanda arbitral y antes de constituirse el tribunal arbitral, con lo cual se busca garantizar la efectividad del laudo arbitral.

El Reglamento dispone la posibilidad de que las Partes conozcan y analicen el Laudo arbitral, antes de ser emitido definitivamente.

Finalmente se establece un procedimiento expedito mediante el cual se logra una reducción significativa de costos y tiempo, previsto para disputas inferiores a Bs. F. 215.000, que sin embargo puede ser utilizado en cualquier caso, previo acuerdo de las partes.

*a) Normas sobre conciliación*

La conciliación consiste en una reunión entre las partes en conflicto y un tercero, llamado mediador o conciliador, para discutir las posibilidades de acuerdo. El papel del conciliador es el de ayudar a las partes a explorar los asuntos en conflicto, las necesidades y opciones de acuerdo, ofreciendo según sea el caso sugerencias y destacando situaciones relevantes que las partes pueden en principio haber ignorado, pero siempre dejando la resolución del conflicto a las partes. La participación activa en la búsqueda del consenso y de la solución que conduzca a una situación de posición común de las partes y que implique la desaparición o la suavización del conflicto, corresponde a las partes, actuando el conciliador como un mero facilitador.<sup>7</sup>

Una audiencia de conciliación puede llevarse a cabo muy rápidamente, con un bajo costo y sin mucho tiempo de preparación.

*a.1 La audiencia de conciliación*

Tal como fue concebido y aparece contenido en su Exposición de Motivos *“El Reglamento del CEDCA recoge otras ideas no menos importantes, que, desafortunadamente fueron olvidadas en la referida Ley de Arbitraje Comercial como es el caso de la conciliación, cuyas bondades, reconocidas categóricamente en el contexto mundial, radican en que permite una solución mucho más rápida y económica, incluso si se compara con el propio arbitraje”*.

Al analizar el contenido del Reglamento del CEDCA en esta materia observamos que la conciliación se ha introducido en dicha normativa como un mecanismo autónomo, como otro de los medios alternativos para la solución de las disputas. Tiene, en comparación con la conciliación conocida tradicionalmente en Venezuela, algunas diferencias sustanciales: está prevista como un proceso independiente que puede ser iniciado por las partes sin que exista entre ellas un arbitraje, y puede tener lugar dentro del propio proceso de arbitraje, luego de la contestación de la demanda arbitral (artículo 20), quedando las partes en libertad de continuar la conciliación o el arbitraje.

Resulta muy ventajoso para las partes el prever un acto conciliatorio como un paso del proceso arbitral, pues ninguna de las dos se ve en la obligación

<sup>7</sup> HUNG VAILLANT, FRANCISCO *“Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano”*. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos. Caracas, 2001. P. 301.

de tomar la iniciativa, ni tampoco se compromete al Tribunal Arbitral a llamar a las partes a conciliación.

Estudios realizados acerca de este tema han permitido comprobar que los intentos de conciliación que se realizan luego de que cada una de las partes ha analizado los argumentos de la parte contraria, son más efectivos que los realizados antes del proceso judicial o arbitral. Se ha demostrado que, a menos que una de las posiciones sea manifiestamente infundada, cada una de las partes, al escuchar la totalidad de los argumentos de su adversario, comienza a comprender las debilidades de su propia posición y a inclinarse por la posibilidad de un arreglo amistoso.

Esta idea en el campo judicial ha tenido excelentes resultados. En efecto, existen legislaciones como la colombiana por ejemplo, que resuelven gran número de casos a través del mecanismo alternativo de conciliación.

Un aspecto que vale la pena resaltar es que en el Reglamento del CEDCA se toma la previsión de que el conciliador no forme parte del Tribunal Arbitral, *"para que así en privado se produzca una atmósfera más libre y propicia, ya que las partes no tendrían el temor de una eventual censura o resentimiento por parte del órgano que luego podría juzgar sus conductas. En este mismo sentido, no serían apreciadas las pruebas que puedan surgir de ese proceso conciliatorio, para fomentar aún más la franqueza de las conversaciones"*<sup>8</sup>.

#### *a.2. La posibilidad de conciliar la controversia sometida a arbitraje*

De acuerdo con el Reglamento del CEDCA, las partes siempre tienen la posibilidad de llegar a un arreglo, aún en curso el arbitraje.

Así pues, puede abrirse durante el proceso y en cualquier momento, una incidencia de conciliación paralela al mismo, que puede suspender el proceso o realizarse en forma simultánea al mismo.

De darse esta situación y si efectivamente durante el procedimiento arbitral las partes llegaren a una transacción que resuelva la controversia, el Tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.

Un aspecto muy positivo del Reglamento en este punto es que, conforme a lo establecido en el artículo 10.2, en caso que se logre la conciliación dentro del proceso arbitral, el conciliador, salvo decisión en contrario de las

<sup>8</sup> Exposición de Motivos del Reglamento del CEDCA, 25 de marzo de 2000. P. 6.

partes, presentará el acta de conciliación al Tribunal Arbitral para que le dé forma de laudo, a lo cual procederá, a menos que a su juicio tales acuerdos no sean contrarios el orden público o las buenas costumbres.

De igual manera resulta novedoso y positivo el hecho que esta misma posibilidad está prevista en el Reglamento (artículo 10.3) para el caso de los arreglos a los que se llegue en un proceso de conciliación independiente, o antes de la instalación del Tribunal Arbitral.

El laudo que emita el Tribunal derivado de la conciliación no necesita ser motivado y tiene la misma naturaleza jurídica y produce los mismos efectos de cualquier laudo dictado sobre el fondo de la controversia. Está regido por las normas del Reglamento aplicables al laudo arbitral.

#### *b) Medidas Cautelares*

El Reglamento del CEDCA contiene previsiones específicas para decretar Medidas Cautelares. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1999, el la reglamentación del Centro establece que el Tribunal Arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a solicitud de una de ellas, puede dictar las medidas cautelares que estime apropiadas, las cuales podrá subordinar, si así lo estima pertinente, al otorgamiento de garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, por los daños y perjuicios que las mismas pudieren ocasionarle.

La oportunidad para decretar tales medidas se inicia desde el mismo momento en que se le haya entregado el expediente al Tribunal Arbitral.

Sin embargo, se prevén en el Reglamento situaciones de urgencia que permiten a cualquiera de las partes, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los gastos y honorarios correspondientes, solicitar el nombramiento de un Tribunal Arbitral, integrado por uno o tres árbitros, a esos únicos efectos de decretar las medidas cautelares que aseguren el derecho que reclama.

Esta posibilidad resulta muy conveniente para lograr una tutela jurisdiccional más efectiva, sin tener que esperar la constitución del Tribunal Arbitral. Posteriormente, la medida que se dicte en tales circunstancias, podrá ser revisada por el Tribunal Arbitral que habrá de conocer el fondo de la controversia, inmediatamente después de su constitución.

En todo caso el decreto de Medidas Cautelares siempre deberá ser motivado.

*c) Presentación previa del Laudo*

Uno de los aspectos más novedosos dentro del procedimiento CEDCA, es la posibilidad de conocer anticipadamente el contenido de la decisión del Tribunal Arbitral.

Se dispone en el Reglamento una amplia flexibilidad en cuanto al procedimiento a ser utilizado antes del pronunciamiento del laudo, el cual permite corregir o evitar cualquier error. Tal como lo establece el artículo 37 del Reglamento, antes que el laudo sea depositado y salvo acuerdo entre las partes, los árbitros deben presentar a las partes el proyecto de laudo para que tanto éstas, como la Dirección Ejecutiva descentro, puedan presentar sus observaciones sobre puntos de forma o fondo de la controversia, las cuales podrán ser comentadas en acto oral.

En esta oportunidad puede presentarse incluso la posibilidad de que las Partes, al conocer previamente el contenido del laudo celebren una transacción antes de la publicación definitiva del mismo.

Este mecanismo que pretende una sentencia más justa, tiene alguna similitud con el procedimiento cada vez más popular en Alemania, denominado *Stuttgarter Modell*, el cual logra decisiones que las partes comprenden y más frecuentemente aceptan sin necesidad de recurrir contra ellas<sup>9</sup>.

Es importante resaltar que para salvaguardar la transparencia del proceso, el Reglamento dispone expresamente que esta flexibilidad en el procedimiento que permite conocer previamente el laudo, no puede en ningún caso convertirse en casual de recusación de los árbitros (artículo 37.3)

A juicio del Profesor Francisco Hung Vaillant, "la posibilidad de discusión previa del laudo, en los cuales ella ha sido acordada, deja abierto un paréntesis temporal durante el cual el laudo arbitral, no obstante haber sido dictado y notificado formalmente a las partes, queda en suspenso sin adquirir fuerza ejecutorio ni tampoco correr plazo alguno."<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Ibidem*. P. 7.

<sup>10</sup> HUNG VAILLANT, Francisco, "Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano". Editorial Jurídica venezolana. Colección estudios jurídicos. Caracas, 2001.

*d) El Procedimiento Expedito*

Las demandas de cuantía inferiores a Bs. F. 215.000, pueden ser resueltas en el CEDCA, mediante un procedimiento expedito, el cual puede también ser utilizado para demandas de cuantías mayores a dicha cantidad, cuando las partes así lo convengan.

A diferencia del procedimiento regular, para determinar esta cuantía, el CEDCA no tomará en cuenta los honorarios de los abogados ni los costos del arbitraje.

Este procedimiento resulta novedoso y a decir de Francisco Hung Vaillant “una variante del arbitraje cuanto las partes se han acogida a las normas de solución de conflictos del CEDCA”<sup>11</sup>.

Sus características particulares que lo diferencian del procedimiento regular son:

1. Está limitado a demandas en las cuales sólo estén involucrados un solo sujeto como demandante y un solo sujeto como demandado. En otras palabras no procede en caso de litis consorcio activo o pasivo.

2. Será resuelto por un árbitro único, quien será nombrado por las partes de una lista de diez (10) escogidos por el Director Ejecutivo del CEDCA, de la lista oficial del Centro.

3. Por la propia naturaleza del procedimiento hay una reducción considerable de los lapsos.

Al igual que en el proceso regular, se dispone la realización de una audiencia de conciliación, con el fin de buscar el avenimiento de las partes, que no suspende el curso del procedimiento arbitral, a menos que las partes así lo decidan con el fin de facilitar la conciliación.

En el procedimiento expedito, también está prevista la presentación previa del laudo, salvo acuerdo en contrario de las partes, posibilidad esta que fue incorporada en la reforma realizada al Reglamento del CEDCA en el año 2007, ya que anteriormente estaba expresamente descartada.

### III. COMENTARIOS FINALES

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje –CEDCA– a pesar del corto tiempo de funcionamiento –apenas cumplirá diez años de constitui-

<sup>11</sup> *Ibidem.* P. 305.

do en el 2009- ha cumplido una destacada labor como administrador de procesos de arbitraje. Las particulares características de su procedimiento representan un aporte invaluable al desarrollo del arbitraje institucional en el país, y lo hacen además muy ventajoso y competitivo a la hora de lograr una solución expedita, equilibrada y económica de las disputas sometidas a su administración.

El CEDCA concibe su misión como el compromiso de proveer servicios de conciliación y arbitraje confiables, imparciales, efectivos, eficientes y expeditos, para lo cual involucra a profesionales dedicados, competentes y altamente calificados, y ha tomado como el fundamento de su visión, un concepto emitido por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres en 1980 y que refleja perfectamente como el CEDCA proyecta su labor:

“Este Centro tendrá todas las virtudes que faltan en la ley. Será expedito donde la ley es lenta, económico donde la ley es costosa y sencillo donde la ley es complicada; será un agente de paz en vez de un instigador de contiendas”.

### BIBLIOGRAFÍA

- BADELL MADRID, Rafael: *“Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano. Especial Referencia al Arbitraje en los Contratos Administrativos”*. Separata del Libro del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata. Editorial Texto, Caracas- Venezuela, 2006.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *“El Arbitraje Comercial en Venezuela”*. Editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Organización Gráficas Capriles c.a. Caracas, 2000.
- HUNG VAILLANT, Francisco: *“Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano”*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos, 74. Caracas, 2001.
- MOGOLLÓN ROJAS, Ivor Dalvano: *“El Arbitraje Comercial Venezolano”*. Vadell Hermano Editores. Caracas, 2004.
- OPPETIT, Bruno: *“Teoría del Arbitraje”*. Legis Editores S.A., Bogotá, 2006.

# El Rol de los Abogados en la Mediación

*Pedro A Rengel Núñez*  
(Venezuela)<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La “cultura del litigio”. III. Los métodos no adversariales para el manejo de conflictos. IV. Obstáculos para la mediación. V. El rol del abogado en la mediación.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela en 1982. Cursó estudios de postgrado en la Universidad de Nueva York, donde obtuvo una maestría en Jurisprudencia Comparada en 1983. Finalizó la especialización en Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela en 1986. Es profesor de “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos” en la Universidad Monteávila en Caracas y socio de la firma Travieso Evans Arria Rengel & Paz, en Caracas.

## I. INTRODUCCIÓN

La Conciliación o mediación, términos usados en este trabajo como sinónimos, tiene fundamento constitucional en Venezuela a partir de la Constitución de 1999, que en su artículo 238 establece que la Ley promoverá el arbitraje, la mediación, la conciliación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. Instrumentos legales como la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se han tomado en serio este mandato constitucional, al crear todo un sistema de conciliación en los procedimientos laborales que ha dado resultados sorprendentes, ya que las cifras muestran que más del 80% de los casos se resuelven en la fase de conciliación sin pasar al juicio laboral como tal. Otro buen ejemplo de legislación que desarrolla el mandato constitucional de promover la mediación es la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA)<sup>2</sup>. Esta ley establece como uno de los principios rectores de la normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes el de los medios alternativos de solución de conflictos, según el cual el juez o jueza debe promover, a lo largo del proceso, la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos tales como la mediación, salvo en aquellas materias cuya naturaleza no lo permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley (art. 450). No conforme con esto, la nueva LOPNA incluye en el procedimiento ordinario la llamada audiencia preliminar, previa a la audiencia de juicio, y que contempla una fase de mediación llevada a cabo ante el juez o jueza de mediación y sustanciación (arts. 467 y sig.). La mediación en estos procedimientos seguramente tendrá los mismos efectos positivos que en materia laboral, y contribuirá decisivamente a que muchos conflictos familiares se resuelvan satisfactoriamente, no sólo en interés superior de niños, niñas y adolescentes, sino en beneficio de todo el grupo familiar y de la sociedad.

Los centros de arbitraje creados por las cámaras de comercio nacionales y binacionales de conformidad con las disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial, ofrecen servicios de mediación o conciliación a sus afiliados y partes interesadas en general. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, antes llamada Cámara de Comercio de Caracas, contempla la mediación en su Reglamento como medio alternativo de solución de controversias.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 5.859 del 10 de diciembre de 2007.

Por su parte, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), auspiciado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM), ha puesto especial énfasis en la prestación de servicios de conciliación, contemplados en su Reglamento de Conciliación y Arbitraje, bien a través de un procedimiento independiente bajo las Normas de Conciliación, o bien mediante sesiones de conciliación incluidas dentro del proceso arbitral, justo después de la demanda de arbitraje y la contestación, y antes de pasarse al nombramiento de los árbitros. Esto ha probado ser particularmente conveniente, pues según información que nos ha dado del CEDCA, la mayoría de los casos de arbitraje se resuelven en la fase de conciliación, llegando las partes a un acuerdo que soluciona su controversia, elaborado por ellas mismas, sin necesidad de proseguir con el arbitraje, con el consiguiente ahorro de tiempo, honorarios de abogados y árbitros, etc.

## II. LA “CULTURA DEL LITIGIO”

Me propongo abordar el tema del rol de los abogados en los procesos de mediación. Para nadie es un secreto que nuestras sociedades tradicionalmente ha imperado lo que ha dado en llamarse la “cultura del litigio”, basada en procedimientos judiciales “adversariales”, es decir, donde las partes están enfrentadas y son contendientes o adversarias, donde al final una parte gana y otra pierde, y donde las partes han delegado o trasladado a un tercero o juez, la decisión que ponga fin a la controversia, a través de la aplicación de la ley o del contrato, o de lo que el juez interpreta de éstos, sin que necesariamente se tome en cuenta la satisfacción de los intereses de ambas partes.<sup>3</sup>

Los abogados más que nadie están educados y entrenados bajo la cultura del litigio, y típicamente se especializan en métodos adversariales, aprenden a conducir procedimientos judiciales, donde los aspectos meramente procesales pueden tornarse complejos e intrincados y suelen predominar frente a lo sustantivo o de fondo o mérito del problema. El abogado tiende a actuar en el conflicto con lógica adversarial, bajo las premisas de la defensa y satisfacción de los inalienables derechos del cliente, y de que a través del enfrentamiento procesal de opiniones jurídicas debe surgir una verdad que será declarada por el juez, quien dará la razón a una parte y se la negará a la otra.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladys: *Mediación para Resolver Conflictos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 95.

<sup>4</sup> SAN JUAN, Miriam. *Familia: Intervenciones Protectoras y Mediación Familiar*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2005, p. 274.

### III. LOS MÉTODOS NO ADVERSARIALES PARA EL MANEJO DE CONFLICTOS

Sin embargo, frente a los métodos adversariales de solución de conflictos, vienen erigiéndose y desarrollándose a nivel mundial los métodos no adversariales de solución de conflictos, donde las partes actúan juntas y cooperativamente, manteniendo el control de la decisión y solución del conflicto, tomando en cuenta los intereses de ambas, creando y adoptando soluciones y acuerdos mutuamente beneficiosos, y por lo tanto más susceptibles de ser cumplidos voluntariamente.<sup>5</sup> Es aquí donde se inserta la mediación o conciliación, que en forma breve y sencilla podría definirse como un proceso de negociación para la solución de conflictos que las partes adoptan voluntariamente, en el que éstas designan un tercero imparcial y neutral llamado mediador o conciliador, sin poder de decisión del conflicto, especialmente entrenado para conducir el proceso y asistir a las partes facilitándoles sus esfuerzos en la búsqueda y diseño de un acuerdo satisfactorio para ambas, y por ende, con más probabilidades de ser aceptado y cumplido voluntariamente que una decisión impuesta por un tercero.<sup>6</sup> Como la mediación es una negociación asistida, un mediador hábil se concentrará en los tres pilares modernos de la negociación efectiva: procurar ayudar a las partes a (i) salir de las trincheras de sus posiciones para determinar sus verdaderos intereses que subyacen en el problema, (ii) generar opciones creativas para satisfacer esos intereses, (iii) basadas en criterios objetivos y legítimos.<sup>7</sup>

De allí la necesidad y conveniencia de un cambio en la mentalidad tradicional del abogado, adquirida en primer lugar en las escuelas de derecho, que en general tienden a formar y especializar a los profesionales del derecho dentro de la cultura del litigio y de los métodos adversariales de resolución de conflictos, y reforzada luego con la práctica profesional, en la que lamentablemente no se sale de estos viejos paradigmas. Ya se viene notando en las facultades de derecho de nuestras principales universidades, la incorporación de los medios alternativos de resolución de controversias,

<sup>5</sup> HIGHTON y ALVAREZ: *Ob. cit.*, pp. 95, 96.

<sup>6</sup> CAIVANO, Roque, GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto: *Negociación y Mediación, Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 209, 210.

<sup>7</sup> Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce: *Sí, de acuerdo...* Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1993.

no sólo en los estudios de post-grado, especialmente en los de procesal civil, sino también más recientemente a nivel de pre-grado en el pensum ordinario de la carrera. Bajo estos nuevos paradigmas el abogado no sólo debe estar preparado para defender a su cliente y reclamar y hacer valer su derechos, sino para una labor más integral, que no es otra que la administración y solución más eficiente de los conflictos, controversias y problemas de su cliente. Por ello debe formarse y entrenarse en la amplia gama de medios y alternativas para resolver conflictos, más allá de los juicios, recursos y acciones judiciales.

El desafío es pues enfrentar los conflictos de los clientes de varias maneras. Ya los abogados prestan una asesoría en muchos casos “preventiva” de conflictos, a la hora de diseñar estrategias contractuales o de estructuración de negocios jurídicos, anticipando posibles controversias, así como las formas para solucionarlas en caso de que surjan, por ejemplo, a través de diversos mecanismos alternos a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Es notoria la proliferación de acuerdos en los que se adoptan estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siendo los más comunes las cláusulas conciliatorias y arbitrales, típicamente con exclusión de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. De forma que el abogado debe estar preparado para asistir a su cliente en estos procedimientos de conciliación, de arbitraje, y demás modalidades de mecanismos alternos de justicia. Pero además los abogados pueden y deben incorporarse cada vez más al desempeño de funciones como mediadores y árbitros.

Para justificar el cambio de mentalidad pleitista del abogado por una actitud conciliadora, cooperativa y no adversarial se han esbozado como razones *“las que se derivan de la responsabilidad profesional, que conlleva dar el mejor consejo al cliente; las que se derivan de la responsabilidad o compromiso social, ya que son auxiliares en la administración de justicia, pieza fundamental del sistema y deudores de un mejor servicio a la comunidad; las que se derivan de la propia conveniencia, ya que su especialización significará un modo menos frustrante de ejercer la profesión, e implicará más bien trabajar en procesos más dinámicos y creativos, además de una eventual mejora o suplemento en las ganancias, permitiendo afrontar como mayores probabilidades de éxito los requerimientos de justicia de una sociedad que ya no se conforma con cualquier solución, posicionándose mejor frente a las exigencias de una competitividad profesional en aumento”*.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> HIGHTON y ALVAREZ: *Ob. cit.*, pp. 400-401, También CAIVANO, GOBBI y PADILLA. *Ob. cit.*, pp. 74-76.

#### IV. OBSTÁCULOS PARA LA MEDIACIÓN

Resulta claro que la mentalidad litigiosa y la visión adversarial del abogado constituye uno de los obstáculos para la mediación y para los medios alternativos de resolución de controversias en general, a lo cual se une el desconocimiento y falta de experiencia en estos medios alternos y su funcionamiento, que conlleva un natural escepticismo y desconfianza en ellos. Algunos abogados ven al mediador como un rival que los sustituirá en su actividad quitándoles casos. Otros perciben la mediación como una amenaza a su ejercicio profesional y a sus ingresos. Al fin y al cabo, una solución rápida de la controversia como producto de la mediación, significa menos horas facturables al cliente.<sup>9</sup> Visto así, resulta un verdadero conflicto entre los intereses del cliente y los de su abogado. No puede negarse la existencia de una tensión entre ambos intereses, sobre todo en lo que concierne a los honorarios profesionales y la forma de facturarlos. Si el abogado factura su trabajo por horas, habría un incentivo para incrementar el tiempo trabajado, incluso de buena fe y en beneficio del cliente. Por el contrario, si el abogado cobra sobre base contingente, es decir, sobre lo que logre obtener de la contraparte, tenderá a querer resolver el caso lo más rápidamente posible, favoreciendo transacciones que podrían ser inconvenientes para el cliente. Si el abogado cobra una cantidad fija previamente estipulada, tendrá menos incentivo para esforzarse al máximo pues ganará lo mismo independientemente de su dedicación.<sup>10</sup>

#### V. EL ROL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Aquí es donde el abogado debe tomar conciencia de su rol como *solucionador de problemas (problem-solving approach)* y como *creador de valor (value-creating role)* para sus clientes. El abogado consciente de este rol se preocupa especialmente por manejar el problema del cliente y su solución, no sólo optimizando las ganancias sino minimizando los costos involucrados en el proceso, generando así valor a su cliente. La experiencia enseña que los clientes que perciben una genuina preocupación de sus abogados por reducirle los “costos transaccionales” en la solución de sus problemas,

<sup>9</sup> GOODMAN, Alan: *Basic Skills for the new Mediator*, Solomon Publications, Maryland, U.S.A., 1994, p. 40.

<sup>10</sup> MNOOKIN, Robert: *Beyond Winning*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, U.S.A., 2000, pp. 78-84.

muestran altísimos niveles de satisfacción que contribuyen decisivamente a la fidelidad de esos clientes para con sus abogados.<sup>11</sup> El estudio y la utilización de la mediación permiten fácilmente concluir que constituye un medio eficazísimo de solución de conflictos, idóneo para que las partes puedan llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso que ponga fin a la controversia, en un tiempo y a un costo que pueden ser sustancialmente inferiores a los que involucraría un largo litigio. De manera que la mediación es sin duda un mecanismo creador de valor para los clientes, que definitivamente redundará en beneficio del ejercicio profesional e ingresos del abogado.

Para la eficacia de la mediación está demostrada la conveniencia de que a las sesiones asistan las partes involucradas en la controversia, quienes pueden estar o no asistidas de sus abogados. Dicha eficacia tiene que ver con la participación en el proceso de los verdaderos involucrados o dolientes en el problema, que conocen los hechos y circunstancias del asunto, y que a la vez son los que mejor pueden decidir como resolverlo. La experiencia enseña que cuando las partes no asisten a la mediación y envían a sus abogados, resulta bastante cuesta arriba llegar a un acuerdo, sobre todo si los abogados no tienen habilidades o formación en técnicas de negociación efectiva o van a la mediación con actitud adversarial y no cooperativa. Los centros de mediación o conciliación suelen recomendar y exhortar a las partes a que asistan personalmente a las sesiones de mediación, y advierten que de no hacerlo será mucho menos probable que la mediación resulte exitosa.

Por otro lado, muchas veces la presencia de los abogados puede entorpecer la mediación. Es innegable que los abogados tienden a crear una atmósfera controversial y un ambiente de conflicto, aparte de que suelen pretender “robarse el show”, reduciendo la efectiva participación de las partes.<sup>12</sup> Sin embargo, los mediadores expertos y hábiles en comunicación normalmente saben conducir el proceso, sorteando las dificultades que se presentan a veces por las actitudes y comportamiento de los abogados. No es extraño que usen técnicas como reunirse en privado con las partes sin los abogados. Frente a las corrientes opuestas, una que sostiene que los abogados deben participar en la mediación, y otra que se opone radicalmente a ello pues considera que

<sup>11</sup> MNOOKIN, Robert: Ob. cit., pp. 119, 154.

<sup>12</sup> HOET-LINARES, Franklin: *La Mediación, Administración y Negociación de Justicia Alternativa*. Editorial Legis, primera edición, Caracas, 2005, p. 150.

no hacen sino perturbar el proceso, nos pronunciamos por la primera, ya que por una parte, no puede impedírsele a las partes asistir con sus abogados, y por otra, si los abogados están formados en este extraordinario medio de solución de conflictos pueden hacer una contribución invaluable para alcanzar un acuerdo satisfactorio para los clientes.

Es evidente el rol de asesoramiento legal que pueden prestar los abogados a las partes en la mediación. No puede prescindirse de su papel consultivo en diversos aspectos referentes al problema o controversia objeto de la mediación, y menos aún de su opinión legal con respecto a las propuestas que se hagan y a los posibles acuerdos y su redacción final. Normalmente las partes desean que su abogado revise el acuerdo final y los asesore acerca de sus implicaciones legales.<sup>13</sup> Pero tampoco puede olvidarse que en la mediación puede verse el problema desde una óptica más amplia, más allá de lo jurídico, y pueden enfocarse asuntos que no tienen significación para el Derecho, o que al menos son redefinidos en términos que permiten apartarse de la visión adversarial.<sup>14</sup>

Por nuestra parte pensamos que el rol del abogado en la mediación puede ir más allá del meramente consultivo. El abogado verdaderamente comprometido con los intereses de su cliente, que no son otros que la solución de la controversia de la manera más satisfactoria y eficiente posible, en el tiempo y al costo más favorable para éste, debe involucrarse proactivamente en el proceso de identificación de los intereses de las partes, de generación de opciones creativas para satisfacerlos lo mejor posible, y de proponer acuerdos basados en criterios legítimos y objetivos.

El abogado debe evitar trasladar a la mediación la conducta que adopta en la labor judicial, concentrando sus energías en argumentar frente al mediador acerca de la razón del cliente. Si bien esta conducta es necesaria en el proceso judicial, donde se trata de convencer a un tercero (juez) llamado a dirimir la controversia, en la mediación en cambio lo que una parte obtenga va a provenir de lo que la otra parte reconozca, acepte o conceda, y en consecuencia, la fuente de lo que se puede obtener no es un tercero con autoridad, sino la otra parte.<sup>15</sup> Hay que tener en cuenta, y hacerlo entender

<sup>13</sup> HOET-LINARES, Franklin: *Ob. cit.*, p. 141.

<sup>14</sup> SAN JUAN, Miriam: *Ob. cit.*, pp. 277-278.

<sup>15</sup> CAIVANO, GOBBI y PADILLA: *Ob. cit.*, p. 241.

a las partes y sus abogados en la mediación, que el mediador no tiene poder de decisión ni es su función resolver la controversia, lo cual implica que las partes y sus abogados no deben dedicarse a convencerlo de sus respectivas posiciones y de los fundamentos legales que los asisten.

Dado el cambio de dinámica que supone la mediación, es importante que el abogado se prepare y prepare convenientemente a su cliente para participar constructivamente en la mediación. Abogado y cliente deben comprender el sentido y el proceso de mediación, así como también que su participación es fundamental. Así como el abogado y su cliente se preparan para un litigio, también deben prepararse para la mediación, que no es otra cosa que prepararse para la negociación. En este sentido, el rol del abogado puede ser relevante, ya que puede ayudar a evaluar las posiciones legales de las partes, sus derechos y obligaciones, y los remedios legales disponibles, a fin de determinar los escenarios y alternativas que tienen las partes si no llegan a un acuerdo, y que como nos lo enseñan FISHER y URY, constituyen la verdadera fuente de la fuerza o poder en la negociación. La mejor alternativa al acuerdo negociado (MAAN) ayuda a identificar cuando un acuerdo es favorable o conveniente para la parte. Si el MAAN es mejor que la propuesta de acuerdo, quizás deba optarse por aquel. Si por el contrario, el MAAN no es mejor que la propuesta de acuerdo, ésta lucirá más aconsejable.<sup>16</sup>

En la mediación es recomendable expresar confianza en el proceso y en que pueda facilitar un acuerdo beneficioso para ambas partes. Es conveniente utilizar las herramientas y elementos de una comunicación eficaz, fundamentada en el respeto tanto al mediador como a las partes y sus abogados, el manejo y control adecuado de los sentimientos y emociones, en el saber escuchar atentamente a los demás y en la empatía o reconocimiento de los distintos puntos de vista o formas de ver las cosas, sin que ello necesariamente implique compartirlos. Se debe ser especialmente cuidadoso del lenguaje, tanto verbal como no verbal, que se utilice, procurando que las palabras no propicien una mayor escalada del conflicto sino que más bien contribuyan a desescalarlo.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> HOET-LINARES, Franklin: *Ob. cit.*, p. 145.

<sup>17</sup> Cfr. CAIVANO, GOBBI y PADILLA: *Ob. cit.*, pp. 241-243. Y para un estudio a fondo sobre las técnicas modernas de comunicación y conversación eficaz véase: STONE, Douglas, PATTON, Bruce y HEEN, Sheila. *Conversaciones Difíciles*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1999.

Los abogados y las partes deben estar conscientes de que no toda mediación será exitosa. A veces las partes pueden estar demasiado involucradas emocionalmente con la disputa como para resolverla. Otras veces las partes pueden no estar en capacidad de revelar y discutir aquello que los frena en la consecución de una solución al conflicto. Las percepciones pueden diferir de manera irreconciliable. Incluso el mediador podría no ser el más apropiado. En definitiva, la mediación podría fracasar por cualquiera de las innumerables razones por las cuales fracasan las relaciones humanas.<sup>18</sup>

No queremos terminar sin citar unas sabias palabras de CAIVANO, GOBBI y PADILLA, a propósito del auge de los medios alternativos de solución de conflictos:

“En la medida que esta tendencia se acentúe, en poco tiempo comenzarán a distinguirse los abogados que sepan cómo utilizar las herramientas que brindan los mecanismos alternativos, de aquellos que se hayan quedado atados a los esquemas tradicionales del litigio judicial como único remedio para ofrecer al problema del cliente. Los primeros podrán proponer un campo mucho más amplio y más eficiente de soluciones. El abogado que se adecúe a esta realidad correrá con grandes ventajas sobre el abogado tradicional, ya que estará capacitado para ofrecer algo más que un juicio. Si la demanda de la sociedad se intensifica, el que se quede en el tiempo y persista en la creencia de que litigar es el único modo de defender los derechos e intereses de su cliente, comenzará a perder no sólo imagen, sino clientela.”<sup>19</sup>

<sup>18</sup> GRAPPO, David: Answers to Litigator's Questions about Mediation; en *Handbook on Mediation*, American Arbitration Association, 2006, p. 192.

<sup>19</sup> CAIVANO, GOBBI y PADILLA: *Ob. cit.*, p. 72.

# Recursos de Terceros frente a Medidas Cautelares acordadas por Tribunales Arbitrales<sup>1</sup>

*Pedro Alberto Jedlicka Zapata*  
(Venezuela)<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Medidas Cautelares decretadas por el Tribunal Arbitral, excediéndose de los Límites de su Competencia. III. Medidas Cautelares decretadas por el Tribunal Arbitral dentro de los Límites de su Competencia.

<sup>1</sup> Conferencia dictada en Barcelona, España, con ocasión del IV Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje, denominado "El Arbitraje en la Crisis Económica", desarrollado entre el 21 y el 23 de junio de 2009.

<sup>2</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela, en el año 1995. Luego de obtener los títulos de Especialista en Derecho Mercantil y Especialista en Derecho Procesal de la misma Universidad, obtuvo una Maestría en Derecho Comercial Internacional en la Universidad de California, Davis, y más recientemente finalizó el programa de negociación en la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, Cambridge, MA. Es profesor de Teoría General de la Prueba y Resolución Alternativa de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello, así como de Derecho Procesal Civil en la Universidad Monteávila, donde también dirige el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Además, es miembro de la lista de árbitros y conciliadores del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Actualmente es socio coordinador del departamento de Litigios y Resolución Alternativa de Conflictos de la Firma Imery Urdaneta Calleja Itriago & Flamarique, en Caracas.

## I. INTRODUCCIÓN

La discusión acerca de la posibilidad de los árbitros de decretar medidas cautelares o provisorias dentro del arbitraje y, particularmente, las divergencias legales y doctrinarias respecto a la posibilidad de decretarlas aún antes de la constitución del tribunal arbitral, bien sea gracias a la colaboración preliminar de un tribunal judicial sin que ello implique una renuncia al acuerdo de arbitraje, o bien a través de la aún más polémica y discutida posibilidad de constitución de tribunales arbitrales provisorios o *ad hoc* que tengan competencia para decretar dichas medidas *inaudita parte*, ha centrado e incluso absorbido casi en su totalidad los estudios relacionados con este tema.

Y es que efectivamente se trata de una discusión apasionante, que ha evolucionado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros Tribunales y Cortes Hispanoamericanas, acercándose cada vez a un consenso y a la adopción de criterios uniformes, como consecuencia principalmente de la incorporación de disposiciones expresas sobre esta materia en un buen número de textos legales alrededor del mundo, y en los reglamentos de los principales centros nacionales e internacionales de arbitraje.

Sin embargo, dicha evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial no ha sido tan profunda y concluyente en lo que respecta al estudio de los recursos de que disponen los terceros que puedan verse afectados por dichas medidas cautelares, con el fin de hacer valer sus derechos o en definitiva procurar la impugnación o anulación de estas decisiones provisorias. Al contrario, observamos una divergencia importante de criterios en este sentido, principalmente entre aquellos que mayoritariamente han sostenido la imposibilidad de los terceros que no forman parte del acuerdo de arbitraje de acudir ante el tribunal arbitral para hacer valer sus derechos, quedando obligados a acudir a la vía judicial ordinaria<sup>3</sup>, y aquellos otros que, si bien dejan abierta la posibilidad de que el tercero pueda hacer valer sus derechos participando voluntariamente en el proceso de arbitraje con la venia de las

<sup>3</sup> Cfr. Entre otros: HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: "El Arbitraje Comercial en Venezuela", Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Caracas, 2000, p. 253; QUINTERO TIRADO, Mariolga: "De las medidas cautelares en el arbitraje", publicado en: "Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal", N° 1, LIVROSCA, C.A., Caracas, 1999, p. 82; SARMIENTO SOSA, Carlos: "Ley de Arbitraje Comercial", LIVROSCA, C.A., Caracas, 1999, pp. 62 y 63.

partes<sup>4</sup>, lo cierto es que vislumbran como mecanismo idóneo para lograr tales objetivos la posibilidad de solicitar por ante los tribunales judiciales competentes la nulidad de las decisiones que acuerdan dichas cautelares a través del recurso de nulidad de laudos arbitrales<sup>5</sup>, solución esta que fue acogida por la legislación española sobre arbitraje en su Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de 2003.

Es aquí donde, a los efectos de esta breve presentación, retomaremos parcialmente el análisis y discusión de esta figura, enfocándonos esencialmente en los recursos de que disponen los terceros afectados por medidas cautelares decretadas por Tribunales Arbitrales, y que podrían contribuir a salvaguardar sus derechos sin perjudicar los intereses de las partes involucradas en el proceso de arbitraje en el cual tales medidas fueron decretadas.

## **II. MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL, EXCEDIÉNDOSE DE LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA**

Hemos observado que, el enfoque adoptado por la doctrina internacional para pronunciarse respecto a las posibles oposiciones, impugnaciones o acciones de nulidad de que dispone el tercero para atacar la decisión del Tribunal Arbitral que decreta la medida cautelar que lo afecta, está mayormente orientado a la aplicación analógica de reglas relativas a las incidencias de oposición previstas en la legislación procesal de diversos países, las cuales persiguen atacar la legalidad y extensión de dichas medidas cautelares con el fin de lograr su revocatoria.

Así las cosas, quienes sostienen esta posición se orientan a concluir que los terceros no pueden intervenir en el proceso arbitral a fin de requerir un pronunciamiento de los árbitros respecto a dicha oposición, salvo que ello sea expresamente acordado con las partes involucradas en el arbitraje, sino que deben acudir a la vía judicial ordinaria, bien sea proponiendo tal oposición ante el tribunal de Primera Instancia que habría conocido regularmente de

<sup>4</sup> Cfr. BENETTI SALGAR, Julio: "El Arbitraje en el Derecho Colombiano", 2da. edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 178.

<sup>5</sup> Cfr. MEZGRAVIS, Andrés: "Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano", publicado en "Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila", N° 5, Altolitho, C.A., Caracas, 2004, p. 62.

dicha incidencia<sup>6</sup>; planteando el recurso extraordinario de nulidad contra el laudo arbitral provisorio que decretó dicha medida o; en todo caso, iniciar un proceso judicial por vía principal a través de una tercería de dominio o alguna figura similar.

Lo anterior es consecuencia, según se desprende de las exposiciones doctrinarias antes referidas, por un lado de uno de los efectos positivos<sup>7</sup> del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, que obliga a las partes a someter a arbitraje aquellas controversias indicadas en el respectivo acuerdo arbitral; y por el otro del derecho de las partes en el arbitraje de que su controversia sea resuelta sin la intervención de terceros que no formen parte de la respectiva cláusula compromisoria<sup>8</sup>.

La propia jurisprudencia de arbitraje internacional ha señalado que, el contenido de la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral debe interpretarse de forma estricta y restrictiva, adquiriendo un carácter instrumental en el arbitraje. Lo que implica que los árbitros no podrán resolver asuntos que no hubieren sido sometidos a su conocimiento<sup>9</sup>. Por esta razón, sólo resultaría admisible la intervención de terceros en el arbitraje en la medida que decidan voluntariamente intervenir en el proceso y las partes consientan expresamente en ello<sup>10</sup>.

No podemos disentir, por supuesto, de la superioridad del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, así como del tercero a ser incorporado al arbitraje, frente a las formalidades propias del proceso arbitral pues, concordamos en que dada la independencia y autonomía del acuerdo de arbitraje, resulta perfectamente posible que las partes decidan modificarlo

<sup>6</sup> HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Ob. cit.*, p. 253

<sup>7</sup> Cfr. DE JESÚS O., Alfredo: "Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano", publicado en: "Arbitraje Comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 102

<sup>8</sup> Cfr. BENETTI SALGAR, *Ob. cit.*, p. 176.

<sup>9</sup> Al respecto, la jurisprudencia sentada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en diversos laudos, hace referencia a dicha interpretación restrictiva del alcance del acuerdo de arbitraje, como es el caso de los laudos arbitrales dictados tanto en el asunto N° 2138 de 1974, como en el asunto N° 7920 de 1993, sometidos a la consideración de la Corte Internacional de Arbitraje. Cfr. BORN, Gary: "International Commercial Arbitration: commentary and materials", 2da. edición, Kluwer Law International, 2001, p. 318.

<sup>10</sup> Cfr. MEZGRAVIS, Andrés: *Ob. cit.*, p. 57.

aún durante el proceso arbitral a efectos de extender los asuntos que puedan ser sometidos a arbitraje (siempre que se trate por supuesto de materias disponibles), e incluso incorporar nuevos sujetos con el fin de que puedan dirimir sus diferencias en un mismo proceso.

Pensamos que estas conclusiones tan rígidas o excluyentes aplican en todo caso a supuestos en los cuales el tribunal arbitral, actuando dentro de los límites de su competencia, hubiere decretado una medida cautelar cuya ejecución o práctica hubiere afectado los derechos o intereses de un tercero. Sin embargo, diferimos en el hecho de que, en nuestra opinión, tal intervención del tercero no puede denegarse o prohibirse (aún sin la anuencia de las partes) en aquellos casos en que el tribunal arbitral se hubiere excedido del límite de sus competencias, y hubiere resuelto sobre asuntos que no formaren parte de las materias sometidas arbitraje, o en definitiva que no afectaren o involucraren los bienes o derechos objeto de la controversia, sino que afectaren únicamente los intereses o derechos del tercero.

Tal vez las situaciones más características que podemos citar para ejemplificar este supuesto, se producen cuando estas medidas cautelares son decretadas y luego practicadas o ejecutadas sobre bienes específicos que no guardan relación con el *thema decidendum* del arbitraje, y que resultan ser de la exclusiva propiedad del tercero, sin afectar en forma alguna la esfera jurídica de la parte contra la cual dichas medidas debían ser decretadas y, mucho menos, garantizar las resultas del arbitraje<sup>11</sup>.

Paradójicamente este puede resultar uno de los supuestos más comunes que despierten en el tercero el interés de solicitar la revocatoria, impugnación o nulidad de la decisión provisoria del tribunal arbitral que decretó dichas medidas cautelares, al punto que constituye el supuesto mejor regulado de oposición contra medidas de esta naturaleza, no sólo en el Código de Procedimiento Civil venezolano sino en diversos textos normativos procesales de la región.

<sup>11</sup> Al respecto, José Luis Bonnemaïson W. ha señalado que lo importante es que, en ejercicio del poder cautelar atribuido a los árbitros, se puedan decretar las medidas procedentes con el fin de asegurar mediante una decisión final justa y efectiva, los resultados del procedimiento arbitral, siempre que dichas medidas no afecten bienes o intereses que estén fuera del concepto real o de objeto en litigio. Cfr. También BONNEMAISON W., José Luis: "Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial", Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas, 2006, p. 73.

Vale destacar que, no nos referimos aquí al supuesto de medidas cautelares abiertas o de aplicación general, donde la selección de los bienes o derechos sobre los cuales recaen se produciría en definitiva al momento en que tales medidas son practicadas por el tribunal ejecutor respectivo, sino que partimos del supuesto en el cual los bienes o derechos específicos sobre los cuales recaerían estas medidas habrían sido determinados *a priori* y con suficiente precisión por el tribunal arbitral al momento de dictar esta decisión provisoria.

Ahora bien, independientemente de la posibilidad que tendría el tercero de presentar ante el tribunal judicial de ejecución, pruebas suficientes que demuestren su propiedad sobre los bienes objeto de dichas medidas cautelares, lo que muy probablemente daría lugar a que dicho tribunal de ejecución se abstuviera de practicar la medida, lo cierto es que el tribunal arbitral podría haberse excedido de los límites de su propia competencia al decretar tales medidas cautelares sobre bienes o derechos específicos de terceros que no guardan relación con las materias sometidas a arbitraje.

Consideramos en tal sentido que el tercero, a efectos de verificar el exceso de competencias en que ha incurrido el tribunal arbitral y, por tanto, la procedencia de sus defensas, no requeriría siquiera tener acceso al expediente confidencial del arbitraje pues, siendo el caso que la decisión que acuerda la medida cautelar de que se trata equivale a un laudo provisorio, éste debe contar con una motivación suficiente, clara y precisa a efectos de permitir a la autoridad competente del país donde será ejecutado, proceder a su reconocimiento.

Dentro de este contexto, dicha motivación debería describir el alcance del acuerdo de arbitraje del cual se desprenden las facultades bajo las cuales el tribunal arbitral decretó la medida cautelar en cuestión. Además, debería incluir una referencia a las partes involucradas en dicho arbitraje, las materias efectivamente sometidas a la decisión de árbitros y, de tratarse de un arbitraje institucional, la referencia a la institución que administra el proceso arbitral. Todo ello con el fin de garantizar el reconocimiento de dicha decisión cautelar por parte del tribunal judicial de ejecución, previa verificación de cumplimiento de los parámetros mínimos establecidos en las convenciones o leyes internas sobre la materia, entre las cuales podemos destacar por supuesto la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Bajo estas circunstancias, la sola motivación del laudo provisorio por el cual se decreta la respectiva medida cautelar, debería resultar suficiente para que el tercero pueda determinar cualquier exceso de competencias o facultades en que pueda haber incurrido el tribunal arbitral al momento de decretar la medida, y en tal sentido preparar sus defensas. Pero no para hacerlas valer únicamente a través de la vía principal o incidental de oposición que ha analizado la doctrina, sino a través de su participación directa en el arbitraje para presentar los argumentos y elementos fehacientes de prueba que demuestren el exceso de competencias y/o facultades en que ha incurrido el tribunal arbitral al decretar esta medida.

La situación, en nuestra opinión, plantea una legitimación activa similar a la de la parte que es llamada al arbitraje en virtud de un acuerdo de arbitraje inválido o inexistente, o cuando la materia sometida a arbitraje excede de los límites establecidos en dicho acuerdo. En tales supuestos no se discute la posibilidad que tiene la parte demandada, cuya participación en el arbitraje resultaría igualmente fríta y ajena al alcance del acuerdo de arbitraje, de hacer valer una excepción en la cual requiera al Tribunal Arbitral, en base al principio *Kompetenz Kompetenz*, resuelva acerca de su propia competencia y la validez del acuerdo de arbitraje o, en todo caso, excluya del proceso arbitral a la parte promovente de dicha excepción.

En el caso que planteamos, los derechos e intereses del tercero se ven forzosamente afectados en virtud de una decisión cognitiva y provisorio de un Tribunal Arbitral que se ha excedido sus facultades jurisdiccionales y de los límites de su competencia establecidos en el acuerdo de arbitraje<sup>12</sup>. Al respecto, y considerando el carácter cognitivo y provisorio de esa decisión, no hay duda de que el Tribunal Arbitral mantendría aún el conocimiento del asunto hasta tanto se dicte un laudo definitivo que de por terminada su función jurisdiccional. De allí que, en caso de percatarse que se ha excedido efectivamente de los límites de su competencia en perjuicio de un tercero, dicho Tribunal Arbitral podría, e incluso debería, revocar su decisión cautelar conforme al mismo principio *Kompetenz Kompetenz*.

<sup>12</sup> En este sentido Claudia Madrid, citada por BONNEMAISON W.: *Ob. cit.*, p. 73, ha sostenido: "En nuestro sentir, lo que no se permite dentro del arbitraje, es decretar cualquier tipo de medidas que recaigan sobre bienes que no sean objeto del litigio y así lo establecen todos los instrumentos que hemos estudiado y que otorgan poder cautelar a los árbitros" Cfr. también MADRID, Claudia C.: "*Medidas Cautelares y Arbitraje*" publicado en "*Liber Amicorum: Homenaje a Tatiana Maeklet*", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.

Es importante recalcar, ante todo, el carácter efectivamente cognitivo de la decisión<sup>13</sup> pues, el análisis de las condiciones que dieron lugar a decretar las medidas cautelares que lesionan los derechos de dicho tercero, es producto del conocimiento que tiene el Tribunal Arbitral de los hechos y pruebas planteadas por la parte solicitante de la medida en el arbitraje. No se trataría simplemente en este caso, de un error o exceso del tribunal judicial ejecutor al momento de verificarse la selección de los bienes sobre los cuales se va a ejecutar o practicar la medida, sino de un verdadero exceso de competencias o funciones de parte del Tribunal Arbitral, cuya consecuencia se traduciría en extender irritamente su facultad jurisdiccional sobre la esfera jurídica de ese tercero.

Por otro lado, al tratarse en este caso de una decisión que decreta una medida cautelar, ésta adquiere un carácter provisorio que la termina distinguiendo verdaderamente del resto de las decisiones que puede dictar el tribunal arbitral durante el proceso. Dicha provisoriedad ha sido explicada por la doctrina más calificada, como un concepto aún más restringido que el de temporalidad pues, mientras este último trae la idea de aquello que no dura siempre, en el entendido que los efectos temporales permanecen independientemente de que sobrevenga algún evento, el carácter provisorio de estas decisiones implica que sus efectos durarán hasta que sobrevenga un evento sucesivo, que bien podría derivarse de las pruebas presentadas por el tercero interviniente, con lo cual la limitación en el tiempo de estas decisiones resulta aún mayor. Esto es lo que ha permitido a algunos autores a equiparar este carácter provisorio de las decisiones cautelares con el término interino<sup>14</sup>.

Esto explica la inclusión en la reciente modificación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional del 2006, de un capítulo dedicado a las Medidas Cautelares, en el cual se señala, entre otras disposiciones muy relevantes, la posibilidad del tribunal arbitral de modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que hubiere

<sup>13</sup> La doctrina tradicional ha equiparado incluso la cognición sobre la cual se basa el tribunal para decretar estas medidas, con la cognición ordinaria que le permite resolver el fondo de la controversia, siendo el carácter provisorio de la decisión el que verdaderamente los distingue. Cfr. CALAMANDREI, Piero: "Providencias Cautelares", traducción de Marino Ayerra Merín, Librería el Foro, S.A., Buenos Aires, 1996, p. 40.

<sup>14</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: *Ob. cit.*, p. 36.

otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia<sup>15</sup>.

Si bien el tercero en este caso no pretende propiamente la revocatoria o modificación de la medida como consecuencia de una verdadera oposición a dicha cautelar sino mas bien, una decisión en torno al exceso de competencias en que ha incurrido el tribunal arbitral al decretar la medida preventiva en cuestión, lo cual violaría por demás uno de los principios instrumentales del proceso de arbitraje que comprometería su validez de cara a un eventual recurso de nulidad, pensamos que resultaría forzoso para el Tribunal Arbitral verificar la procedencia de dicho reclamo o excepción de incompetencia planteado por el tercero a efectos de modificar o incluso revocar la medida cautelar en discusión.

Respecto al procedimiento aplicable a dicha excepción, considerando que ésta surge a partir de una actuación introducida por un tercero que no es parte del proceso arbitral, pensamos conforme a los principios más estandarizados que en este sentido recogen los reglamentos de los principales centros internacionales de arbitraje, así como leyes modelo y la mayoría de las legislaciones internas sobre la materia, que a falta de acuerdo de las partes con el tercero respecto a dicho procedimiento, el Tribunal Arbitral como rector del proceso, podrá dirigir dicho procedimiento de la forma que considere más apropiado<sup>16</sup>, salvaguardando por supuesto su imparcialidad y el derecho de igualdad que tiene el tercero y las partes del arbitraje para exponer su caso en iguales condiciones.

Todo lo anterior protegería no sólo la integridad y legalidad del proceso arbitral, de cara a un eventual recurso de nulidad, sino particularmente la confidencialidad del arbitraje que, como hemos dicho, no necesariamente

<sup>15</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: "Sección 3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares. Artículo 17 D. Modificación, suspensión, revocación. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes".

<sup>16</sup> Cfr. entre otros: Art. 19 (2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Art. 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI; Art. 20 JAMS International Arbitration Rules; Art. 16 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) de la American Arbitration Association (AAA).

se vería afectada con la intervención del tercero pues, la sola motivación que debe cumplir el laudo provisorio que ha decretado la medida, debería resultar suficiente para determinar el exceso del tribunal arbitral y, por tanto, la procedencia o no del reclamo presentado por el tercero. Al contrario, tal confidencialidad muy probablemente se vería seriamente afectada en caso que la revisión de la procedencia de la medida cautelar quedara sometida a los tribunales judiciales ordinarios. Y es que al tratarse de una decisión cognitiva cuya revisión requiere a todas luces el conocimiento de los hechos y de las pruebas que dieron lugar al decreto de la respectiva medida cautelar, muy probablemente las actas del expediente del arbitraje quedarían sometidas al principio de publicidad que regiría el procedimiento incidental o principal que tenga a bien iniciar el tercero por ante los tribunales judiciales ordinarios<sup>17</sup>.

Incluso, no podemos descartar que dicha revisión judicial entorpezca el normal desenvolvimiento del arbitraje, afectando la celeridad y eficiencia que debe caracterizarlo, por no mencionar las consecuencias económicas y el deterioro de relaciones entre las partes involucradas en el arbitraje que dicho retardo procesal puede provocar.

Es por ello que observamos con cuidado la disposición incluida en la legislación española sobre arbitraje, en su Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, que prefirió acabar con la discusión doctrinaria respecto a la naturaleza de las decisiones cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales, estableciendo que tales decisiones, cualquiera que sea la forma que revistan, estarán sujetas a las normas sobre anulación de los laudos<sup>18</sup>.

Al definirse expresamente el procedimiento de anulación de laudos arbitrales a que hace referencia la legislación española, como la vía prevista para la intervención u oposición del tercero afectado por la medida caute-

<sup>17</sup> Cfr. HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Ob. cit.*, p. 268.

<sup>18</sup> Un sector importante de la doctrina internacional ha apoyado esta solución pues, no hay dudas de que establece un procedimiento claro que permite a los terceros ejercer sus derechos y defensas frente a decisiones cautelares arbitrales que los afecten, evitando así se vean forzados a acudir a la vía judicial ordinaria para iniciar procedimientos que resulten muchos menos efectivos y que no contribuyan de forma cierta y rápida a restituir la situación jurídica infringida. Cfr. en Venezuela: MEZGRAVIS, Andrés: "Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano", publicado en "Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila", N° 5, Altolitho, C.A., Caracas, 2004, p. 61.

lar en cuestión, podría estarse restringiendo definitivamente, y al mismo tiempo, cualquier posibilidad del tercero de solventar las lesiones causadas por la medida cautelar en cuestión directamente ante el Tribunal Arbitral que decretó dicha medida. Y es que una interpretación restrictiva de dicha norma implicaría limitar definitivamente la actividad del tercero, al sólo recurso de nulidad a ser interpuesto por ante los tribunales ordinarios del lugar en el cual se haya solicitado el reconocimiento y ejecución de dicha medida cautelar, con los retrasos e inconvenientes prácticos que ello seguramente implica<sup>19</sup>.

Además, nos preocupa que la decisión que pueda resolver el referido recurso de nulidad en sede jurisdiccional ordinaria, muy probablemente se limitará a la anulación pura y simple de la decisión recurrida, sin resolver acerca de la posibilidad de modificar el alcance de la medida cautelar decretada por el Tribunal Arbitral, para que al menos mantenga parcialmente

<sup>19</sup> Al respecto, la exposición de motivos de la referida Ley 60/2003 señala expresamente que la disposición contenida en el artículo 23 de esta Ley de Arbitraje "... no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares". Y finalmente señala que "...las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal". Si bien una primera lectura de la referida exposición de motivos pareciera señalar que la disposiciones previstas en dicha norma, resultan alternativas y concurrentes con las potestades judiciales en materia cautelar, lo cual aplicado al punto que nos interesa de la oposición del tercero a dicha cautelar pudiera interpretarse como la consagración de la potestad alternativa del tercero de acudir a la vía jurisdiccional ordinaria o a la vía arbitral para resolver estas incidencias, lo cierto es que una mejor lectura de la explicación contenida en dicha exposición de motivos parece consagrar tal alternabilidad únicamente en lo que respecta a la adopción de medidas cautelares. Dicho de otra manera, la exposición de motivos realmente desarrolla el supuesto del poder cautelar del árbitro en lo que respecta a decretar o adoptar medidas cautelares, dejando claro que dicha potestad no impide a las partes acudir ante la jurisdicción ordinaria a solicitarlas. Ahora bien, extender la interpretación de los presupuestos contenidos en dicha exposición de motivos al supuesto del numeral 2º del mismo artículo 23 de la Ley de Arbitraje 60/2003, como lo es la oposición que podrían intentar los terceros afectados contra dichas medidas cautelares, resulta un poco atrevido y alejado de lo que pareciera quedar sentado en esta disposición. Al contrario, la lectura concatenada del numeral 2º del artículo 23 de la Ley de Arbitraje 60/2003 con lo descrito en la exposición de motivos aquí referida, puede conllevar a la conclusión de que el único recurso del que dispone el tercero contra el laudo provisorio dictado por el Tribunal Arbitral a efectos de decretar la medida cautelar tantas veces referida, es el recurso de nulidad, lo cual echaría por tierra y descartaría de plano las soluciones o alternativas que analizamos a lo largo de esta presentación, con implicaciones que en nuestro criterio pueden resultar mas bien negativas.

su propósito cautelar en resguardo de los intereses de la parte solicitante de la medida, como bien lo permiten las nuevas reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006.

Si bien la Convención de Nueva York ha establecido expresamente las facultades del Tribunal Ordinario para decretar la nulidad parcial de los laudos arbitrales<sup>20</sup>, no podemos descartar que, bajo ciertas circunstancias, dicha nulidad parcial no permita armonizar los derechos de la parte que ha solicitado la medida cautelar en cuestión, que podría ver afectada hasta en un cien por ciento (100%) la protección cautelar obtenida, con aquéllos del tercero afectado con la decisión, resultando forzosa una modificación del laudo para alcanzar dicho objetivo, sin entrar propiamente a declarar su nulidad.

Lo anterior implicaría, ante todo, un análisis preciso y exhaustivo por parte del Tribunal Ordinario que conoce del recurso de nulidad, que le permita separar las materias sobre las cuales el Tribunal Arbitral ha cometido el exceso, de aquellas que efectivamente están comprendidas dentro del alcance del acuerdo de arbitraje, para luego definir la posibilidad de resolver la situación jurídica infringida al tercero y proteger al mismo tiempo los derechos del solicitante de la medida, mediante la declaratoria de nulidad parcial del laudo en cuestión.

Y en el escenario en el cual la nulidad parcial del laudo no permita alcanzar tales objetivos, requiriéndose definitivamente la modificación de dicha decisión cautelar, resultaría forzado entrar en un análisis aún más complejo respecto a la competencia y/o jurisdicción del Tribunal Ordinario para modificar, a través de un recurso de nulidad, la decisión cautelar dictada por el Tribunal Arbitral, todo lo cual por razones de tiempo lamentablemente no podemos desarrollar y agotar en esta conferencia.

Lo cierto es que preferimos la omisión en que incurren muchas de las principales leyes, convenciones e incluso los reglamentos de los principales centros internacionales de arbitraje respecto a los recursos de que disponen los referidos terceros para atacar las medidas cautelares que los afecten. Y es que tales omisiones, en nuestro criterio, dejarían abierta la posibilidad de que esos terceros participen directamente en el arbitraje de que se trate

<sup>20</sup> Cfr. Artículo V (c) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 10 de junio de 1958.

poniendo a tal efecto una excepción de incompetencia ante el Tribunal Arbitral, con el fin de que éste tome las decisiones que considere pertinentes para resolver la infracción en que hubiere incurrido, bien sea revocando o modificando, aún de oficio, la cautelar decretada.

No podemos decir, sin embargo, que la solución planteada en este análisis logre satisfacer plenamente o al menos evitar todas las lesiones que pudiera sufrir el tercero afectado con ocasión de la práctica de la medida pues, no serán pocos los casos en que la medida sea decretada por el Tribunal Arbitral dentro del ámbito de sus facultades y competencias, y aún así resulten lesionados o afectados los derechos de terceros, caso en el cual se presentaría el escenario que analizaremos a continuación.

### III. MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DENTRO DE LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA

El Tribunal Arbitral dispone de potestades cautelares amplias que le permiten decretar medidas nominadas o innominadas (ordinarias o atípicas)<sup>21</sup> para asegurar que los derechos de una de las partes en el arbitraje no se tornen

<sup>21</sup> Con esta afirmación contradecimos las planteadas por un sector minoritario de la doctrina, entre los cuales merece citar en Venezuela a SARMIENTO SOSA, según las cuales "... el tribunal arbitral no podrá decretar medidas cautelares que competen a los órganos jurisdiccionales porque, los árbitros carecen de la autoridad para ejercer la función jurisdiccional atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República...". Lo que sí podría hacer el tribunal arbitral, en criterio de SARMIENTO SOSA, "... es acordar medidas provisionales necesarias o providencias tutelares anticipadas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes respecto del objeto del litigio". (Cf. SARMIENTO SOSA, Carlos: *Ob. cit.*, pp. 55 y 56). Diferimos del criterio planteado por este autor pues, siendo el caso que aún las medidas provisionales necesarias o providencias tutelares a que hace referencia podrían ser decretadas por los tribunales judiciales ordinarios a través de medida cautelares innominadas, aceptar lo que plantea SARMIENTO SOSA nos obligaría a concluir que los tribunales arbitrales carecerían definitivamente de facultades cautelares de cualquier tipo, aún en lo que respecta a las medidas que el autor califica de tutelares o provisionales. Y es que, en nuestra opinión, la distinción que realiza SARMIENTO SOSA respecto a las medidas provisionales o cautelares que pueden decretar los Tribunales Judiciales Ordinarios y los Tribunales Arbitrales, no existe desde el punto de vista de la naturaleza provisoria y cautelar de dichas decisiones ni desde el punto de vista práctico. Simplemente se ha limitado la facultad cautelar del Tribunal Arbitral a la fase cognitiva de revisión y establecimiento de las circunstancias que permitirían el decreto de la medida, excluyendo la fase ejecutiva, o actividades de policía o funciones de imperio a través de las cuales se produciría la ejecución o práctica de la medida. Y es que no tenemos dudas, como bien señala SARMIENTO SOSA, de que la tutela coactiva de los derechos está efectivamente reservada al Estado.

eventualmente ineficaces<sup>22</sup>. Tal extensión en el ámbito de las medidas cautelares a ser dictadas en un proceso de arbitraje, nos permite evaluar situaciones, no poco frecuentes, en que el Tribunal Arbitral, a pesar de actuar en el ámbito de sus facultades y competencias derivadas del alcance de la cláusula compromisoria, pueda decretar una medida cautelar que afecte los bienes o derechos de un tercero, y que lo legitime para atacar dicha decisión.

Bajo este escenario, la discusión respecto a la posibilidad de admitir la intervención de terceros en el proceso arbitral adquiere un mayor complejidad. Ya no se trata simplemente de que el tercero se presente ante el Tribunal Arbitral a fin de que éste último revise el alcance de sus competencias o facultades y se percate de algún exceso, sino que las características de la situación planteada obligaría al Tribunal Arbitral a revisar, a solicitud del tercero, la legalidad y procedencia de la medida cautelar en base a los argumentos de fondo y de hecho que han presentado las partes en el arbitraje y que le han llevado a decretarla. Tal es el caso de la revisión, entre otros, del *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho, el *periculum in mora* o el peligro de que quede ilusoria la ejecución del laudo y, en algunos casos especiales, el *periculum in damni* o temor fundado de que se causen lesiones graves o de difícil reparación<sup>23</sup>.

Esta revisión de hechos y de causales de fondo a que se vería forzado el Tribunal Arbitral para resolver la incidencia que eventualmente pudiera plantear el tercero afectado por la medida, sí requeriría en nuestra opinión y acogiendo la doctrina mayoritaria sobre esta materia, del consentimiento de las partes involucradas en el arbitraje para que resultara admisible tal intervención.

Vale la pena, sin embargo, hacer referencia a una reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 17 de octubre de 2008, por demás muy favorable al arbitraje comercial en Venezuela y muy discutida en materia de inversiones, que tímidamente ha hecho referencia a esta situación pero que deja abierta una discusión y un abanico de posibilidades muy interesante y favorable al arbitraje pues, luego de afirmar los poderes cautelares de los árbitros señalando que el órgano arbitral cons-

<sup>22</sup> ANZOLA, J. Eloy: "¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?", publicado en "Revista Internacional de Arbitraje" N° 4, Legis Editores, S.A. . Bogotá, 2006, p. 105.

<sup>23</sup> ANZOLA, J. Eloy: *Ob. cit.*, p. 106.

tituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, la Sala se extiende a hacer referencia a la potestad implícita del Tribunal Arbitral para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en contra de tales medidas<sup>24</sup>.

Lamentablemente, la Sala Constitucional no se extiende un poco más sobre este punto para aclarar el alcance y contenido de esta afirmación, y de esta manera precisar los supuestos en que efectivamente pudiera considerarse competente al Tribunal Arbitral para conocer y resolver dichas oposiciones. Por lo que, afirmar simplemente que dicha ratificación, al no presentar distinciones, podría extenderse pura y simplemente a los terceros afectados por la medida cautelar de que se trate, aunque no sean parte del acuerdo de arbitraje, puede resultar un tanto apresurada a la luz de los principios que hemos analizado anteriormente. Y es que debemos partir siempre de la limitada potestad jurisdiccional de que dispone el Tribunal Arbitral frente a un tercero que no le ha atribuido tal facultad.

Sin embargo, esta sentencia precisa al menos el carácter provisorio y, particularmente, cognitivo que claramente el Tribunal Supremo de Justicia le atribuye a las decisiones cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales, lo que nos permite ratificar con sustento jurisprudencial, muchas de las afirmaciones que hemos presentado a lo largo de esta presentación.

Por otro lado, y en un ámbito más local, dicha doctrina jurisprudencial ratificaría de alguna manera lo planteado en el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), vigente a la fecha de

<sup>24</sup> Cfr. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.htm>. Señala en particular dicha sentencia: "... La Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros..."

realizar esta presentación. Dicho Reglamento ofrece una salida que podríamos calificar de innovadora, al dejar a la voluntad del tercero la posibilidad de comparecer en el proceso de arbitraje y someterse a las reglas que a tal efecto han acordado las partes, a fin de oponerse a la medida cautelar que le afectare mediante escrito a ser presentado por ante la Secretaría de dicha institución, con el fin de que el Tribunal Arbitral que hubiere decretado la medida conozca de dicha oposición y pueda eventualmente revocar o modificar esa cautelar<sup>25</sup>.

Siendo dicha disposición aplicable a las partes que han acogido el reglamento del CEDCA como norma adjetiva para definir el procedimiento aplicable al arbitraje, claramente dicha disposición constituye la manifestación de voluntad y consentimiento de dichas partes que permite extender el ámbito de los sujetos y materias que pudieran incorporarse al arbitraje, a la oposición que pudiera presentar el tercero con ocasión de la medida cautelar que lo afecta. Todo ello por supuesto sujeto a la participación voluntaria de ese tercero en dicho arbitraje, si éste así lo considerare pertinente<sup>26</sup>. Y lo que resulta aún más destacable de esta disposición, es que dicha posibilidad de intervención del tercero en el proceso arbitral en forma alguna restringe los derechos de este último de acudir a la vía judicial ordinaria para hacer plantear sus pretensiones o defensas, o incluso introducir el recurso extraordinario de nulidad contra dicho laudo provisorio por ante los Tribunales competentes en Venezuela.

Si bien puede resultar redundante alabar este último beneficio que se desprende de las características en que ha sido redactada la disposición incluida en el reglamento del CEDCA pues, evidentemente los terceros que no forman parte del acuerdo de arbitraje y que, por tanto, no han manifestado consentimiento alguno de someterse a las disposiciones previstas en dicho

<sup>25</sup> Cfr. Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA): Artículo 35.4: "*Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante el Director Ejecutivo, en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro. El Tribunal Arbitral que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición, sin perjuicio de que en los casos a que se refiere el numeral 29.2, a solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 16 ó 17 de este Reglamento, también revise dichas actuaciones y revoque, modifique, suspenda o confirme la medida dictada, o exija la ampliación de la garantía otorgada, o declare que esta garantía ya no es necesaria*".

<sup>26</sup> Cfr. MEZGRAVIS, Andrés: *Ob. cit.*, pp. 56 y 57.

reglamento, mal podrían sentirse obligados o compelidos a someter ante un Tribunal Arbitral sus defensas u oposiciones respecto a las medidas preventivas antes mencionadas, lo cierto es que la utilización del verbo “podrá” en la disposición en cuestión, permite dejar en claro que la participación del tercero en el proceso arbitral y, en tal sentido, la posibilidad de someter la decisión de la oposición a la medida a los árbitros designados por las partes en dicho arbitraje, resulta totalmente voluntaria y no limita jamás la posibilidad de ese tercero de acudir a la vía judicial ordinaria a fin de hacer valer sus derechos, con lo cual queda descartado el temor que han manifestado algunos autores de que se pueda lesionar con este tipo de disposiciones el derecho fundamental de los terceros de someter sus controversias a sus jueces naturales<sup>27</sup>.

En todo caso, en ausencia de manifestaciones expresas del consentimiento de las partes del arbitraje respecto a la participación del tercero en aquellas incidencias que puedan surgir con ocasión de las medidas cautelares aquí comentadas, bien sea porque tal intervención no ha sido expresamente incluida dentro del alcance del acuerdo de arbitraje, o porque el reglamento al que se hayan acogido las partes para regular el procedimiento arbitral no lo prevea, o incluso porque tal consentimiento tampoco se haya perfeccionado al momento en que se verificó la intervención del tercero que aquí nos planteamos, consideramos que tal intervención del tercero resultaría inadmisibles pues claramente lesionaría el derecho de las partes a resolver sus controversias ante los árbitros que han elegido sin la intervención de sujetos extraños al proceso. Y es que dicho tercero no puede obligar a las partes para que le permitan intervenir<sup>28</sup>.

Por supuesto, nos referimos en este caso a la intervención del tercero con el fin de provocar la revisión de la decisión cautelar que, a pesar de haber sido dictada por el Tribunal Arbitral dentro del ámbito de sus funciones y competencias, ha lesionado los derechos de terceros que no son parte del procedimiento arbitral pues, tal como lo hemos sostenido anteriormente, en los supuestos en que tal decisión es dictada por el Tribunal Arbitral en clara contravención a las potestades y competencias que le son atribuidas

<sup>27</sup> Cfr. GABALDÓN, Frank: *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca C.A., Caracas, 1999, p. 110.

<sup>28</sup> BENETTI SALGAR, *Ob. cit.*, p. 176

en virtud de lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje suscrito entre las partes, entonces el tercero podría acudir directamente ante el Tribunal Arbitral a efectos de hacer valer una excepción de incompetencia que le permita a los árbitros, aún de oficio, revisar, modificar o incluso revocar dicha decisión.

Ahora bien, no podemos dejar de comentar en este sentido, que a diferencia de lo ocurrido en el procedimiento judicial ordinario, en el cual el tercero opositor que desea plantear su incidencia en el juicio pendiente debe aceptar el procedimiento en el estado en que se encuentra, debiendo someterse entre otras cosas a la decisión del tribunal que tiene el conocimiento de la causa<sup>29</sup>, en el caso del procedimiento arbitral, aún cuando las partes hayan consentido en la intervención del tercero como ocurre en el supuesto analizado del reglamento del CEDCA, lo cierto es que el tercero no estaría obligado a someter la decisión de su oposición a un tribunal arbitral en cuya designación no ha tenido ninguna injerencia.

De esta manera, claramente el consentimiento inicialmente manifestado por las partes para permitir la intervención de dicho tercero en el proceso arbitral, debe perfeccionarse con el consentimiento expreso o aún tácito de este último de someterse a las reglas o al procedimiento elegido por las partes para el desarrollo del arbitraje en curso, incluyendo por supuesto su conformidad de someter la decisión de la incidencia al tribunal arbitral previamente constituido. Ello por supuesto no excluye la posibilidad de que las partes puedan definir consensualmente con el tercero alguna regla especial de procedimiento, que incluso pensamos podría extenderse hasta la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc*, con el fin de resolver la incidencia de oposición planteada por dicho tercero y que permita garantizar o salvaguardar a todos los involucrados su derecho a la defensa, al debido proceso y a ser juzgados por sus jueces naturales. Y es que transportando dichos principios al procedimiento arbitral, se requeriría garantizar que la decisión de esta incidencia de oposición sea tomada por árbitros imparciales, responsables e independientes<sup>30</sup>, y ello sólo es posible en la medida en que todos los involucrados en el proceso tengan al menos la oportunidad

<sup>29</sup> Salvo por supuesto que surjan causales extraordinarias que conlleven a la inhibición o recusación de los jueces

<sup>30</sup> La imparcialidad e independencia del sentenciador, junto a su inamovilidad y responsabilidad, son elementos que caracterizan el derecho fundamental de los ciudadanos a ser juzgados por sus jueces naturales.

de participar en la designación de los árbitros, o incluso recusar a aquellos árbitros que puedan estar inmersos en alguna causal de recusación, salvo que alguna de las partes o el tercero decidan renunciar expresa o tácitamente a tales potestades.

Por supuesto, al tratarse en definitiva de un laudo provisorio dictado por un tribunal arbitral, dicha decisión cautelar estará sujeta a las mismas causales de nulidad a que están sujetos los laudos arbitrales definitivos. De esta manera, el tercero siempre dispondrá del recurso de nulidad a ser intentado por ante las autoridades competentes de cada país en el cual se pretenda ejecutar la medida cautelar en cuestión que, en el caso de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, lo constituyen los Tribunales Superiores competentes<sup>31</sup>.

Esta posibilidad de acudir al recurso de nulidad, es consecuencia de la característica misma de laudo provisorio que reviste la decisión cautelar dictada por el Tribunal Arbitral lo cual, en nuestro criterio, hacía innecesaria la disposición expresa incluida a tal efecto en la Ley de Arbitraje Española 60/2003, por la cual se señala que “a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”. Tal como lo hemos mencionado con anterioridad, somos de la opinión que la inclusión de dicha disposición expresa en la Ley de Arbitraje Española, podría generar interpretaciones restrictivas que prácticamente limiten los recursos de que podría disponer el tercero para solventar la situación jurídica infringida al sólo recurso de nulidad. Incluso, esta disposición prácticamente eliminaría o al menos no estimularía adoptar las soluciones que hemos procurado analizar a lo largo de este artículo.

En todo caso, claramente la jurisprudencia y doctrina internacional en materia de arbitraje, no han fijado un criterio uniforme respecto al alcance de los recursos de que dispone el tercero con el fin de impugnar, modificar o revocar las medidas cautelares decretadas por árbitros que le causen algún perjuicio o afectación, por lo que se trata todavía de una discusión que apenas comienza, y sobre la cual esperamos tener la oportunidad de escuchar e intercambiar opiniones y criterios que puedan contribuir al mejor desarrollo del arbitraje en Hispanoamérica.

<sup>31</sup> Artículo 43, Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

# Arbitraje Comercial y Casación Civil

*Pedro Saghy Cadenas*<sup>1</sup>  
*Victorino J. Tejera Pérez*<sup>2</sup>  
*(Venezuela)*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La Evolución del criterio de la SCC: 2.1. Primera Etapa: Confusión; 2.2. Segunda Etapa: Transición; 2.3. Tercera Etapa: Admisión. III. Nuestras Consideraciones: 3.1. Razones para apoyar el criterio actual de la SCC; 3.1.1. Inapelabilidad o recurribilidad excepcional de los laudos arbitrales, 3.1.2. El aumento del control del Poder Judicial sobre los laudos arbitrales; 3.2. Razones para precisar el criterio actual de la SCC.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2000), Diplôme Supérieur de l'Université (DSU) de l'Université Panthéon-Assas, Paris II (2004), Diplôme d'Etudes Approfondie (DEA) de l'Université Panthéon-Assas, Paris II (2005). Tesista de l'Université Panthéon-Assas, Paris II. Abogado asociado del departamento de Arbitraje y Litigio del Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C., Caracas. [pedro.saghy@macleoddixon.com](mailto:pedro.saghy@macleoddixon.com)

<sup>2</sup> Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (1996), Master en Leyes (LL.M) Tulane University Law School (1999), actualmente tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela, socio del departamento de Arbitraje y Litigio de Despacho del Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C., Caracas. [Victorino.Tejera@macleoddixon.com](mailto:Victorino.Tejera@macleoddixon.com)

## I. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora, desde la promulgación de la LAC (Ley de Arbitraje Comercial),<sup>3</sup> la doctrina venezolana se ha centrado en comentar y discutir aquellas decisiones judiciales relacionadas con la materia, dictadas únicamente por la SPA (Sala Político-Administrativa y por la SC (Sala Constitucional) del TSJ (Tribunal Supremo de Justicia). Incluso, se han llegado a comentar decisiones judiciales emanadas de Juzgados Superiores,<sup>4</sup> pero casi nada se ha dicho sobre las decisiones de la SCC (Sala de Casación Civil) del TSJ.

Paradójicamente, aunque la SCC es quien conoce naturalmente de los asuntos comerciales, comparativamente, muy poco es lo que ha dicho sobre el arbitraje comercial. Y esto no es casual. De hecho, la SPA es la Sala del TSJ que tiene mayor oportunidad de analizar los acuerdos o cláusulas de arbitraje, pues es ella la que por vía de regulación de la jurisdicción, analiza la mayor cantidad de acuerdos arbitrales. Por su parte, no es de extrañar que la SC, con sus amplísimos poderes, haya revisado también un número importante de asuntos relacionados con el arbitraje, bien sea por vía de amparo constitucional, revisión o incluso de recurso de nulidad.

En parte por eso decidimos hacer este trabajo. Además, recientemente la SCC ha dictado algunas decisiones que reflejan un cambio importante de doctrina en cuanto a la admisión del recurso de casación en contra de las sentencias que resuelven el recurso de nulidad intentado en contra de un laudo arbitral. Consideramos interesante tratar dicho cambio de doctrina en este trabajo.

En este sentido, la posición de la SCC ha experimentado una significativa evolución. De hecho, en un lapso considerablemente corto, la SCC ha pasado de la negativa unánime a la aceptación general, pasando por un corto período de discordia entre los miembros de la Sala. A los fines de expresar con mayor claridad nuestras ideas sobre el tema, dividiremos nuestro trabajo en dos partes. La primera, dedicada a la evolución del criterio de la SCC frente a la admisión del recurso en cuestión y, la segunda, dedicada a nuestras apreciaciones personales.

<sup>3</sup> Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

<sup>4</sup> RODNER, James-Otis: "La Anulación del Laudo Arbitral" en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes N° 6, Caracas, 2002, pp. 821 y ss.

## II. LA EVOLUCIÓN DEL CRITERIO DE LA SCC

Esta primera parte la dedicaremos a examinar las decisiones que conforman la posición de la SCC frente a la admisión del recurso de casación en contra de la decisión que resuelve un recurso de nulidad intentado en contra de un laudo arbitral. En este sentido, nos detendremos a analizar cada una de las sentencias que han enunciado el criterio de la Sala al respecto a los fines de apreciar su evolución. En cada caso, nos detendremos a hacer algunos comentarios que consideramos relevantes.

Para apreciar mejor la evolución que advertimos, creemos posible diferenciar tres etapas distintas. La primera la hemos llamado etapa de confusión, la segunda, etapa de transición y, finalmente, la tercera etapa la hemos denominado etapa de admisión.

### 2.1. Primera Etapa: Confusión

Hasta fecha muy reciente, la SCC del Tribunal Supremo de Justicia negaba la admisión del recurso de casación en contra de la sentencia que decidía el recurso de nulidad ejercido en contra de un laudo arbitral. Pero los razonamientos de la Sala no eran contundentes pues incluso confundían la cláusula de arbitraje con el laudo arbitral. Esto se denota desde el 8 de febrero de 2002<sup>5</sup> en la primera decisión sobre el tema que luego es desarrollada por varias decisiones posteriores.

El razonamiento de la Sala se refería fundamentalmente a los siguientes elementos: i) La razón de ser del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos; ii) El congestionamiento del Poder Judicial; y iii) La recurribilidad excepcional de los laudos arbitrales a través del recurso de nulidad.

En relación al primer aspecto, la SCC explicaba que el arbitraje consiste en un medio alternativo de resolución de controversias “el cual permite a los particulares resolver sus diferencias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> SCC, 8 de febrero de 2002, Sentencia N° 82, Exp. N° 2000-000532, HANOVER P.G.N. COMPRESSOR C.A. v. COSACONVENCA, con ponencia del Magistrado Franklin Arrieche. Nótese que en este caso particular no se trataba del anuncio del recurso de casación contra la decisión que resolviera el recurso de nulidad, sino de un caso de constitución de un tribunal arbitral conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

<sup>6</sup> SCC, 8 de febrero de 2002, Sentencia N° 82, Exp. N° 2000-000532, Hanover P.G.N. COMPRESSOR C.A. v. COSACONVENCA, con ponencia del Magistrado Franklin Arrieche.

Mediante el acuerdo de arbitraje “las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.<sup>7</sup>

En relación al segundo aspecto, es decir, el congestionamiento del Poder Judicial, la SCC argumentaba lo siguiente: “La excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los tribunales y el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado [...] ante esta realidad, surgió la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico, medios alternativos de resolución de controversias, entre los que se encuentra el arbitraje el cual permite a los particulares resolver sus diferencias a través de un procedimiento más sencillo y expedito”.<sup>8</sup>

Finalmente, en relación al tercer aspecto, la SCC afirmaba que la intención del legislador es “impedir que la sentencia o laudo que haya de recaer en el procedimiento de arbitraje sea revisado en casación, pues ello contraía los principios de celeridad y de simplicidad que caracterizan este tipo de procedimientos”.<sup>9</sup>

Es importante destacar que lo que da origen a este pronunciamiento de la SCC en el caso *Hanover* no se refiere en realidad al tema que estudiamos. En ese caso, una de las partes solicitó a un Tribunal Superior la constitución del tribunal arbitral. Ante la negativa de éste, los interesados ejercieron el recurso de casación. Así pues, la decisión de la SCC se refiere específicamente a la admisibilidad del recurso de casación en contra de la sentencia que niega la constitución de un tribunal arbitral y no precisamente sobre la admisibilidad del recurso de casación en contra de la sentencia que resuelve un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral.

Sin embargo, los argumentos expuestos por la SCC en esta decisión constituyeron posteriormente las bases fundamentales del razonamiento para negar la admisión del recurso de casación en contra de la sentencia que decidió un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral. En efecto, los argumentos expuestos en esta decisión, fueron reproducidos y ratificados

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.*

en varias otras decisiones posteriores,<sup>10</sup> bajo ponencias de distintos Magistrados, durante el período comprendido entre 2002 y 2008,<sup>11</sup> para decidir casos referidos precisamente al tema que nos ocupa.

Apreciadas conjuntamente, estas decisiones representan lo que hemos denominado la etapa de confusión. La razón de esta denominación es que, desde nuestro punto de vista, la SCC confundía el laudo arbitral con la decisión que resolvía el recurso de nulidad en contra del laudo arbitral. En efecto, la SCC fundamentaba la inadmisibilidad del recurso de casación en contra de la sentencia que resolvía un recurso de nulidad, argumentando que era imposible recurrir en casación un laudo arbitral.

Incluso, en una oportunidad la SCC tuvo la oportunidad de negar la admisión de un recurso de casación, en contra del fallo que confirmaba la decisión del tribunal de primera instancia que fijó la oportunidad para la elección de los árbitros.<sup>12</sup> Y en ese caso la SCC ratificó lo dicho en su sentencia del 13 de agosto de 2004,<sup>13</sup> en tal sentido, resaltó que “La Ley de Arbitraje Comercial [...] excluye la posibilidad de que contra las decisiones emanadas de los Centros de Arbitraje, se ejerzan los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley adjetiva, en tales juicios sólo prevé la posibilidad de ejercer únicamente el recurso de nulidad ante los tribunales superiores de la jurisdicción, a los fines de verificar la legalidad del laudo”.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> SCC, 8 de febrero de 2002, Sentencia N° 82, Exp. N° 2000-000532, HANOVER P.G.N. COMPRESSOR C.A. v. COSACOVENCA, ratificada en las sentencias: SCC, 13 de agosto de 2004, Sentencia N° RH 00874, Exp. N° AA20-C-2004-000574, PROMOTORA E.P., 1697, C.A. v. ASOCIACIÓN CIVIL EL CARRAO con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez; SCC, 9 de noviembre de 2004, Sentencia N° RC 01314, Exp. N° AA20-C-2003-001031, OPERACIONES F.F. C.A. v. VALORES VENAFIN S.A. con ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez.

<sup>11</sup> Nos referimos también al 2008 por dos razones que serán desarrolladas más adelante: 1) Los dos votos salvados del Magistrado Luis Antonio Ortíz Hernández del 21 de abril de 2008 insisten en defender el criterio hasta entonces establecido por la SCC; y 2) Sorprendentemente, la propia SCC ratifica el 21 de abril de 2008 la sentencia SCC del 13 de agosto de 2004, N° RH 00874, Exp. N° AA20-C-2004-000574, PROMOTORA E.P. 1697, C.A. v. ASOCIACIÓN CIVIL EL CARRAO pero para concluir lo contrario, es decir, la admisión del recurso de casación.

<sup>12</sup> SCC, 29 de junio de 2006, Sentencia N° RH-00454, Expediente N° 2006-000396, TENSAVEN Y ANCLAJES VENEZOLANOS, C.A. v. GIOVANNI BOLDRIN con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza.

<sup>13</sup> Vid. nota 8 *supra*.

<sup>14</sup> *Id.* nota 10 *supra*, citando parcialmente la decisión del caso PROMOTORA E.P. 1697, C.A. v. ASOCIACIÓN CIVIL EL CARRAO, *ibid.* nota 8 *supra*.

Como se puede apreciar, la SCC negó la admisión del recurso de casación en contra de una decisión de instancia que organizaba el inicio de un arbitraje, argumentando la irrecurribilidad en casación de los laudos arbitrales. Desde nuestro punto de vista, la confusión es incuestionable. En este procedimiento aun no existían árbitros y mucho menos laudo arbitral. Como puede apreciarse, en ninguno de los casos resueltos por la SCC que hemos analizado hasta ahora lo que se sometía al control casacional era el laudo arbitral. Por el contrario lo que se solicitaba casar eran decisiones judiciales y no la decisión de los árbitros. Por lo tanto, resaltar la existencia de esta confusión es fundamental. Como se verá más adelante, la rectificación que realizó la SCC sobre este aspecto, parece haber sido el elemento decisivo en el cambio de criterio recientemente experimentado.

Luego de la etapa de confusión, hemos identificado una etapa de transición. Una etapa en la a pesar de que la SCC cambió su criterio, no todos los Magistrados estaban conformes con dicho cambio.

## 2.2. Segunda Etapa: Transición

El 11 de abril de 2008, la SCC se detiene a reflexionar sobre los argumentos que venía sosteniendo para negar la admisión del recurso de casación que comentamos. En particular, sobre la decisión que efectivamente se recurre en casación que es la que corresponde al recurso de nulidad. El resultado de su análisis origina dos sentencias consecutivas identificadas con los números 00225 y 00226, con ponencia del mismo Magistrado Carlos Oberto Vélez, que llegan a la misma conclusión: la admisión del recurso de casación en contra de las sentencias que resuelven un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral.<sup>15</sup>

El razonamiento expuesto es el siguiente: "... lo planteado no es la recurribilidad en casación de un laudo arbitral, sino la pretensión de nulidad de ese laudo arbitral, que en diferencias, este si es llevado ante la jurisdicción de los Órganos Judiciales del Estado, y persiguen únicamente el control de los requisitos de legalidad de dicho laudo, sin poder entrar a resolver el mérito de la litis".<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sentencias: SCC, 11 de abril de 2008, N° RC-00225, Exp. 2005-000813, publicada el 21 de abril de 2008 y SCC, 11 de abril de 2008, N° RC-00226, Exp. AA20-C-2005-000762, publicada el 21 de abril de 2008, ambas decisiones con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez.

<sup>16</sup> SCC, 11 de abril de 2008, N° RC-00226, Exp. AA20-C-2005-000762, publicada el 21 de

“Por otro lado –sigue la sentencia–, en materia de recursos ordinarios o extraordinarios el legislador ha entendido su existencia ante cualquier tipo de pronunciamiento aunque expresamente no lo prevea, siendo, en consecuencia, claro preciso y expreso cuando pretenda limitar el ejercicio de algún medio recursivo a través (sic) normas (sic) expresamente así lo determinen. En el caso, no hay norma expresa que niegue la casación en los casos de recurso de nulidad de laudo arbitral”.<sup>17</sup>

Los argumentos de la Sala parecieran ser categóricos. Sin embargo, la decisión no gozó del voto unánime de los miembros de la Sala. El Magistrado Luis Antonio Ortíz Hernández salvó su voto en ambas decisiones manifestando la inconveniencia de admitir el recurso de casación. Sus razones, además de la convicción de ratificar el criterio que venía sosteniendo la Sala en las sentencias de fecha 13 de agosto de 2004 y 9 de noviembre de 2004,<sup>18</sup> pueden resumirse fundamentalmente dos: Una de rango constitucional y otra de rango legal.

La primera parte del razonamiento, expuesto en términos idénticos en ambas decisiones<sup>19</sup>, se basa en el artículo 258 de la CRBV (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).<sup>20</sup> Para el Magistrado Ortíz Hernández: “el principio de interpretación conforme a la Constitución determina que la interpretación que se haga en la materia debe estar también dirigida a promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. La razón de ser de estos medios voluntarios de resolución de conflictos reside, entre otras razones, en un propósito y necesidad de celeridad que resultaría desvirtuado en su espíritu, de admitirse contra la decisión que resuelve el recurso de nulidad de un laudo, una casación no prevista en la ley”.<sup>21</sup>

---

abril de 2008.

<sup>17</sup> *Id.* nota 14 *supra*.

<sup>18</sup> *Ibid.* nota 8 *supra*.

<sup>19</sup> *Id.* nota 13 *supra*.

<sup>20</sup> Artículo 258 de la CRBV: “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.”

<sup>21</sup> Voto salvado del Magistrado Ortíz Hernández, publicado en las decisiones citadas en la nota N° 13.

La segunda parte del razonamiento, consiste en la interpretación del artículo 312 del CPC (Código de Procedimiento Civil)<sup>22</sup>. Para el Magistrado disidente, el recurso de casación en contra de la sentencia que decide un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral no está previsto en la ley. Ni siquiera en el numeral 3° de este artículo, “pues no se trata de una decisión pronunciada por un Tribunal ordinario que conoció en apelación de un laudo arbitral, sino de un Tribunal ordinario que conoció de un recurso de nulidad contra el laudo arbitral”.<sup>23</sup>

Como puede apreciarse, mediante sus dos votos salvados el Magistrado Luís Antonio Ortiz Hernández mantuvo su posición de no admitir el recurso de casación en contra de la sentencia que resuelve un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral. Una posición que se mostraba segura, y que cuestionaba incluso la constitucionalidad y adecuación legal del criterio del resto de los Magistrados de la Sala.

Desde nuestro punto de vista, la posición del Magistrado disidente no es injustificada. Ella reviene sobre un asunto fundamental: la interpretación de la norma que prevé la admisibilidad del recurso de casación. Por otra parte,

<sup>22</sup> Artículo 312 del CPC: El recurso de casación puede proponerse:

1° Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles, cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares, salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto de la cuantía.

2° Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios especiales contenciosos cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares, y contra las de última instancia que se dicten en los procedimientos especiales contenciosos sobre el estado y la capacidad de las personas.

3° Contra los autos dictados en ejecución de sentencia que resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él; o los que provean contra lo ejecutoriado o lo modifiquen de manera sustancial, después que contra ellos se hayan agotado todos los recursos ordinarios.

4° Contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales, cuando el interés principal de la controversia exceda de doscientos cincuenta mil bolívares.

Al proponerse el recurso contra la sentencia que puso fin al juicio, quedan comprendidas en él las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en ella, siempre que contra dichas decisiones se hubieren agotado oportunamente todos los recursos ordinarios.

Los juicios sentenciados conforme al artículo 13 de este Código, no tienen recursos de casación.

<sup>23</sup> Voto salvado del Magistrado Ortiz Hernández, publicado en las decisiones citadas en la nota N° 13.

denota que persigue la intención de proteger la integridad de los laudos arbitrales y ultimadamente el arbitraje como institución.

En términos prácticos el Magistrado Ortiz Hernández planteaba la siguiente interrogante: ¿El recurso de casación se puede ejercer en contra de todos los casos en los que la ley no lo prohíba, como lo afirma la SCC en su sentencia de N° 00226<sup>24</sup> o por el contrario ¿se puede ejercer sólo cuando la ley lo permita?<sup>25</sup>

Aunado a todo lo anterior, existe un elemento curioso de la decisión tomada por la mayoría en la sentencia N° 00225. Se trata de la mención expresa al criterio expuesto en la sentencia N° 874 del 13 de agosto de 2004<sup>26</sup>. En esta sentencia N° 874, recordemos, la Sala concluyó como punto único que “contra las decisiones proferidas por los tribunales de arbitraje comercial, no procede el recurso extraordinario de casación”. Y, en base a esto, la Sala declaró sin lugar el recurso de hecho que buscaba la admisión del recurso de casación. Esta sentencia además, confirmaba la sentencia N° 83, de fecha 8 de febrero de 2002,<sup>27</sup> como sentencia de principio para negar la admisión del recurso de casación en cuestión.

Lo más llamativo es que la SCC en la sentencia N° 00225 cita la sentencia N° 874 del 13 de agosto de 2004, creemos que de manera intempestiva y fuera de la lógica del razonamiento que venía sosteniendo. Lo que llamarían los franceses *hors sujet*. De hecho, el propio Magistrado disidente utiliza esta misma decisión para fundamentar su disidencia. ¿La misma sentencia para fundamentar la admisión y la negativa de admitir el recurso de casación? Curioso.

En efecto, la sentencia N° 00225 cita la decisión de 2004 para justificar que “existen diferencias entre los procedimientos arbitrales y los ordinarios”.<sup>28</sup> Pero pareciera que la SCC no advirtió que la decisión citada afirmaba exac-

<sup>24</sup> “En el caso, no hay norma expresa que niegue la casación en los casos de recurso de nulidad de laudo arbitral” Sentencias N° 00226, ver cita N° 13.

<sup>25</sup> “Salvo la disposición expresa de otras normas, la admisión del recurso de casación se rige por el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil”. Ver votos salvados del Magistrado Ortiz Hernández, publicado en las decisiones citadas en la nota N° 13.

<sup>26</sup> Ver cita N° 8.

<sup>27</sup> Ver cita N° 3 y 8.

<sup>28</sup> SCC, 11 de abril de 2008, N° RC-00225, Exp. 2005-000813, publicada el 21 de abril de 2008.

tamente lo contrario de lo que en ese momento se estaba haciendo: conocer el recurso de casación en contra de las decisiones que resuelven un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral.

Por todas estas razones, encontramos que esta segunda etapa de transición es además una etapa de controversia. Una etapa en la que a pesar de que el voto de la mayoría decidió cambiar el criterio en cuanto a la admisión del recurso de casación, persisten las interrogantes y la resistencia, por razones incluso de orden constitucional, de uno de los Magistrados integrantes de la SCC.

En todo caso, sospechamos, y creemos loable, si ese fue el propósito del giro de timón que dio la SCC con las decisiones N° 00225 y N° 00226, que mediante ellas en el fondo se pretendió proteger la integridad del laudo arbitral y el arbitraje como institución. De hecho, mediante la decisión N° 00226 se casó un fallo dictado por un Tribunal Superior<sup>29</sup> que había anulado un laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral que fue compuesto bajo el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la entonces Cámara de Comercio de Caracas.<sup>30</sup> En otras palabras, se preservó la validez del laudo arbitral. Para ello, la SCC tuvo que entrar a conocer del recurso de casación, asunto que no podía hacer sin antes justificar la admisibilidad de tal recurso. Por su parte, si bien la decisión N° 00225 admitió el recurso de casación contra una decisión que había negado la anulación de un laudo arbitral, al final se declaró sin lugar el recurso de casación y hasta se condenó en costas al recurrente.

Nos atrevemos a pensar que quizá no sea casual que ambas decisiones hayan sido dictadas consecutivamente y en la misma fecha. De hecho, es muy posible que ambas tuvieran que ser discutidas en la misma sesión de la SCC para llegar a un resultado uniforme: la protección del arbitraje. De hecho, de mantenerse el criterio de la negativa de admisión del recurso de casación en la decisión N° 00225, hubiera sido injustificable entrar a conocer

<sup>29</sup> Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y Sede en la Ciudad de Caracas.

<sup>30</sup> Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, aprobado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, en Caracas a los 14 días del mes de septiembre de 2005, en vigencia desde el 1° de octubre de 2005. En virtud que el 26 de mayo de 2004 se fusionaron la Cámara de Comercio de Caracas y la Cámara de Industriales de Caracas, hoy en día su denominación es sólo "La Cámara de Caracas".

de la decisión anulatoria de un laudo arbitral en el caso de la decisión N° 00226, a menos que se diera un grotesco cambio de criterio en un rango muy corto de tiempo. Esto es simplemente una elucubración nuestra. Pero pareciera posible que la SCC haya advertido que no hay otra forma de preservar la integridad de los laudos arbitrales sino admitiendo el recurso de casación contra aquellas decisiones que resuelven los recursos de nulidad. Hacemos votos porque en lo sucesivo la labor de la SCC al conocer de este tipo de recursos siga siendo –como en el caso de las decisiones N° 00225 y N° 00226– muy celosa al colocar la lupa en aquellas sentencias que apliquen las causales de nulidad taxativas contempladas en el artículo 44 de la LAC.

Incluso, como veremos a continuación, pocas semanas después el Magistrado disidente Luís Antonio Ortíz Hernández pareciera haberse unido al criterio de la mayoría.<sup>31</sup> En consecuencia, debemos comprender que no existe ningún impedimento, ni legal ni constitucional, para admitir el referido recurso de casación. Es así como se conforma lo que hemos denominado la etapa de admisión.

### 2.3. Tercera Etapa: Admisión

La evolución del criterio de la SCC en relación a la admisión del recurso de casación que nos ocupa concluye por ahora –y con ello nuestro análisis– el 12 de junio de 2008.<sup>32</sup> En esta fecha, la Sala acepta, por unanimidad, la admisión del recurso de casación en contra de una sentencia que resuelve el recurso de nulidad interpuesto en contra de un laudo arbitral. El razonamiento de la Sala, es el siguiente: “La Ley de Arbitraje Comercial no prohíbe que contra la decisión que resuelve el recurso de nulidad se pueda intentar el recurso de apelación o el de casación si fuere el caso, y ello, en razón de que la sentencia que resuelve el recurso de nulidad proviene en definitiva de un órgano jurisdiccional, por lo que es lógico sostener que es susceptible de los mismos recursos ordinarios y extraordinarios que son admisibles contra las sentencias judiciales en general”.<sup>33</sup>

Sin embargo, en esta sentencia, a pesar de ratificarse el criterio contenido en las decisiones números 00225 y 00226 del 21 de abril de 2008 sobre la

<sup>31</sup> Sentencia SCC, N° RH 00383 de fecha 9 de junio de 2008, Exp. N° AA20-C-2007-000840, publicada el 12 de junio de 2008 con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> *Id.*

admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias que resuelven el recurso de nulidad contra laudos arbitrales, la SCC negó la admisión del recurso por cuanto la demanda arbitral no alcanzó la cuantía establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)<sup>34</sup> de más de tres mil Unidades Tributarias para la admisibilidad del recurso de casación.

Como lo afirmamos al comienzo de este trabajo, el cambio de criterio experimentado por la SCC radica fundamentalmente sobre la identificación más precisa del acto jurisdiccional que se recurre en casación. Si en un principio, la jurisprudencia confundía el recurso de casación contra el laudo arbitral con el recurso en contra de la decisión que resolvía el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, a partir del 21 de abril de 2008 y más contundentemente a partir del 12 de junio de 2008, la SCC distingue entre los dos actos y acaba definitivamente con la etapa de confusión.

En términos generales, la decisión del 12 de junio de 2008 confirma la posición que venía sosteniendo la mayoría de los Magistrados de la Sala. Sin embargo, esta decisión presenta varias particularidades que nos gustaría destacar. La primera, es que esta decisión fue suscrita incluso por el Magistrado Luís Antonio Ortíz Hernández sin que esta vez salvara su voto o presentara un voto concurrente. Recordemos que hasta pocos meses antes el Magistrado Ortíz H. había expresado razones, de rango constitucional y legal, para rechazar la admisión de este recurso.

La segunda particularidad, es que este caso se desarrolló en el marco de una relación arrendaticia. En efecto, las partes vinculadas por un contrato de arrendamiento acordaron resolver sus diferencias mediante el procedimiento arbitral. Luego de dictado el laudo correspondiente, la parte perdedora ejerció el recurso de nulidad. El Juzgado Superior declaró la nulidad del laudo por razones de orden público. En palabras del propio Juzgado: "no es posible en un contrato de arrendamiento la inclusión de una cláusula de arbitraje".<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Artículo 18 de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004: El Tribunal Supremo de Justicia conocerá y tramitará, en la Sala que corresponda, los recursos o acciones, que deban conocer de acuerdo con las leyes, cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.).

<sup>35</sup> Sentencia dictada el 13 de agosto de 2007 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en el caso Juan Carlos Casique Peluffo contra Galerías Ávila Center, S.R.L., Exp. N° 9305.

Sin embargo, la SCC no se pronunció sobre el aspecto tan álgido acerca de la arbitrabilidad de las controversias de índole arrendaticia. Sólo decidió que el recurso de casación sí procede dado que no hay norma expresa que lo niegue. En nuestra opinión, la SCC perdió la oportunidad de ventilar lo relativo a la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con relaciones arrendaticias inmobiliarias. Creemos que hubiera sido muy interesante ver qué opina la SCC sobre este tema tan discutido pues ya la SPA ha negado la arbitrabilidad de este tipo de relaciones en diversas sentencias.<sup>36</sup> La SC también desperdició en cierto momento la oportunidad de revisar lo relativo a la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con materia arrendaticia inmobiliaria.<sup>37</sup>

La tercera particularidad se refiere al fundamento expuesto para admitir el recurso de casación. Desde nuestro punto de vista, independientemente de que compartamos o no el resultado, el fundamento por el cual la SCC considera posible admitir el recurso de casación en contra de las decisiones correspondientes a recursos de nulidad en contra de laudos arbitrales es un tanto ambiguo. Leamos lo que dice la propia sentencia: "... en atención a que se trata de una sentencia de última instancia que puede fin a un juicio especial contencioso, de conformidad con el ordinal 4 de (sic) artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, sería procedente el recurso de casación, previo el cumplimiento de los demás requisitos de admisibilidad del mismo".<sup>38</sup>

<sup>36</sup> La Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA) ha señalado en un gran número de decisiones que no es posible en un contrato de arrendamiento la inclusión de una cláusula de arbitraje, en virtud de que en materia de arrendamiento se encuentra involucrado el orden público. Por este motivo la Sala considera que el poder judicial es quien tiene jurisdicción para conocer de las demandas por cumplimiento o resolución de los contratos de arrendamiento: Ver entre otras: 1. SPA, sentencia N° 01529, de fecha 13 de junio de 2006, publicada el 14 de junio de 2006, Exp. N° 2006-0886, Jesús Enrique Arapé Morales solicita regulación de jurisdicción con motivo del juicio interpuesto por la ciudadana María Claudia Muskus de Pérez contra el solicitante por cumplimiento de contrato de arrendamiento, Ponente: Magistrado Yolanda Jaimes Guerrero; 2. SPA, sentencia N° 00159 de fecha 5 de febrero de 2003, juicio de resolución de contrato de arrendamiento planteado por Inversiones Tata 88 C.A. contra Inversiones Farma Shop 2000 C.A.; 3. SPA, sentencia N° 02924, de fecha 6 de diciembre de 2001, publicada en fecha 11 de diciembre de 2001, Exp. N° 01-0813, Ayoub Bou Assaf v. La Media Manzana de Punto Fijo, C.A., Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

<sup>37</sup> Sentencia S.Const. N° 1214, de fecha 23 de junio de 2004, Exp. N° 04-0607, RATTAN, C.A., solicitud de revisión contra sentencia, ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

<sup>38</sup> Sentencia SCC, N° RH 00383 de fecha 9 de junio de 2008, Exp. N° AA20-C-2007-000840, publicada el 12 de junio de 2008 con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza.

Obviamente, la decisión que comentamos incurre en una confusión. Afirma que la sentencia que resuelve un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral se trata de una sentencia de última instancia que pone fin a un juicio especial, situación ésta que está prevista en el ordinal 2º del artículo 312 del CPC y no en el ordinal 4º del mismo artículo como lo refiere la decisión. Sin embargo, más allá de las críticas y curiosidades, lo importante es destacar que la SCC ha cambiado su criterio. Hoy en día acepta unánimemente del recurso de casación en contra de la decisión que resuelve el recurso de nulidad intentado en contra de un laudo arbitral. Este nuevo criterio de la Sala, sin lugar a dudas, ha revivido una interesante discusión que a nosotros no nos ha dejado indiferentes. Pasemos entonces a la segunda parte de nuestro trabajo, dedicada a expresar nuestra opinión sobre este tema.

### III. NUESTRAS CONSIDERACIONES

Por experiencia sabemos que no es posible afirmar que el criterio actual de la SCC sea definitivo. Otros temas tratados por esta misma Sala nos lo han enseñado.<sup>39</sup> Sin embargo, creemos que existen razones para esperar que la actual posición de la SCC sea por un lado mantenida y por el otro, precisada.

#### 3.1. Razones para apoyar el criterio actual de la SCC

En efecto, creemos que existen razones para apoyar la actual posición de la SCC. A nuestro juicio, fue acertada la revisión de criterio que hizo la Sala en cuanto a la determinación del acto jurisdiccional que se recurre en casación. Diferenciar la recurribilidad del laudo arbitral de la recurribilidad de la decisión del recurso de nulidad marcó una diferencia teórica y práctica que no puede dejar de destacarse.

<sup>39</sup> Nos referimos particularmente a la facultad probatoria de las partes contratantes en los casos de simulación de contrato. En fecha 27 de marzo de 2007, la SCC cambia el criterio que pacífica y unánimemente venía afirmando desde 1968. A partir de esta fecha, las partes se asimilan a los terceros y son libres de demostrar la simulación de contrato a través de cualquier medio probatorio sin tener que respetar los límites previstos en el artículo 1387 del Código Civil. Sin embargo, a partir de esta decisión, las sentencias de la SCC han sido regularmente pendulares. En un caso admite la libertad de prueba de las partes y en otro la niega, la vuelve a admitir, y la vuelve a negar. Véase Pedro Saghy Cadenas, *Sala de Casación Civil: Libertad de pruebas en materia de convenciones. Un aparente caso de simulación de contrato*, Revista de Derecho de l Tribunal Supremo de Justicia N° 25, Caracas, 2007, p. 301 y Pedro Saghy Cadenas, *La facultad probatoria de las partes en los casos de simulación de contrato (nuevo cambio de criterio)*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 31, Caracas, 2008, p. 235.

Sin embargo, esta revisión de criterio seguramente suscitará críticas. De una vez anticipamos que las mismas se centrarán en el hecho de que por un lado, la admisión del recurso podría ser contraria a la inapelabilidad, o recurribilidad excepcional<sup>40</sup> de los laudos arbitrales y por el otro, que con la admisión de este recurso de casación se aumenta el control del Poder Judicial sobre los laudos arbitrales y sobre el arbitraje en términos generales, tal vez de forma innecesaria.

### 3.1.1. *Inapelabilidad o recurribilidad excepcional de los laudos arbitrales*

En Venezuela la inapelabilidad o recurribilidad excepcional de los laudos arbitrales está prevista en los artículos 43 y 48 de nuestra LAC. Ésta prevé que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Por otra parte la LAC prevé que el laudo arbitral, cualquiera sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable. También la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958,<sup>41</sup> parte de esa premisa.

Recordemos que el recurso de nulidad del laudo arbitral es un medio de impugnación específico y excepcional que sólo puede intentarse cuando el laudo ha sido dictado en contravención de alguno de los supuestos taxativamente previstos por el legislador. Estos supuestos, en términos generales, están destinados a examinar las condiciones de validez de la convención de arbitraje y el resguardo de los derechos procesales de las partes. En la legislación venezolana, los supuestos de procedencia del recurso de nulidad son aquellos contenidos en el artículo 44 de la LAC, los cuales reproducen, con ciertas variaciones, las causales de nulidad contenidas en la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Los angloparlantes se refieren a la "finality" de los laudos arbitrales.

<sup>41</sup> Ratificada por Venezuela el 8 de febrero de 1995 y entró en vigencia el 9 de mayo de 1995 [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

<sup>42</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006: CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO, Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. 2) El laudo arbitral sólo podrá ser

Por ello, los laudos arbitrales sí son recurribles, aunque sea excepcionalmente y la forma de recurrirlos es precisamente a través del recurso de nulidad previsto en la LAC. Así las cosas, ejercer el recurso de casación una vez ejercido el recurso de nulidad y resuelto el mismo no debería ser contrario a la inapelabilidad, sino parte de la misma excepción de recurribilidad excepcional. Se trata de someter al control casacional la decisión que resuelve el recurso de nulidad, la cual solamente ha de revisar la conformidad del laudo arbitral con ciertas condiciones taxativamente previstas por el legislador.<sup>43</sup>

Recordemos una vez más que no debe confundirse el recurso de casación en contra del laudo arbitral (como solían hacerlo las primeras decisiones de la SCC en la materia) con el recurso de casación en contra de la sentencia dictada en un proceso de nulidad en contra de un laudo arbitral. Por ello, pensamos que no es exacto afirmar que la recurribilidad excepcional o inapelabilidad de los laudos arbitrales se vea afectada por el nuevo criterio de la SCC en cuanto a la admisión del recurso de casación contra la sentencia que resuelve el recurso de nulidad.

---

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. 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral. 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

<sup>43</sup> *Id.*

### 3.1.2. *El aumento del control del Poder Judicial sobre los laudos arbitrales*

La admisibilidad de este recurso de casación plantea la clásica controversia entre celeridad y efectividad de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. Admitir el recurso de casación aleja un poco más a las partes del fin de la controversia. Sin embargo, la admisibilidad del recurso otorga en principio una garantía de protección y estabilidad.

El examen de cualquier asunto por juez distinto implica necesariamente para las partes tiempo, dinero y la carga de cumplir con las formalidades procesales de las que pueden depender las resultas del caso. Sin lugar a dudas, permitir que otro juez y en este caso una Sala compuesta por cinco Magistrados analice la recta aplicación de las causales de nulidad del laudo arbitral implica un nuevo diferimiento del final del conflicto. Sin embargo, para nosotros la pregunta fundamental es si esta demora vale la pena o no.

Y en este sentido consideramos que la aplicación coherente, constante y unívoca de las causales de nulidad de los laudos arbitrales justifican el esfuerzo de esperar una nueva decisión. Desde nuestro punto de vista, el diferimiento del fin del conflicto entre las partes encuentra justificativo en el interés superior y colectivo de la aplicación uniforme de la ley. Dicho en otros términos, si el tiempo que tome la SCC en decidir el recurso de casación se traduce en uniformidad de criterio en cuanto a la correcta interpretación y aplicación de las causales de nulidad establecidas en la LAC y ultimadamente en certeza y estabilidad para la colectividad, valdrá la pena la espera.

En efecto, además del deseo de celeridad, el cual se entiende implícito en la voluntad de las partes cuando deciden someter sus controversias a arbitraje, éste es fundamentalmente un mecanismo que procura la correcta resolución de los conflictos a través de la decisión de particulares que generen confianza profesional y personal de las partes, quienes deberán ser escogidos mediante un mecanismo preestablecido que garantice la imparcialidad que las partes desean.

Para garantizar el resultado que las partes buscan con el sometimiento a arbitraje, consideramos conveniente que la interpretación y aplicación de las causales de nulidad de los laudos arbitrales no sea realizada libremente por los jueces, aunque sean superiores. En efecto, dejar en manos de una sola persona el destino de las resultas de un procedimiento arbitral no

pareciera procurar la estabilidad y seguridad de este medio de resolución de conflictos. Sobre todo si la decisión de esta persona (juez superior) es irrecurrible. Además, aunque la LAC ya tiene diez años de vigencia, aún es una institución muy novedosa y desconocida para muchos profesionales del derecho, incluyendo autoridades judiciales. Dejar que repose en cabeza de los Tribunales Superiores el destino del arbitraje luce un poco peligroso, al menos en el presente.

Al ser el recurso en nulidad un procedimiento que no admite apelación, pareciera que el control de la interpretación de las causales de nulidad por parte de una decisión colegiada de la más alta jerarquía judicial (SCC) debe brindar mayor seguridad, uniformidad y estabilidad. En efecto, la SCC tiene la función monofiláctica o de protección de la ley y la función uniformadora de la jurisprudencia. A través de estas funciones se garantiza la interpretación unívoca de las causales de nulidad de los laudos arbitrales ofreciéndose así mayor seguridad a las partes y al arbitraje en general.

En nuestro criterio, los argumentos sensibles a la celeridad en la resolución de los conflictos no deberían sacrificar la seguridad y rectitud de la aplicación de la ley. Además, en nuestra opinión, la posibilidad de recurrir en casación las sentencias que resuelven un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral, equipara a las partes en cuanto a los medios de defensa disponibles. En efecto, el recurso de nulidad en materia de arbitraje está previsto, indefectiblemente, a favor de la parte perdedora. Con la admisión del recurso de casación, esta desigualdad se vería revertida al permitirle a ambas partes, someter a revisión la nueva decisión que se dicte.

En este orden de ideas, no creemos correcto afirmar que la admisión del recurso de casación en cuestión aumenta el control del Poder Judicial sobre los laudos arbitrales de forma innecesaria o en desmedro del arbitraje. La admisión de este recurso aumenta, o más bien crea, el control de la SCC sobre los jueces superiores en la aplicación de las causales taxativas de nulidad de los laudos arbitrales establecidas en el artículo 44 de la LAC, lo cual, a nuestro modo de ver, en las circunstancias actuales más bien tiende a proteger la integridad de la institución arbitral.

Sin embargo, debemos reconocer que el hecho de que la SCC examine la decisión que resuelve el recurso de nulidad podría no ser garantía de previsibilidad y seguridad jurídica. Podría existir el riesgo de una nueva

oportunidad para experimentar un cambio el criterio. Igualmente, con la admisibilidad de este recurso de casación se corre el riesgo de lo que se ha denominado casación múltiple.

### 3.2. Razones para precisar el criterio actual de la SCC

A pesar de que en el fondo creemos que existen motivos para apoyar la posición actual de la SCC, consideramos que existen aun imprecisiones desde el punto de vista técnico. Particularmente nos referimos al fundamento que autoriza la admisibilidad del recurso de casación en contra de la decisión que resuelve un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral.

En principio, ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de recurrir en casación esta decisión. La razón más obvia de esto es que la última reforma del CPC es anterior en unos diez años a la LAC. Por lo tanto, en la última reforma del CPC no se podría haber previsto la posibilidad de intentar el recurso de casación en contra de la decisión correspondiente al recurso de nulidad. Por su parte, la SCC ha intentado justificar la admisibilidad de este recurso de manera poco convincente. En efecto, la última decisión dictada sobre este aspecto y primera suscrita por la totalidad de los Magistrados, afirma que “en atención a que se trata de una sentencia de última instancia que pone fin a un juicio especial contencioso, de conformidad con el ordinal 4º del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, sería procedente el recurso de casación”.<sup>44</sup>

Como, antes anotamos, esto se trata de una confusión entre el ordinal 2º y el ordinal 4º del artículo arriba mencionado. Tal vez fue un simple error de tipeo, pero que sin embargo debe ser corregido en futuras decisiones. De hecho, el ordinal 4º del artículo 312 del CPC prevé el recurso de casación contra las sentencias de los tribunales superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales, cuando el interés principal de la controversia exceda de doscientos cincuenta mil bolívares. Sin embargo, esta norma está dirigida al arbitramento civil, figura ésta contemplada en el artículo 608 y siguientes del CPC, que se diferencia del arbitraje comercial contemplado en la LAC. Ambas figuras son distintas, no deben ser confundidas y de hecho consideramos inconveniente la aplicación de normas sobre arbitramento

<sup>44</sup> Sentencia SCC, N° RH 00383 de fecha 9 de junio de 2008, Exp. N° AA20-C-2007-000840, publicada el 12 de junio de 2008 con ponencia de la Magistrada Yris Armenia Peña Espinoza.

contempladas en el CPC para regular situaciones suscitadas bajo el imperio de la LAC. Así pues, esta norma es simplemente inaplicable a la admisión de la casación en contra de la sentencia que resuelve un recurso de nulidad.

De este modo, y siguiendo la doctrina venezolana especialista en materia de casación, consideramos que según el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil, “no todas las sentencias son recurribles, sino que solamente aquellas decisiones de importancia material y funcional, son las que tienen acceso al recurso supremo en que la casación consiste. Apartándose del sistema distintivo del Código anterior, el cual optó por establecer un solo concepto: sentencia –definitiva e interlocutoria– de última instancia que ponga fin al juicio, el cual comprende todas las categorías enumeradas en el Código anterior, y todas aquellas otras elaboradas por la jurisprudencia de casación”.<sup>45</sup>

En este orden de ideas, más allá de la presencia de las palabras “laudos arbitrales” en el ordinal 4º del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, creemos que el verdadero fundamento para la procedencia del recurso de casación en contra de la sentencias que resuelven un recurso de nulidad en contra de un laudo arbitral se encuentra en la primera parte del ordinal 2º de este artículo. Según esta disposición, el recurso de casación puede proponerse “contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios especiales contenciosos cuyo interés principal exceda de doscientas cincuenta mil bolívares”.<sup>46</sup>

Este criterio es también sostenido por Andrés A. Mezgravis<sup>47</sup> y por Francisco Hung Vaillant.<sup>48</sup> Sin embargo, en contra de nuestra conclusión se encuentra la opinión de James-Otis Rodner,<sup>49</sup> Ricardo Henríquez La

<sup>45</sup> SARMIENTO NUÑEZ, José Gabriel: *Casación Civil*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 41, Caracas, 1998, pp. 71 y ss.

<sup>46</sup> Cuantía ésta que actualmente es de más de 3.000 Unidades Tributarias en virtud de la entrada en vigencia de la LOTSJ.

<sup>47</sup> MEZGRAVIS, Andrés A: “Recursos contra el Laudo Arbitral” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 13, Caracas, 1999, p. 263.

<sup>48</sup> HUNG VAILLANT, FRANCISCO: *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74, Caracas, 2001, p. 243.

<sup>49</sup> RODNER, J., *op. cit.*, p. 858.

Roche,<sup>50</sup> Carlos J. Sarmiento Sosa<sup>51</sup> y Frank Gabaldón,<sup>52</sup> quienes sostienen que contra las decisiones que resuelven el recurso de nulidad no procede el recurso de casación. Todos ellos coinciden en que no se trata de ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 312 del CPC.

En todo caso, la jurisprudencia de casación está facultada para crear por vía de interpretación la admisión de este recurso, como, de hecho, creemos que ya lo ha hecho.

---

<sup>50</sup> HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Caracas, 2.000, pp. 299-300.

<sup>51</sup> SARMIENTO SOSA, Carlos J: *Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca, C.A., Caracas, 1999, p. 94.

<sup>52</sup> GABALDÓN, Frank: *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca, C.A., Caracas, 1999, p. 153.

# Lucha No Violenta como Mecanismo de Resolución de Conflictos entre la Sociedad Democrática y el Estado Totalitario

*\*Andrés A. Mezgravis<sup>1</sup>*

*"Quien desobedece una ley injusta no hace sino prestar obediencia a un principio moral superior"... "La no cooperación con el mal es una obligación moral, tanto como lo es la colaboración con el bien"*

**Mahatma Gandhi.**

**SUMARIO:** I. Sentido y alcance de la Lucha no Violenta. II. Reflexiones en torno a las Marchas. III. Aplicación de la Lucha No Violenta. IV. ¿Otras Alternativas: Golpes de Estado, Elecciones, Salvadores extranjeros, Negociación? V. ¿Es necesario un líder y ser mayoría? VI. Encarando la dura verdad.

\* Profesor de Resolución de Conflictos de la UCAB.

<sup>1</sup> MEZGRAVIS Andrés; ¿Qué es la desobediencia civil? *Revista de Derecho Constitucional* N° 7, Enero-Junio, Editorial Sherwood, Caracas 2003. En contra de nuestra posición Sentencia de la SC del TSJ N° 24 del 22 de enero de 2003. También rechaza nuestra postura SPÓSITO CONTRERAS, Emilio; "Elogio del poder negativo (Reflexiones sobre la Desobediencia Civil)", *Revista de Derecho Constitucional* N° 8, Julio-Diciembre, Editorial Sherwood, Caracas 2003, p. 182.

## I. SENTIDO Y ALCANCE DE LA LUCHA NO VIOLENTA

En los últimos años se ha incrementado en Venezuela el interés por la *desobediencia civil*, pero en realidad todavía no se le ha dado a este tema el análisis e importancia que merece. Por ello, no es extraño que todavía exista cierta confusión en la sociedad democrática sobre su sentido y alcance. No obstante es claro que toda dictadura le teme y la rechaza.<sup>2</sup>

Tenemos la impresión de que muchos prefieren el término de la “*no violencia*,” para referirse a la forma en que los ciudadanos deben enfrentar una dictadura. Sin embargo, la “*no violencia*” puede significar, tanto una actitud pasiva y sumisa que sería completamente inofensiva frente a una dictadura, como la planificación de una serie de actos progresivos de *desobediencia* y *no cooperación* dirigidos contra las fuentes de poder del régimen capaces de desintegrarlo. Es por ello, que hemos optado por la denominación de “*lucha no violenta*” que, incluso, es un término más amplio que el de “*desobediencia civil*” y más preciso que la “*no violencia*”.

Usualmente, frente al tema de las protestas, surgen dos corrientes. La primera, repudia todo tipo de violencia y parte de la premisa de que toda protesta deber ser realizada estrictamente “*dentro del marco de la legalidad*”. La segunda corriente más radical, considera que los métodos violentos se justifican en la lucha contra una férrea dictadura que no respeta los derechos humanos, especialmente como respuesta a las agresiones de los funcionarios encargados de reprimir con la fuerza y gases tóxicos multitudinarias marchas pacíficas.<sup>3</sup>

En nuestra opinión, ambas posiciones son erradas. La primera, porque, efectivamente, las protestas que “*no desafían*” al régimen para restablecer los valores democráticos reclamados, son ineficaces, y sólo contribuyen a generar cansancio, frustración y desesperanza. Protestar conforme a los lineamientos, *autorizaciones* y horarios que determina el propio régimen, es tan efectivo como caminar un domingo en una gran avenida, cuando las autoridades cierran el paso vehicular con tal fin. Paradójicamente, protestar conforme a los lineamientos que el mismo régimen impone, no es más que una genuina muestra de sumisión de quienes obedecen dichas instrucciones.

<sup>2</sup> Establece el artículo 68 de la Constitución (1999): “*Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas*”.

<sup>3</sup> Artículo 131 de la Constitución.

La lucha no violenta mal puede confundirse con la protesta ordinaria. Es cierto, que un Estado de Derecho los ciudadanos, como integrantes de una sociedad democrática, tienen el deber de obedecer la Constitución, las leyes y demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público.<sup>4</sup> Por tanto, cuando un grupo de personas quiere llamar la atención de las autoridades por algún agravio o por el mal funcionamiento de algún servicio público, sus protestas deben ser realizadas “dentro del marco de la legalidad”, sobre todo, para no afectar los derechos de otros conciudadanos y no entorpecer o agravar el funcionamiento del Estado. Y es que en este caso, no se desafía ni se pretende desafiar al Estado, sino más bien captar su atención y mejorar su eficiencia. En cambio, cuando se desea luchar pacíficamente, no para restablecer un beneficio particular o de un pequeño grupo de personas, sino para restablecer garantías democráticas que el propio régimen consciente e intencionalmente está cercenando, el asunto es diferente. Dos razones así lo indican: 1) No será la propia dictadura que se quiere combatir la que colabore con su propia destrucción, y en este sentido, es absurdo esperar que el propio régimen ofrezca permanentemente a sus adversarios las condiciones de seguridad para que éstos continúen con mayor impacto sus desafíos; y 2) Por esencia, resultaría imposible realizar en el corto, mediano o largo plazo una lucha no violenta apegada al “marco legal”, pues éste lo va engendrando el régimen como un traje a su medida. Además, si las protestas contra la dictadura dependieran del estricto respeto y obediencia al marco legal, entonces, tales protestas, nunca podrían ser parte de una lucha no violenta, sino que quedarían atadas contradictoriamente a la obediencia del régimen que se quiere desconocer.

La segunda corriente, es decir, aquella que pretende justificar los métodos violentos, la rechazamos categóricamente, no tanto por razones morales (que las hay), sino por considerar que son tan ineficaces como las protestas “atadas al marco legal”, pero con peores consecuencias. En efecto, la violencia es el terreno en que una dictadura tiene todas las de ganar. Un régimen dictatorial no se enfrenta con la conciencia o moral de los hombres, ni se arma de honradez, valores y principios para persuadir a quienes lo combaten, sino que recurre a la simple fuerza física. Y es que el absoluto poderío de las armas lo tiene, sin ninguna duda, el régimen. Pensar que con piedras, botellas y quema de cauchos se le puede obligar a restituir valores democráticos, es

<sup>4</sup> Respecto a la posibilidad de golpes de Estado véase *Infra* capítulo III.

más ingenuo y utópico que la primera opción, sobre todo, porque con esos pequeños brotes de violencia se le estaría dando la excusa que requiere el régimen para reprimir brutalmente a la población.<sup>5</sup> Olvidan quienes responden con violencia, que los funcionarios de la fuerza pública reciben órdenes que no están muy convencidos de obedecer, pues, algunos de ellos pueden hasta compartir la propia causa por la que se lucha. Es precisamente ese pequeño brote de violencia, de parte de los manifestantes, lo que ansía el funcionario de la fuerza pública para poder justificar moralmente su obediencia a la dictadura y reprimir con mayor severidad a la multitud.

¿Qué hacer entonces frente a estas dos corrientes? La respuesta la encontraron líderes como H. D. Thoreau, M. Gandhi y M. Luther King, quienes comprendieron que *el ejercicio del poder del gobernante requiere del consentimiento del gobernado, quien al retirar dicho consentimiento, puede controlar y hasta desintegrar el poder del gobernante.*

Más recientemente, y desde un punto de vista más pragmático, autores como el profesor Gene Sharp señalan que no se requiere ser un santo ni un gran héroe para poner en práctica las técnicas de la lucha no violenta. De hecho, la gran mayoría de luchas no violentas han sido realizadas por personas comunes y sin un líder que pueda ser claramente identificado.<sup>6</sup> Sin embargo, se requiere algo más que marchar y ser un simple pacifista para desintegrar una dictadura. La lucha no violenta exige la no sumisión y por ende muchos de sus desafíos requieren de *valentía y coraje*. En algunas ocasiones, este tipo de técnicas pueden exigir incluso mayor valentía que la requerida en un combate armado. Por ejemplo, se requiere mucho más valor para sentarse con las manos en alto frente a un piquete de las fuerzas públicas, que lanzar a distancia una piedra contra un funcionario policial. No obstante, como explicaremos más adelante, la progresiva y variada cadena de actos que conforman la lucha no violenta no está necesariamente atada al riesgo físico o personal, pues existen diversas formas y grados de participación, y la verdad es que todos los individuos de la sociedad democrática, absolutamente todos, pueden colaborar en mayor o en menor medida. Simplemente queremos enfatizar que resulta más fácil convencer

<sup>5</sup> SHARP Gene; *Waging Nonviolent Struggle: 20th Century Practice and 21st Century Potential*. (2005), Extending Horizons Books, Boston 2005, p. 21, 346 y 363-364.

<sup>6</sup> SHARP Gene; *Waging Nonviolent Struggle: 20th Century Practice and 21st Century Potential*. (2005), Extending Horizons Books, Boston 2005, p. 21, 346 y 363-364.

del empleo de la lucha no violenta a quien está dispuesto a recurrir a la violencia que a una persona temerosa.<sup>7</sup> Gandhi decía: “*si hubiera de optar entre la cobardía y la violencia, yo elegiría la violencia*”.<sup>8</sup> Los que frente a la dictadura están dispuestos a arriesgar sus vidas respondiendo con violencia, se muestran dispuestos a cambiar de método de lucha cuando comprenden dos cosas: 1) que la no violenta es más efectiva y exige mucho más valor que la violenta, y 2) que mientras más injusta sea la respuesta de los cuerpos de seguridad, mayores serán las dudas que se irán generando en muchos de esos funcionarios y militantes en general, quienes a la larga, y ése es uno de los objetivos fundamentales, pueden dejar de obedecer al régimen, o cooperar sigilosamente con las fuerzas democráticas.<sup>9</sup>

La historia universal demuestra que en el largo plazo, la respuesta más efectiva contra la violencia y la brutal represión, es demostrar que éstas no causan sumisión, sino mayor rebelión.<sup>10</sup>

La lucha no violenta, aparte de la valentía y coraje, implica *desafiar pacífica y progresivamente, con mucho ingenio, creatividad y planificación*, al régimen injusto y antidemocrático. No se trata de un acto que se realiza en un día como algunos pudieran pensar, y aunque es posible que dure varios años, no necesariamente tiene que ser así. La mayor o menor planificación y la disciplina del movimiento son los principales factores que determinan el tiempo de duración. Usualmente esos desafíos constan de tres fases que pueden solaparse: i) manifestaciones simbólicas y protestas moderadas, ii) desobediencia a leyes específicas y la realización de actos concretos de no cooperación, y iii) rebeldía abierta y generalizada contra el Estado como tal. Sin embargo, se debe tener muy claro que ese desafío no tiene

<sup>7</sup> Como se ha dicho, valiente no es la persona que no siente miedo, sino la que lo siente y lo vence.

<sup>8</sup> FISCHER LOUIS; “*Gandhi: su vida y su mensaje a la humanidad*”, Editorial Suma Letras, S.L. Segunda Edic., España, 2001, p. 170.

<sup>9</sup> Cuando se trata de una inmensa multitud, el régimen se encontrará con la imposibilidad práctica de privarle la libertad a todos los manifestantes. Así, por ejemplo, tendría que utilizar los estadios deportivos para recluir a tanta gente; y luego se encontraría con un problema mayor que es el de tener que dotar de alimentos y de condiciones de salubridad mínimas a todos los detenidos, con el agravante de que si no lo hace, u opta por incrementar la violencia y la represión (cuestión que es de esperar), comenzará de inmediato a perder legitimidad y el apoyo de la mayoría de sus propios militantes. Es así como funciona la no violencia. Es así como han caído férreas dictaduras.

<sup>10</sup> SHARP, *Waging Nonviolent Struggle...*, ob cit., p. 487.

por fin último desestabilizar al gobierno, sino rescatar valores, derechos humanos y garantías fundamentales de toda democracia. Si el régimen restablece las garantías democráticas vulneradas, igualmente la lucha no violenta debe cesar.

Cabe advertir, que es común que cuando una dictadura se desintegra otra nueva quiera ocupar su lugar. Es más, *“aun antes del desplome de la dictadura, miembros del régimen pueden intentar acortar el proceso de la lucha desafiante por la democracia dando un golpe de estado a fin de escamotear la victoria que lograría la resistencia popular. Pueden proclamar que han expulsado la dictadura, pero de hecho buscan sólo imponer un modelo más o menos renovado de la anterior”*.<sup>11</sup>

En fin, cualquier gobierno o dictadura del mundo pudiera desintegrarse, si en lugar de restituir los derechos fundamentales cercenados, da largas al asunto (creándose así un efecto bola de nieve), o peor aún, resuelve emplear la violencia para reprimir y sofocar esas protestas pacíficas. Ese desafío, que puede originarse con pequeñas manifestaciones simbólicas, dentro del

<sup>11</sup> SHARP Gene, *“De la Dictadura a la Democracia”*, <http://www.aeinstein.org/> p. 78. De allí la necesidad de tener planificada la nueva democracia y el nuevo plan de gobierno, para evitar que eventos como los ocurridos en Venezuela el 12 y 13 de abril de 2002 se repitan. Tenemos la impresión de que no han sido debidamente analizados en su justa dimensión los importantes antecedentes y hechos del 11 de abril de 2002. Se pretende ignorar que fueron altos oficiales afectos al gobierno (general Manuel Antonio Rosendo entre otros) quienes se negaron a obedecer la orden del Presidente Chávez de activar un plan militar (Plan Ávila) para reprimir a los manifestantes. Asimismo, se le resta importancia a que fue el Alto Mando Militar designado por el propio Presidente Chávez, quien en la madrugada del 12 de abril le exigió su renuncia; y luego de esto, es decir en las horas subsiguientes, es cuando se produce el aludido “golpe”, pero no contra el régimen del Presidente Chávez, que ya había sido desconocido por sus más leales y cercanos oficiales y abandonado por los restantes funcionarios públicos, sino entre las propias fuerzas democráticas. Desde nuestro punto de vista, lo que ocurrió fue una *división* de las fuerzas democráticas por no haber realizado una debida planificación estratégica. Es por ello, que se vieron luego sorprendidas con los anuncios de Pedro Carmona Estanga, quien, en un ambiente de caos e improvisación, se autojuramentó en esa misma fecha. Y es por eso, que gran parte de esas fuerzas democráticas, comenzando por la más importante, la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), no apoya las pretensiones de Carmona Estanga, al punto que su representante, para ese entonces Carlos Ortega, no asiste al acto ni firma el Decreto que pretendía establecer el nuevo gobierno. Al día siguiente, es decir el 13 de abril, el general Raúl Isaías Baduel, (actualmente encarcelado) se opuso al nuevo régimen de Carmona Estanga, y empezó a buscar activamente el modo de restaurar al Presidente Chávez en el poder, lo cual no le resultó difícil en vista de la falta de legitimidad de Carmona Estanga. Para mayor información véase: [http://es.wikipedia.org/wiki/Golpe\\_de\\_Estado\\_en\\_Venezuela\\_de\\_2002](http://es.wikipedia.org/wiki/Golpe_de_Estado_en_Venezuela_de_2002)

marco de la legalidad, debilita realmente al régimen cuando una multitud considerable, precisamente por rescatar esos motivos o valores superiores y colectivos (libertad, democracia, derechos humanos etc.), está dispuesta a incurrir progresivamente en una serie de conductas u omisiones (no cooperación), que al menos, desde el punto de vista meramente formal, podrían ser calificadas de *ilegales* (desobediencia al régimen antidemocrático). En pocas palabras, lo moral y esencial priva sobre lo meramente legal y formal. En palabras de Thoreau, “*lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino por la justicia*”.<sup>12</sup> Una norma de naturaleza reglamentaria o administrativa (como sería la autorización de una marcha), o normas legales que imponen el adoctrinamiento de la población, o el pago de impuestos al régimen totalitario, mal pueden frenar o impedir el rescate de valores y principios fundamentales como la libertad, la democracia y los derechos humanos. Así se desprende, incluso, de la propia Constitución venezolana vigente, que en su artículo 350 consagra no sólo el sagrado derecho sino el más indispensable *deber* del pueblo venezolano de desconocer *cualquier régimen, legislación o autoridad* que contrarie esos principios.<sup>13</sup>

## II. REFLEXIONES EN TORNO A LAS MARCHAS

La sólo escogencia de la vía pacífica no es suficiente. Distinguir los distintos objetivos de cada método de protesta resulta prioritario, y una adecuada planificación estratégica es imperativa. En Venezuela algunas manifestaciones estudiantiles simbólicas, han resultado exitosas en sus objetivos, otras,

<sup>12</sup> THOREAU Henry D.; *Desobediencia civil* (1849), Alianza Editorial, Traducción Ma. Eugenia Díaz, Madrid 2005, p. 87.

<sup>13</sup> “Artículo 350: *El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos.*” En contra de nuestra postura, véase sentencia de la Sala Constitucional del TSJ N° 24 del 22 de enero de 2003, en la que se señala que tal “derecho de desobediencia” no puede surgir en contra de órganos del poder público democráticamente electos, sino en contra de regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar. Omite el TSJ señalar que la norma constitucional se refiere a “*cualquier*” régimen o autoridad, y no solamente a los regímenes militares de fuerza. Consideramos que más que un derecho es un sagrado deber, o como establecía la Constitución Francesa de 1793: “*Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes*”. Para un análisis constitucional y antecedentes del artículo 350 véase BREWER-CARIAS Allan; “El conflicto democrático entre el deber de obediencia y el derecho a la desobediencia civil”; en Apéndice “LA DEMOCRACIA VENEZOLANA A LA LUZ DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA”, p. 60 y ss <http://www-allanbrewercarias.com>

como las marchas, no tanto. La marcha realizada el 11 de abril de 2002, sin duda la más importante y multitudinaria que se haya realizado en Venezuela, merece un comentario especial, ya que por una parte desafió al régimen del Presidente Chávez al no ceñirse a la ruta originalmente autorizada, pero por otro lado, también desbordó a las fuerzas democráticas que no tenían previsto y debidamente planificado llegar ese día al palacio de Miraflores, y mucho menos existía evidencia de compromiso alguno sobre el nuevo plan de gobierno. Ese histórico acontecimiento pone de manifiesto dos grandes aspectos: i) que la lucha no violenta sí logra remover los más grandes cimientos de un régimen cuando finalmente logra persuadir a algunos de sus cercanos colaboradores de que lo desobedezcan; y ii) la ausencia de una debida planificación estratégica general por parte de las fuerzas democráticas puede desembocar en caos, improvisación y riesgos de nuevas dictaduras. (Véase supra nota 11).

Las manos pintadas de blanco, la escritura humana en la Cota Mil de la palabra "Libertad", la protesta silenciosa en Venevisión, y otras similares como la del Metro, y más recientemente la bienvenida en el aeropuerto, han sido tan ingeniosas como persuasivas en los mensajes que quisieron transmitir (libertad, democracia, pluralismo y reconciliación). Estas manifestaciones simbólicas cumplieron el objetivo principal que perseguían: lograr llamar la atención de la colectividad y estimular a que un mayor número de personas se sume a la reconquista de esos valores fundamentales. Con dichas manifestaciones creativas, la gente se percató, aunque no en proporciones significativas, que existen mecanismos de protesta distintos a las marchas.

Sin embargo, por razones que desconocemos, esas formas de protestas creativas, en lugar de tener mayor auge, comenzaron en los siguientes meses a ser abandonadas y sustituidas por los inconvenientes "debates estudiantiles televisados", y por la realización de más y más marchas. Los estudiantes venezolanos en la realización de las marchas, han seguido el mismo patrón de sus padres: convocan las marchas con gran motivación y entusiasmo, pero comienzan a sentir un gran sentimiento de frustración, rabia e impotencia, cuando se pone en duda la obtención de los respectivos permisos, o cuando el gobierno anuncia que la marcha sólo podrá llegar hasta tal o cual sitio.

El éxito de la marcha de la sal de Gandhi estuvo, no en la cantidad de kilómetros que durante días logró marchar, ni tampoco en la cantidad de miles

de personas que terminó acompañándolo, sino en que pudo llegar hasta el objetivo anunciado (el mar) y con un puñado de sal en la mano pudo desafiar simbólicamente al imperio británico, quien tenía el monopolio exclusivo de la explotación de la sal en la India. Gandhi nunca esperó tener permiso para la realización de dicha marcha. Por el contrario, fue detenido al culminar ésta. De haber Gandhi solicitado y obtenido permiso del imperio británico para marchar hasta el mar y poder tomar con su mano, tan sólo un puñado de sal, su heroica travesía no hubiese sido más que una demostración de sus excelentes condiciones físicas. En efecto, ¿cómo puede desafiar y debilitar una manifestación que el propio régimen ha autorizado?

Todo dictador sabe muy bien que la recompensa de cualquier protesta que alcanza su objetivo y lo desafía con valores legítimos, es que en la próxima manifestación habrá más seguidores. En cambio, la consecuencia lógica de una marcha pacífica que se realiza cuando discrecionalmente lo dispone el régimen y que llega exactamente hasta el sitio que previamente determina el régimen, no es más que una genuina muestra de obediencia y sumisión, al menos de quienes las organizan. Por tanto, no es de extrañar que ese tipo de manifestaciones sólo contribuyan al aumento de la desesperanza y frustración.

Las marchas probablemente configuren el mecanismo de protesta más común, pero no necesariamente el más efectivo, sin duda alguna el más riesgoso, y en la mayoría de las veces el menos planificado, al menos en lo que respecta a su etapa final que es la más importante de todas. En efecto, las marchas, en la medida en que crecen y se convierten en un verdadero desafío para el régimen, conducen inevitablemente a un escenario en el que se produce un doble desafío: por un lado, están quienes desafían al régimen anunciando que llegarán hasta tal sitio, y por el otro, el régimen que les responde "no pasarán." La victoria o la derrota dependerá del bando que cumpla su palabra. Y si el movimiento no tiene una gran disciplina y no está suficientemente preparado para enfrentar esa situación, entonces, tiene las de perder.

Marchar para no alcanzar el objetivo, o marchar sólo hasta donde lo permite y autoriza el régimen, no tiene sentido alguno. No queremos decir con esto, que un movimiento no violento deba concentrarse en otros mecanismos de protesta y olvidarse para siempre de las marchas. Lo que queremos decir, es que, mientras el movimiento no esté debidamente pre-

parado para con ingenio y perseverancia (nunca con violencia) traspasar esas barreras, debe concentrarse en otros mecanismos de protesta que continúen sumando éxitos y motivando al movimiento. Por lo general, cuando las marchas llegan a la barrera impuesta por la fuerza pública, si no hay tácticas que seguir, comienza la improvisación, la cual a su vez le abre el paso a los brotes de violencia propiciados por la propia fuerza pública que arremete injustamente contra los manifestantes para dispersarlos. Por ello, y porque la mayoría rechaza la violencia, sobre todo si es de su propio bando, se produce, en la generalidad de los casos, una retirada deshonrosa. Frecuentemente, las marchas fallan en un aspecto fundamental: todos los esfuerzos organizativos se concentran en la convocatoria, ruta, permisos (avanzar con o sin ellos), pero ningún tipo de tácticas se planifican para el aspecto más crucial e importante de todos: superar la barrera que con toda seguridad estará aguardando por la marcha “unas cuadras antes” de llegar ésta a su destino. Esa planificación requiere determinar, por ejemplo, si se irá a una dinámica de resistencia (avance y retroceso), o de concentración durante varios días a la intemperie o, si, por el contrario, se piensa burlar con astucia y creatividad dicha barrera, arribando al sitio de destino de la marcha de una manera distinta a la esperada por el régimen. Comprender que la principal función de esa barrera, es desmoralizar a las multitudes, es el primer paso que permite traspasarla.

Por otra parte, con bastante frecuencia los líderes de las fuerzas democráticas se enfrentan al siguiente dilema: i) garantizar la plena seguridad de las multitudes que conducen, o ii) convencer a la multitud de que, independientemente de las condiciones de seguridad, se debe marchar y asumir las consecuencias. En nuestro criterio, esto no es más que un falso dilema.

Consideramos que no se debe promover la sensación de plena seguridad en las manifestaciones, y mucho menos, acompañar las marchas con música y un ambiente festivo etc., porque, además de que se desnaturaliza el propósito, es absurdo esperar que el propio régimen ofrezca permanentemente a sus adversarios condiciones de seguridad para que éstos lleven adelante y con mayor impacto sus desafíos. Tampoco consideramos que se debe convencer a la multitud de que debe protestar independientemente de las consecuencias,<sup>14</sup> ya que esto implicaría una carga espiritual muy pesada

<sup>14</sup> Consecuencias que deben ser debidamente analizadas (riesgos vs. beneficios) y minimizadas con una adecuada planificación.

en caso de que resultare una masacre o detenciones masivas, todo lo cual es de esperar cuando se desafía a un régimen totalitario.

Quienes deciden desafiar pacíficamente a una dictadura, deben hacerlo por propia convicción, y conscientes de que en toda lucha contra un estado totalitario, es de esperar sanciones, detenciones, bajas y heridos; incluso, deben estar conscientes de que en la medida en que avance la lucha no violenta, y más amenazada y debilitada se encuentre la dictadura, mayor será la represión y violencia que ésta empleará para sobrevivir. Sin embargo, a través de la lucha no violenta, y de una adecuada preparación y planificación estratégica que disminuya ese riesgo, ese número podrá ser significativamente menor.

En Serbia, el manual que elaboró el movimiento OTPOR y que se distribuyó entre la población para luchar contra la dictadura socialista de Milosevic, hacía énfasis, entre otros aspectos, en que: 1) la lucha no violenta era una técnica exitosa; 2) que la represión era inevitable, y 3) que el movimiento estaba consciente de la necesidad de ofrecer a la población métodos de protesta de bajo riesgo.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> En 1996 se iniciaron las protestas en contra del Presidente socialista Slobodan Milosevic por el no reconocimiento de los resultados en las elecciones municipales a favor de la oposición. En 1997, finalizaba el periodo constitucional de su mandato presidencial, y en vista de que no le estaba permitida su reelección, reformó la Constitución para obtener su reelección por dos periodos adicionales. En octubre de 1998, se formó una organización de estudiantes denominada OTPOR ("Resistencia"), con una estructura de liderazgo horizontal, completamente descentralizada, sin una cabeza visible que pudiera ser perseguida por el régimen, todo ello para protestar contra la nueva Ley de Educación, pero pronto la organización se percató de que nada lograría oponiéndose sólo a una parte del régimen de MILOSEVIC. Por ello, luego decidió centrar sus principales demandas en: 1) elecciones libres y justas; 2) Universidad libre, y 3) garantías para los medios de comunicación independientes. Más de 1000 miembros en 42 ciudades se entrenaron en técnicas de lucha no violenta, utilizando para ello manuales que adoptaban los métodos de Gene Sharp. La represión contra el movimiento no se hizo esperar, pero en septiembre de 2000, MILOSEVIC se vio en la necesidad de adelantar las elecciones, cuyos resultados luego no reconoció, hasta que finalmente, en octubre de ese mismo año y luego de una intensa lucha no violenta, el Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia, único país que defendía el régimen, le aconsejó a MILOSEVIC reconocer la victoria de la oposición, pues, de esa manera, habría menos presión del mundo en su extradición para ser juzgado ante la Corte Internacional de la Haya, lo cual, igualmente, ocurrió seis meses después. Véase PAULSON Joshua; *Removing Dictator in Serbia 1996-2000*. SHARP, *Waging Nonviolent Struggle*, ob cit. p.315 y ss.

### III. APLICACIÓN DE LA LUCHA NO VIOLENTA

Hasta ahora se han reseñado 198 mecanismos de protesta, y por supuesto, hay muchos más, pues, la creatividad y la imaginación son los límites.<sup>16</sup> Los métodos de lucha no violenta han sido divididos en tres grandes grupos o fases:

- i) *Manifestaciones persuasivas*: tienen por fin motivar la participación, captar la atención y advertir al régimen que es conveniente que cambie de rumbo y restituya los valores amenazados. Constituyen generalmente las primeras acciones de protesta de la lucha no violenta. Ejemplos típicos de este método, son: concentraciones, mítines, caravanas, vigiliias, foros, ruedas de prensa, volantes, cacerolazos; simbología en vestimenta, vallas, postes, estatuas o sitios públicos; marchas, y huelgas de hambre, entre otras;
- ii) *La No Cooperación*: La segunda fase apunta a debilitar las diferentes fuentes de poder del dictador.<sup>17</sup> Configura un desafío mucho más ambicioso e importante, y por tanto, requiere mayor planificación. Ejemplos típicos de este método, son: desobediencia a leyes injustas, boicot a las organizaciones dependientes del régimen, boicot contra ciertos productos, retiro de depósitos de los bancos o cancelación de servicios de instituciones del Estado totalitario; negativa a contratar con entes del régimen; boicot a los comerciantes que cooperan con el régimen; funcionarios gubernamentales que ya no funcionan con su normal eficiencia o que se quedan en sus casas; negarse a pagar impuestos;<sup>18</sup> etc.;

<sup>16</sup> SHARP, *Waging Nonviolent Struggle*, ob cit., p. 49 y ss. Asimismo, esos 198 métodos de protesta pueden ser consultados en la célebre obra de este autor traducida en 23 idiomas titulada "De la Dictadura a la Democracia", que es del dominio público y puede ser reproducida sin el permiso del autor: <http://www.aeinstein.org/> Dicha obra, ha sido referencia en muchas luchas no violentas, y ha sido satanizada por varios regímenes. El Presidente Chávez hace unos años criticó a este autor. Véase Patricia Torres Uribe, Diario Tal Cual "Chávez desinformado", Junio 19, 2007.

<sup>17</sup> Destacan seis fuentes de poder en todo régimen: 1) Legitimidad (moral y política). 2) Recursos humanos que obedecen al dictador. 3) Conocimientos y tecnologías especializadas que requiere el régimen. 4) Factores ideológicos. 5) Recursos materiales y financieros, dentro de los cuales se incluyen el acceso y explotación de recursos naturales, transporte y comunicaciones, y 6) Capacidad para castigar con o sin violencia. Rara vez estas seis fuentes de poder están completamente presentes o completamente ausentes en una dictadura. SHARP, *Waging Nonviolent Struggle*, ob cit., p. 29-30.

<sup>18</sup> "Existen indicios de que una parte de los ingresos tributarios está siendo empleada para financiar, armar y entrenar grupos irregulares...[ ]. Hay también indicios de que los inte-

iii) *Métodos de intervención o de obstrucción*: Son todas aquellas acciones tendientes a intervenir el control u obstaculizar las políticas gubernamentales del régimen. Son más directas e inmediatas que las anteriores y por ende algunas de estas acciones pueden resultar más difíciles de mantener por mucho tiempo sobre todo si se realizan cuando la lucha no está muy avanzada. Ejemplos típicos de este método son: entrar y sentarse en ciertas oficinas públicas; sobrecargar el sistema gubernamental o cualquiera de sus instalaciones; sobrecargar el sistema administrativo y judicial (vgr: recursos masivos contra reparos fiscales); tardarse a propósito para completar un trámite o una determinada conducta; obstaculizar pacíficamente la entrada a instituciones públicas indispensables para el régimen; crear un sistema alternativo de educación; invasión de espacios; crear instituciones paralelas; proyectos de leyes alternativas que entrarán en vigencia al rescatarse la democracia y que estimulen la no cooperación (p. ej: Proyecto de Ley de Remisión Tributaria con vigencia a partir de la restauración de la democracia) etc.<sup>19</sup>

El fin último de cada uno de estos métodos, no es derrotar a los defensores del régimen, sino rescatar valores fundamentales socavando las fuentes de

---

*grantes de esos grupos irregulares, por órdenes del Gobierno, han causado daños a bienes y lesiones a personas. Esos son indicios graves, precisos y concordantes...[ ]. Teniendo en mente la continuada infracción de la Constitución, ¿puede exigirle el Gobierno a los ciudadanos que continúen sufragando impuestos? Pareciera que la respuesta ha de ser no, un contundente no. La verdad sea dicha, el Gobierno no puede pedirle a los ciudadanos que contribuyan al financiamiento de grupos irregulares. Los impuestos no pueden destinarse, ni en todo ni en parte, para pagar armas que, de acuerdo a lo que se dice, pueden llegar a ser utilizadas contra los ciudadanos. Ni el Gobierno, que hasta ahora se ha negado a rendir cuentas, tiene autoridad moral para exigirle a los ciudadanos que continúen honrando sus obligaciones tributarias, ni los contribuyentes se hallan obligados a pagar esas obligaciones".* MUCI-BORJAS José Antonio; "La invitación a la desobediencia de la ley". [http://www.uru.org/papers/DesobedienciaFiscal\\_Muci.htm](http://www.uru.org/papers/DesobedienciaFiscal_Muci.htm). Henry D. Thoreau, quizá el primero en promover la desobediencia civil y tributaria señaló en 1849: "Si mil hombres dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacitará al Estado para cometer actos de violencia y derramar sangre de los inocentes". THOREAU Henry D.; *Desobediencia civil y otros escritos*. Traducción de Ma. Eugenia Díaz, Alianza Editorial, Madrid 2005, pp. 97, 100, 104 y 107.

<sup>19</sup> Consideramos que las "guarimbas" (cierre de calles y autopistas de una manera desorganizada y no planificada) están destinadas a causar más molestias a los propios ciudadanos que las realizan, que al propio régimen que se quiere combatir.

poder del dictador y convirtiéndolo en aliados, de manera abierta o encubierta, a buena parte de sus funcionarios.

#### IV. ¿OTRAS ALTERNATIVAS: GOLPES DE ESTADO, ELECCIONES, SALVADORES EXTRANJEROS, NEGOCIACIÓN?

a) **Golpes de Estado:** Señala el profesor Sharp, en su célebre obra *De la Dictadura a la Democracia*,<sup>20</sup> criticada y hasta quemada en regímenes totalitarios,<sup>21</sup> que un golpe militar contra una dictadura puede parecer una de las maneras más rápidas y fáciles de derribar un régimen totalitario. Sin embargo, existen serios inconvenientes con respecto a esta salida, pues, en criterio de dicho profesor, deja intacta la distribución negativa del poder entre la población y la élite de control del gobierno y sus fuerzas armadas. Lo más probable, es que otro grupo semejante ocupe su lugar. Teóricamente, este grupo puede ser menos duro en su comportamiento, y más dispuesto a abrirse de manera limitada a las reformas democráticas. Sin embargo, el caso opuesto es lo más probable.

Después de consolidar su posición, el nuevo grupo puede resultar más despiadado y más ambicioso que el anterior, y al no tener control de otras instituciones o Poderes Públicos, podrá hacer lo que quiera sin preocuparse de la democracia o los derechos humanos. Por ello, se descarta esta salida al problema de la dictadura.

b) **Elecciones:** Bajo un régimen que lo controla todo, las elecciones no constituyen un instrumento para un cambio político significativo. Apunta el profesor Sharp que: *“algunos regímenes dictatoriales, tales como los del antiguo bloque oriental dominado por la Unión Soviética, simulaban elecciones sólo con el propósito de aparentar ser democráticos. Pero estas elecciones eran simples plebiscitos rigurosamente controlados, para obtener la aprobación pública de los candidatos escogidos por los dictadores. Estos, de cuando en cuando, debido a la presión a que están sometidos, podrían tal vez aceptar nuevas elecciones, pero éstas estarían manipuladas para colocar marionetas civiles en los puestos de gobierno. Si a los candidatos de la oposición se les hubiera permitido concurrir a las elecciones, y hubieran sido electos como ocurrió en Birmania en 1990, o en Nigeria en 1993, los resultados habrían sido simplemente ignorados*

<sup>20</sup> <http://www.aeinstein.org/>

<sup>21</sup> The Wall Street Journal - “American Revolutionary: Quiet Boston Scholar Inspires Rebels Around the World” by Philip Shishkin, September 13, 2008 (Off-site link).

y los supuestos “vencedores” habrían estado sujetos a intimidación, arrestados o hasta ejecutados. Los dictadores no están interesados en unas elecciones que puedan apartarlos de su trono”.<sup>22</sup>

c) **Salvadores extranjeros:** También señala el profesor Sharp, que es común que las personas que sufren una dictadura, o que han tenido que exiliarse para escapar de ella, depositen todas sus esperanzas en la acción de fuerzas extranjeras. Creen que sólo una ayuda internacional puede ser lo bastante fuerte como para derribar al todopoderoso dictador.

Esa visión de que los oprimidos son incapaces de actuar eficazmente, es algunas veces correcta, pero por tiempo limitado. Con frecuencia, la población sometida evita la lucha, y está temporalmente incapacitada para ella, porque no tiene confianza en su propia capacidad de enfrentar la dictadura feroz, y no ve una manera razonable de rescatar la democracia por su propio esfuerzo. En consecuencia, no es extraño que confíe sus esperanzas de liberación a la acción de otros, especialmente, a la acción de organismos internacionales, o potencias extranjeras lo suficientemente fuertes como para derribar a los dictadores.

Indica el profesor Sharp que una situación así puede parecer consoladora, pero existen graves problemas en cuanto a la confianza depositada en un salvador foráneo. Esa esperanza puede resultar errada y hasta ingenua. Por lo general, no van a llegar salvadores extranjeros. Si interviene otro Estado, probablemente no deba confiarse en él.

*“Hay unas cuantas ásperas realidades con respecto a esa confianza en la intervención extranjera que habría que destacar aquí:*

- ▶ *Con frecuencia los estados extranjeros tolerarán, o ayudarán, inclusive, a la dictadura a fin de avanzar sus propios intereses económicos o políticos.*
- ▶ *Los estados extranjeros podrían estar dispuestos a vender al pueblo oprimido a cambio de otros objetivos, en lugar de mantener las promesas que le hicieran de ayudarlo en su liberación.*

<sup>22</sup> SHARP, “De la Dictadura a la Democracia”, en <http://www.aeinstein.org/> p. 6. Lo mismo ocurrió en Serbia. Actualmente ocurre algo más sofisticado con la Alcaldía Metropolitana de Caracas puesto que aunque le fue reconocido el triunfo electoral al candidato de la oposición, inmediatamente después fue privada dicha Alcaldía de sus competencias naturales y de la mayor parte de su presupuesto por vías supuestamente legales. Si no se cuenta con un método de lucha para que sean reconocidos los resultados y respetada la investidura del cargo, de nada sirve ganar elecciones.

- ▶ Algunos estados extranjeros actuarán contra la dictadura, pero sólo a fin de ganar para sí mismos el control económico, político y militar del país.
- ▶ *Los estados extranjeros podrían involucrarse activamente para fines positivos sólo cuando hubiere un movimiento interno que ya haya comenzado a sacudir la dictadura y logrado que la atención internacional se enfoque sobre la índole brutal del gobierno*.<sup>23</sup>

d) **¿Espacio para la negociación?**: En un sentido amplio, la lucha no violenta es parte de una gran negociación en pleno desarrollo: el movimiento no violento está dispuesto a cesar en los desafíos pacíficos a cambio de la restitución de los valores fundamentales cercenados. De lo contrario, es el propio régimen que se desestabiliza a sí mismo hasta llegar a un punto en que se desintegra.<sup>24</sup>

Ahora bien, en cuanto a la negociación propiamente dicha, en el 2004 escribimos que *“la diferencia fundamental entre un dictador y un secuestrador es que este último accede a liberar al secuestrado porque en realidad no está interesado en quitarle la vida, sino en la recompensa, mientras que el dictador secuestra la democracia para aniquilarla, pues de ello depende su permanencia en el poder. Las circunstancias, a veces, nos obligan a negociar, y también las circunstancias, a veces, obligan a los terroristas, e incluso a los dictadores, a negociar. El dictador generalmente negocia la devolución de la democracia a cambio de su huida, cuando reconoce que continuar con su dictadura le resultará inconveniente, bien porque su vida o libertad están en peligro, bien porque sabe que sus fuerzas represivas han sido desbordadas. Es común que fuera de estos supuestos, las negociaciones que realiza el dictador, no son para devolver la democracia que le interesa aniquilar, sino para lograr nuevas concesiones y prolongar su permanencia en el poder. Y en esas negociaciones los demócratas que realizan una “última” concesión, lo hacen con la misma posibilidad de éxito que tiene aquél que le da un “último” pedazo de carne al tigre para que se convierta en vegetariano. De allí que tarde o temprano nos encontraremos de nuevo con el dilema de continuar por la “ruta electoral” o tratar de activar alguna otra alternativa, que mientras no desarrollemos, nunca podremos activar. El problema de la “ruta electoral” es que nadie sabe dónde termina:*

<sup>23</sup> SHARP, “De la Dictadura a la Democracia”, Ob. cit., p. 7.

<sup>24</sup> MEZGRAVIS Andrés, ¿Cuándo se debe negociar? El Universal, 6 de marzo de 2004. [http://www.el-universal.com/2004/03/06/opi\\_art\\_06491E.shtml](http://www.el-universal.com/2004/03/06/opi_art_06491E.shtml)

*¿con las elecciones regionales?, ¿cuando se realicen los reparos o el referéndum y no se respeten sus resultados?, o ¿luego de la elección presidencial del 2007, del 2013 o del 2021? En nuestra opinión, no se trata, como algunos indican, de escoger entre la desobediencia cívica y la ruta constitucional, pacífica y democrática. Se trata de encarar la dura realidad.*"<sup>25</sup>

## V. ¿ES NECESARIO UN LÍDER Y ESPERAR HASTA SER MAYORÍA?

En el pasado, algunas luchas no violentas fueron conducidas por líderes como Gandhi, o Luther King. Sin embargo, hay varios ejemplos de luchas no violentas en las que resulta difícil o hasta imposible identificar un líder.<sup>26</sup>

Más aún, hay luchas no violentas como la de Serbia que deliberadamente fueron desarrolladas con un liderazgo horizontal y completamente descentralizado, pues, se tenía muy claro, que de esa manera le resultaría mucho más difícil al régimen aniquilar el movimiento al no poder asesinar o hacer prisioneros a los líderes individuales. De manera que, resulta completamente posible y hasta conveniente que un movimiento u organización de esta índole se conduzca bajo un liderazgo de grupos horizontales cuyos coordinadores pueden ser fácil y rápidamente reemplazados en caso de detenciones.<sup>27</sup>

En cuanto a esperar hasta ser una abrumadora mayoría, debemos señalar, siguiendo la línea de pensamiento de Thoreau, que una *minoría moral* re-

<sup>25</sup> MEZGRAVIS Andrés, "La alternativa subestimada", El Universal, 29 de marzo de 2004. Cabe advertir que, recortar el lugar de llegada de las marchas a cambio de que el Estado garantice "condiciones de seguridad", son típicos ejemplos de negociaciones que fomenta un régimen totalitario, porque sabe que frente a un movimiento que lo desafía sin violencia, tiene un panorama "perder-perder": si utiliza la represión pierde y si no la utiliza también. En cambio, si el régimen logra negociar con los organizadores de la marcha para convencerlos de conformarse con llegar hasta donde el régimen caprichosamente dispone, o retirarse a la hora predeterminada, entonces ello le permitirá, no sólo evitar una derrota segura, sino vanagloriarse ante el mundo de su talante democrático y de que además le brinda protección a su "débil" adversario. Asimismo, el dictador sabe que ese tipo de acuerdos terminan por convertir a los organizadores de esas marchas en responsables de la enorme frustración que ese tipo de negociaciones genera en la sociedad.

<sup>26</sup> SHARP, *Waging Nonviolent Struggle*, ob cit., pp. 346 y 363-364.

<sup>27</sup> La clandestinidad no es una opción conveniente para la lucha no violenta. Además de que resulta prácticamente imposible evitar que los cuerpos de seguridad del régimen se enteren de los planes; la clandestinidad no sólo tiene su razón de ser en el miedo, sino que contribuye a aumentarlo, y a menudo, puede causar conflictos internos innecesarios por las medidas de seguridad adoptadas. Todo esto, debilita el espíritu de lucha y reduce el número de personas que podrían participar en una acción específica. En este sentido, véase SHARP, "De la Dictadura a la Democracia", en <http://www.aeinstein.org/> p. 34.

*suelta puede corregir los males de la mayoría.* El que está en minoría no tiene ningún poder mientras sea sumiso a la voluntad de la mayoría, ya que en ese caso, ni siquiera alcanza a distinguirse, porque en realidad no es mucho mejor que ésta. Cabe recordar, que no hay virtud en quien sólo mantiene sus principios y valores cuando es mayoría y no asume riesgo alguno.

Una dictadura subiste, no porque los hombres buenos sean minoría, sino porque una buena parte de quienes la critican, creen que deben obedecerla y cooperar con ella hasta que la mayoría esté dispuesta a luchar en su contra.

Cuando la justicia está del lado de la minoría circunstancial y ésta se opone con todas sus fuerzas, no hay dictadura ni fuerza del mal que pueda detenerla.

## VI. ENCARANDO LA DURA VERDAD

Señala el profesor Sharp, que la conclusión es dura. La lucha no violenta no funciona por arte de magia. Cuando se quiere echar abajo una dictadura con la mayor efectividad y al menor costo, hay que emprender estas cuatro tareas:

- ▶ Se debe fortalecer a la población oprimida en su determinación de luchar, en la confianza en sí misma y en sus aptitudes para resistir;
- ▶ Se debe fortalecer a los grupos sociales e instituciones independientes del pueblo oprimido;
- ▶ Se debe crear una poderosa fuerza de lucha no violenta debidamente adiestrada; y
- ▶ Se debe desarrollar un amplio y concienzudo plan estratégico global para la lucha no violenta y ejecutarlo con destreza.<sup>28</sup>

Por nuestra parte, agregaríamos una quinta tarea: elaborar, discutir y divulgar el plan de gobierno democrático que las fuerzas democráticas se comprometen a aplicar una vez desintegrada la dictadura. Esto, a su vez, le cerrará el paso a nuevas dictaduras.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> SHARP, *De la Dictadura a la Democracia*, ob. cit., p. 8.

<sup>29</sup> En un reciente artículo de prensa, exponíamos que difícilmente se abandona un producto aunque sea malo si no se conoce uno mejor. MEZGRAVIS Andrés, "Cambio de Marca" El Universal, 24 de marzo de 2009. [http://blogs.eluniversal.com/2009/03/24/opi\\_art\\_cambio-de-marca-\(tm\)\\_24A2265257.shtml](http://blogs.eluniversal.com/2009/03/24/opi_art_cambio-de-marca-(tm)_24A2265257.shtml)

Para finalizar, una última reflexión inspirada en las enseñanzas de Thoreau: Ciertamente, nadie está obligado a dedicar su vida a la erradicación de una dictadura, ya que es lícito que cada quien establezca, según su propia conciencia, sus prioridades en la vida. Sin embargo, sí es un deber ineludible de todo ciudadano honrado, no cooperar con ella. De allí, que el mayor obstáculo de la lucha no violenta no es el gran poder que detenta el dictador, sino la *gente decente* que sin estar de acuerdo con las conductas, encarcelamientos y leyes injustas de la tiranía, coopera con ella sin mucha conciencia; algunos por el *hábito*<sup>30</sup> de obedecer a la autoridad y las leyes, otros, con el pretexto y la ilusión de evitar conflictos y conservar el *orden*.<sup>31</sup> Ambos casos son grandes obstáculos para la lucha no violenta. Mientras esos obstáculos subsistan, la sociedad democrática estará condenada a estar oprimida por la dictadura y el totalitarismo. Hábitos de no cooperación en sustitución de sumisión ciega al régimen injusto, es el primer paso. Tener conciencia de que el orden y la paz social, más que un deber de los individuos, es un derecho para éstos, y una obligación y finalidad esencial del propio Estado que las incumple, es el segundo.<sup>32</sup>

En conclusión, las personas decentes deben tomar plena conciencia de que son sus hábitos los principales obstáculos de la lucha no violenta, y de que sin su obediencia y cooperación, los dictadores serían simplemente inofensivos.

*“Lo que tengo que hacer es asegurarme de que no me presto a hacer el daño que yo mismo condeno. ... Además me cuesta menos trabajo desobedecer al Estado, que obedecerle. Si hiciera esto último me sentiría menos digno.”*

Henry D. Thoreau

<sup>30</sup> SHARP, *Waging Nonviolent Struggle*, ob. cit., p. 32.

<sup>31</sup> “Con el pretexto del orden y del gobierno civil, se nos hace honrar y alabar nuestra propia vileza”. THOREAU Henry D.: *Desobediencia civil y otros escritos*. Traducción de Ma. Eugenia Díaz, Alianza Editorial, Madrid 2005, p. 97.

<sup>32</sup> Artículos 3, 156, 326 y 350 de la Constitución.

# El trabajo pro bono del abogado: ¿una opción o un deber?

*Gabriel Afonso*

*María del Carmen Díez*

*Jordy Enrique Moncada*

*Clovis Treviño<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El Trabajo Pro Bono en el Continente Americano. III. La necesidad del trabajo Pro Bono en Venezuela. IV. La Fundación Pro Bono Venezuela (PROVENE). V. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Miembros de la Junta Directiva de la Fundación Pro Bono Venezuela (PROVENE)

## I. INTRODUCCIÓN

El trabajo voluntario y sin retribución monetaria de los abogados, dirigido a atender necesidades públicas, es generalmente conocido como trabajo Pro Bono Público, acepción latina referida al bienestar público y comúnmente abreviado como trabajo Pro Bono.

La profesión del derecho supone como el resto de las profesiones, un compromiso con el entorno social que nos rodea. Por condición humana vivimos en grupos organizados o medianamente organizados y es una responsabilidad individual alcanzar el mayor desarrollo y bienestar en colectivo.

Para lograr ese desarrollo y bienestar colectivo, las sociedades tienden a organizarse. Los grupos sociales también tienen la necesidad de organizarse, no sólo para defender sus propios intereses, sino para dar respuesta a quienes así lo necesiten.

Esta respuesta puede ser de dos tipos. Una respuesta remunerada o una respuesta no remunerada. Debido a la sociedad en que no desenvolvemos, debemos afirmar que no todas las respuestas pueden ni deben ser remuneradas, ni tampoco todas las respuestas pueden ni deben ser no remuneradas.

Como ciudadanos tenemos la carga de contribuir con el mantenimiento de nuestra sociedad, así como pagamos impuestos, debemos contribuir con nuestro conocimiento y pericia a la solución de problemas latentes y que aún no tienen solución. Así como pagar impuestos no es deber de una sola persona, colaborar con la solución de nuestros problemas sociales tampoco puede ser labor de una sola persona.

En Venezuela, los profesionales del derecho enfrentamos día a día la preocupante realidad que reviste el incumplimiento latente de derechos constitucionales y Humanos. No puede ser secreto para ningún abogado, sea cual sea su ámbito de pericia, que el sistema de justicia venezolano presenta serias deficiencias, así como el acceso a ese sistema precario de justicia es mínimo.

Nos encontramos entonces ante la difícil dualidad de un sistema de justicia ineficiente e inefectivo, y un sistema de acceso a esa justicia más ineficiente e inefectivo. Pero, de igual modo, nos encontramos con muchos abogados que optan por sólo criticar, alcanzando un conformismo inútil en el ejercicio de nuestra honorable profesión.

Frente a esta realidad, que no sólo es venezolana, se ha adelantado en el mundo distintos esfuerzos para articular el trabajo de los abogados en ambas direcciones, es decir, al trabajo remunerado y al trabajo Pro Bono.

Son pocas las experiencias institucionales u organizadas en nuestro país de trabajo Pro Bono, y claro está, es urgente la organización de los profesionales del derecho para brindar la ayuda que está a nuestro alcance a quien así lo necesita.

En el trabajo que a continuación se presenta, intentaremos ofrecer nuestra visión del necesario y muy precario trabajo Pro Bono en nuestro país, que entendemos se debe a la falta de articulación de esfuerzos para prestar servicios jurídicos gratuitos a las personas que así lo necesitan. De igual modo, se enunciarán iniciativas exitosas de trabajo Pro Bono en nuestro continente.

Finalmente, presentaremos un proyecto para articular los esfuerzos de abogados, firmas de abogados, colegios de abogados y universidades, en torno al trabajo Pro Bono, esfuerzo que como Fundación venimos adelantando.

## II. EL TRABAJO PRO BONO EN EL CONTINENTE AMERICANO

La necesidad de prestar servicios jurídicos gratuitos a personas o entidades que de otra manera no estarían en capacidad de pagarlos siempre ha existido en sociedades legalistas. Sin embargo, son los Estados Unidos de Norteamérica quienes han sido pioneros en el establecimiento de una tradición de prestación de servicios pro bono en el Continente.

El origen del trabajo pro bono legal en los Estados Unidos se deriva de la aceptación temprana del derecho a la asistencia legal como elemento fundamental del concepto de "igualdad ante la ley."<sup>2</sup> Asimismo, la profesión legal en los Estados Unidos ha tenido un rol fundamental en la resolución de conflictos sociales y el desarrollo de políticas sociales, ambientales, entre otras; lo cual ha sido motor del establecimiento de una tradición del trabajo pro bono legal en ese país.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Id.

<sup>3</sup> Deborah L. RHODE, *Pro Bono in Principle and Practice: Public Service and the Professions* [Pro Bono en Principio y en la Práctica: Servicio Público y las Profesiones], Stanford University Press, 2005.

El establecimiento de esta tradición en los Estados Unidos se refleja en el Código Modelo de Conducta Profesional de la Asociación de la Barra América, que establece la obligación profesional de los abogados americanos de prestar servicios legales gratuitos a personas sin recursos, y contempla la aspiración de los miembros de la profesión de brindar al menos cincuenta (50) horas de servicios gratuitos al año. Asimismo, casi todas las firmas de abogados americanas cuentan con programas pro bono que son parte fundamental, no solo de la obligación ética y moral de la profesión, sino del plan de negocio de las firmas.<sup>4</sup>

Quizá en parte por el rol menos dominante que tienen los abogados y la ley en sociedades latinoamericanas, es solo desde hace unos años que se conoce en América Latina el término “trabajo pro-bono”. Paulatinamente, esta tradición se ha ido incorporado como práctica institucional en destacados escritorios jurídicos en Latinoamérica, barras de abogados, y facultades de derecho. En la mayoría de los países latinoamericanos, han sido los colegios de abogados o barras los promotores de iniciativas pro bono, e incluso de propuestas legislativas al respecto. Asimismo, profesionales y firmas latinoamericanas han buscado replicar un modelo de voluntariado profesional inspirado en la práctica pro bono de los países desarrollados.

Con el fin de promover la cultura y la práctica pro bono en el continente, en el año 2005, el *Cyrus R. Vance Center for International Justice* organizó la “Cumbre Estratégica para el Continente Americano: Una Profesión en Apoyo de la Democracia,” que reunió a abogados de Argentina, Brasil, Chile, España, Colombia, Estados Unidos, México, Perú y Sudáfrica con la finalidad de evaluar el progreso en el continente americano en materia de promoción de la responsabilidad social de los abogados en cuanto al acceso a la justicia.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Ver Elizabeth Loder, Mandatory Pro Bono and Moral Development [Pro Bono Obligatorio y Desarrollo Moral], 14 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 459 (2001).

<sup>5</sup> Ver “Guía para la Implementación de Programas Pro Bono en las Firmas de Abogados de Latinoamérica”; disponible en [http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Guia\\_Pro\\_Bono.pdf](http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Guia_Pro_Bono.pdf).

A raíz de esa cumbre, el 1.º de enero de 2008 entró en vigencia la “Declaración de Trabajo Pro Bono para el Continente Americano”<sup>6</sup> (DPBA), siendo esta declaración el primer esfuerzo de cooperación para articular la responsabilidad del abogado como ente posicionado de manera única para la promoción del acceso a la justicia. Hasta la fecha, la Declaración cuenta con más de 400 signatarios, entre ellos escritorios jurídicos, barras de abogados, facultades de derecho y Organizaciones no Gubernamentales (ONGs).

Gracias a esta y otras iniciativas, el trabajo pro bono se ha ido incorporado como práctica institucional en destacados escritorios jurídicos en Latinoamérica. La estrategia adoptada por estos escritorios jurídicos que persiguen el desarrollo de una cultura de trabajo pro bono puede ser fuente de intercambio de ideas así como guía práctica para el desarrollo de proyectos innovadores para la promoción del acceso a la justicia en el resto del continente.

Por ejemplo, BLP Abogados, un estudio jurídico de reconocido prestigio en Costa Rica y fundador de la Fundación BLP Pro Bono, colaboró junto con Rehabilitación Internacional en la definición del alcance de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en establecer las pautas para que los países signatarios de la misma puedan modificar sus sistemas jurídicos vigentes con el fin de ver la Convención implementada en los mismos. De esta forma, la Fundación BLP Pro Bono analizó la legislación vigente en Costa Rica y la jurisprudencia más relevante en relación con este tema para poder determinar que tipo de modificaciones serían adecuadas en la legislación costarricense a la luz de la Convención.<sup>7</sup>

Igualmente, Lewin & Wills Abogados, reconocido estudio jurídico en Colombia, signatario de la Declaración y miembro fundador de la recién creada Fundación Pro Bono Colombia, proporciona asesoría legal gratuita de manera permanente a Dividendo por Colombia, fundación que se dedica a formalizar el compromiso de las empresas y sus empleados con la responsabilidad social.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Disponible en [http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Declaracion%20Pro%20Bono\\_poster09.pdf](http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Declaracion%20Pro%20Bono_poster09.pdf)

<sup>7</sup> Ver *Proyectando el Trabajo Pro Bono*, Vol. I, Ejemplar 8, disponible en [http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights8\\_BLP%20Abogados\\_CostaRica.pdf](http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights8_BLP%20Abogados_CostaRica.pdf)

<sup>8</sup> Ver *Proyectando el Trabajo Pro Bono*, Vol. I, Ejemplar 3, disponible en [http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights8\\_BLP%20Abogados\\_CostaRica.pdf](http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights8_BLP%20Abogados_CostaRica.pdf)

Otro proyecto interesante fue desarrollado por Pastoriza & Eviner Abogados, un estudio jurídico líder en la República de Argentina y signatario de la Declaración, el cual ha prestado servicios legales gratuitos a la Asociación Civil Hospice San Camilo, dedicada a cuidar enfermos terminales en el ámbito de los cuidados paliativos y bajo la figura de una institución sin fines de lucro. La firma trabajó en la constitución y registro del Hospice San Camilo como una asociación civil. Asimismo, se obtuvo su registro frente a las autoridades fiscales y de salud pública, como también los permisos y autorizaciones correspondientes requeridos por las autoridades municipales. Una vez finalizado el trámite de registro como asociación civil, Pastoriza colaboró en el análisis legal y revisión de todas las leyes y normas aplicables y continúa prestando servicios legales pro-bono, respecto de todas las cuestiones legales relacionadas con las actividades del Hospice.<sup>9</sup>

Estos y otros proyectos de colaboración entre firmas de abogados y asociaciones civiles son solo muestra de las oportunidades que existen para la consolidación en el hemisferio de iniciativas pro bono para el desarrollo de alianzas internacionales y transnacionales en pro del acceso a la justicia.

La práctica pro bono se está expandiendo en América Latina. Sin embargo, todavía se encuentra en etapa incipiente y requiere un compromiso por parte de la profesión al fortalecimiento de la cultura pro bono y un estudio de las prácticas pro bono que han resultado exitosas en otros países.

### III. LA NECESIDAD DEL TRABAJO PRO BONO EN VENEZUELA

La justicia es un derecho humano fundamental que al Estado como garante le ha sido conferido por los ciudadanos, el cual está en el deber de impartir. Cada nación le da origen a sus instituciones y lo que debe entenderse por la justicia y la manera como la misma debe ser administrada.

En Venezuela, la justicia se concibe como el principio supremo ante el cual están supeditados todos los procesos judiciales. No en vano el ordenamiento jurídico refiere a *grosso modo* que el proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de tan magna garantía. Así las cosas, estando la mayoría de la población venezolana en los estratos económicos más vulnerables, es de esperarse que el legislador asuma una actitud tendente

---

[org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights%203\\_Lewin\\_Colombia\\_v1.pdf](http://www.citybarjusticecenter/pdf/Spotlights%203_Lewin_Colombia_v1.pdf)

<sup>9</sup> Ver *Proyectando el Trabajo Pro Bono*, Vol. I, Ejemplar 9, disponible en [http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights9\\_Pastoriza\\_Argentina.pdf](http://www.nycbar.org/citybarjusticecenter/pdf/Spotlights9_Pastoriza_Argentina.pdf)

a asegurar una reducción progresiva de los importes económicos que los justiciables deben soportar para acceder al sistema formal de administración de justicia. En ese sentido resulta imprescindible efectuar un análisis sobre los hechos que hoy dificultan obtener justicia en nuestro país.

La situación actual de Venezuela en materia de acceso a la justicia es precaria, producto de una serie de obstáculos entre los cuales podemos mencionar el costo del litigio y la diferencia entre el poder de los litigantes. Las personas u organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos y que pueden utilizarlos para litigar, tienen ventajas obvias en la búsqueda o defensa de sus reclamaciones. En primer lugar, pueden darse el lujo de litigar. Además, pueden soportar los retrasos del litigio. Cada una de estas capacidades, si solo esta en manos de una de las partes, puede ser arma poderosa contra la otra; la amenaza del litigio se vuelve creíble y efectiva.

La estratificación social y acceso al sistema jurídico formal estaría directamente relacionado a la intervención de los abogados y demás expertos legales, hecho que estaría condicionado por la capacidad de los grupos sociales en materia de ingresos, actitudes y conexiones sociales. El sistema jurídico entero puede así ser percibido como un instrumento de distribución a favor de grupos urbanos privilegiados.

La falta de asistencia legal efectiva, la insuficiente disposición gubernamental de invertir en seguridad jurídica y entidades no gubernamentales insuficientes para atender las necesidades legales básicas de personas en situación de vulnerabilidad social, o marginadas, las cuales con mucha frecuencia quedan sin solución, son hechos que resultan preocupantes dentro de nuestra sociedad. La justicia social cada vez más ausente, y parte de nuestra cotidianidad, ha resultado uno de los principales problemas y de preocupación por parte de la ciudadanía. El desconocimiento de las leyes y la falta de cultura normativa han favorecido al desmoronamiento del ordenamiento jurídico actual, más allá de no existir mecanismos de acción que inclinen la balanza hacia la igualdad y no discriminación.

Los efectos de la estratificación social sobre el acceso al sistema jurídico en nuestro país ha desvinculado el sistema legal venezolano de los principios de igualdad, solidaridad e imparcialidad. La elaboración de textos legales generales que generan discriminación e incongruencias jurídicas profundi-

zan la diferencia entre los estratos sociales. Normas aplicables a sectores de la sociedad e inaplicables en otros, intensifican los bajos niveles de eficacia de los organismos de administración de justicia.

El Estado es quien tiene dentro de sus facultades la de administrar justicia. Es una facultad excluyente y exclusiva, que se encuentra al margen de los intereses particulares.

El Estado debe procurar seguridad jurídica, establecer y vigilar el ejercicio efectivo de las reglas de juego, impedir los abusos y proscribir los privilegios, afirmando solidaridad, brindando los mejores servicios esenciales, educación, salud, seguridad, justicia, y las tareas indelegables que conciernen a la promoción del bienestar general. Los Derechos Humanos deben ser garantizados en su plenitud a todos los ciudadanos por igual.

Otro hecho a resaltar es la extrema visión formalista del derecho que consiste en pensar que todo conflicto social o toda petición de justicia tiene que ser canalizado a través de instancias oficiales del sistema jurídico, concebido como un todo cerrado y único, y conforme a las reglas del sistema. Es totalmente excesivo pensar que el sistema jurídico formal es el único canal de decisiones y resolución de conflictos.

En una sociedad muy estratificada como la nuestra, no todos los individuos llevarán sus reclamos ante los tribunales y otros organismos administrativos de decisión, ni tendrán posibilidades equiparables de defenderse ante ellos. De allí que surjan mecanismos de resolución de conflictos distintos a los previstos ante las leyes, que aplican reglas propias. Podemos mencionar como ejemplo la labor de los Jueces de Paz, instrumento que nació en la municipalidad con el fin de buscar solución a las controversias cotidianas de los ciudadanos que naturalmente no son llevados a los órganos jurisdiccionales oficiales por ser litigios que el costo puede exceder del monto del juicio o puede representar una parte grande de la demanda que lo haga prácticamente inútil. Dicho instrumento ha sido difundido en varios municipios del país por su excelente efectividad.

Las deficiencias que se han señalado respecto de los sistemas de administración de justicia, tienen que ver con las dificultades de acceso a los mismos, con su lentitud y con su incapacidad para resolver satisfactoriamente cierto tipos de conflictos, como aquellos que se plantean como de pequeña cuantía (económica), que no justifican la contratación de abogados, ni la utilización

de procedimientos largos y costosos. Esto es una de las razones de existencia de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Los profesionales del derecho como integrantes fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano debemos solidarizarnos ante esta cruda realidad que azota a nuestro país. Ante esto, el servicio Pro-Bono busca dar respuesta en lo inmediato a las deficiencias del sistema legal venezolano respecto al acceso a la justicia de personas desfavorecidas y de bajos recursos económicos, donde abogados y escritorios jurídicos, asumiendo un compromiso social, ofrecen asesorías jurídicas gratuitas en zonas populares y centro penitenciarios, con la finalidad de extender una mano a personas con dificultad de obtener la resolución de una controversia

La necesidad del servicio Pro-Bono en Venezuela es urgente ya que ayudaría en gran cantidad la resolución de conflictos que a diario surgen en las comunidades. Los estratos de menores recursos conforman la mayoría de la población, lo que indica una desigualdad enorme en la búsqueda de la justicia social. El ventajismo es parte de los procesos judiciales.

Las asesorías jurídicas gratuitas es un llamado a los organismos de administración de justicia, desde el punto de vista del acceso a la justicia por parte de los ciudadanos a través de mecanismos alternos que sin duda muestran la ineffectividad de aquellos que deciden el destino de la justicia.

El abogado venezolano debe estar dirigido a lo social y por ende debe dirigir de alguna manera su accionar a la satisfacción del conglomerado. La abogacía debe entenderse como eslabón insustituible en toda sociedad. La iniciativa de trabajar por un país cada vez mejor es un reto de quienes conforman este servicio Pro-Bono, en momentos donde la justicia brilla por su ausencia, los profesionales del derecho debemos ofrecer una alternativa ante la desigualdad y la discriminación. Las leyes deben ser cumplidas, pero a su vez debemos brindar a los ciudadanos las herramientas para dirimir las controversias. Una sociedad aislada de mecanismos de justicia invita al caos y al delito.

La profesión legal tiene un rol privilegiado y está posicionada de manera única en materia de acceso a la justicia y tiene la responsabilidad, los medios y la oportunidad de promover un sistema legal justo y equitativo, así como el respeto por los derechos humanos y constitucionales en colaboración con el estado, el poder judicial y las organizaciones no gubernamentales.

El servicio Pro-Bono es un punto de encuentro de ideas y principios de quienes lo ofrecemos. Nos declaramos como activistas sociales en un momento donde el país nos necesita. Sin duda alguna estamos convencidos de que entregando parte de nuestro tiempo y nuestros conocimientos a la construcción de la Venezuela que queremos, seremos copartícipes en la materialización de un futuro cada vez más justo, equilibrado, de igualdad y paz.

#### **IV. LA FUNDACIÓN PRO BONO VENEZUELA (PROVENE)**

Frente a las realidades planteadas a lo largo de este trabajo, un grupo de abogados y estudiantes de derecho, trabajadores de instituciones públicas y privadas, nos hemos organizado en torno a la Fundación Pro Bono Venezuela (PROVENE), a los fines de: Realizar actividades dirigidas a mejorar la representación y asesoría legal gratuita y efectiva en Venezuela; realizar actividades dirigidas al estudio, fomento y protección de los Derechos Humanos; fortalecer el compromiso de la profesión a la provisión y expansión de servicios legales gratuitos enfatizando su importancia y fomentando su práctica; propugnar y promover entre los abogados el reconocimiento y la promoción de los servicios legales pro bono como parte integral de los estándares y obligaciones éticos de la profesión; apoyar la constitución, desarrollo y funcionamiento de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la prestación de servicios legales en interés público; potenciar un amplio y efectivo acceso a la justicia en todas sus modalidades y a la asesoría legal efectiva para las personas o comunidades que no lo tienen; fomentar y realizar actividades tendentes al análisis y divulgación de dispositivos normativos.

Para alcanzar estos objetivos hemos establecido como Fundación diversas líneas de acción y de apoyo, procurando un funcionamiento óptimo en esta labor que hemos escogido.

Las líneas de acción de la Fundación son cuatro:

- Asistencia en Zonas Populares.
- Asistencia en Penitenciarias.
- Apoyo Intelectual.
- Talleres de formación y actualización jurídica.

La Asistencia en Zonas Populares consiste en la realización de jornadas de asesoría jurídica gratuitas en distintos sectores de bajos recursos y

deficiente acceso a la justicia. Para identificar estos sectores la Fundación ha venido estableciendo alianzas con organizaciones que realizan trabajo social en las zonas populares, quienes identifican el problema y la Fundación ofrece la solución.

Se definió que como plan piloto el barrio José Felix Ribas de Petare y durante dos meses prestaremos 4 jornadas en ese mismo lugar, de modo que, podamos evaluar la cantidad de personas atendidas y la respuesta dada.

Para atender efectivamente esta línea de acción, la Fundación tiene dentro de su junta directiva a una persona (Lord Acuña) muy involucrada con el trabajo social en las zonas populares, quien será el encargado de coordinar la identificación del lugar y logística para la realización de las jornadas.

La Asistencia en Penitenciarías consiste en la realización de jornadas gratuitas dirigidas a familiares y reclusos de las cárceles de nuestro país. Para desarrollar esta línea la Fundación ha venido estableciendo alianzas con organizaciones que realizan trabajo social en las cárceles del país, quienes identifican el problema y la Fundación ofrece la solución.

Para atender efectivamente esta línea de acción, la Fundación tiene dentro de su junta directiva a una persona (Gilber Caro) muy involucrada con el trabajo social en las cárceles del país, quien será el encargado de coordinar la identificación del lugar y logística para la realización de las jornadas.

Se definió como lugar piloto la Penitenciaría El Rodeo. En este sentido, con la ayuda de la Fundación Liberados en Marcha (Fundación de ex presidiarios dedicada entre otras cosas a la reinserción social de los presos) y la Fundación Familias de la Libertad (Fundación dedicada a la ayuda integral de los familiares de las personas que se encuentran presas), realizaremos un censo de los principales problemas jurídicos que afectan a los reclusos, de modo que se puedan atender en estas primeras jornadas a las personas que tenga una urgencia mayor.

El apoyo intelectual está dirigido a aquellas personas que no puedan ayudarnos en jornadas gratuitas, es el caso de muchas personas que por compromisos familiares o de tiempo, se les dificulte poder asistir a esas jornadas. Sin embargo, pueden colaborar en el análisis de instrumentos jurídicos de interés público, de modo que la Fundación pueda replicar ese análisis a través de talleres de formación y actualización jurídica.

Los talleres de formación y actualización jurídica se impartirán en comunidades o a instituciones que así lo soliciten a la Fundación. Por ejemplo, la Fundación Liberados en Marcha solicitó 2 talleres, un taller de negociación y uno de Derechos Humanos para sus miembros, los cuales ya están montados y serán impartidos debidamente.

Las líneas de apoyo de la Fundación son tres:

- Reclutamiento.
- Promoción.
- Fondos.

El **Reclutamiento** consiste en sumar voluntades a este esfuerzo, cualquier abogado o estudiante de derecho puede ser parte de las líneas de acción que proponemos. Para esto, la Fundación espera tener acceso a distintas firmas de abogados, instituciones públicas y privadas, universidades, colegios de abogados, entre otros, a los fines de presentar nuestro proyecto y reclutar voluntarios para el compromiso jurídico gratuito.

La **Promoción** consiste en dar a conocer nuestro proyecto, en cualquier espacio que sea necesario, a los fines no sólo de sumar voluntarios, sino de establecer alianzas estratégicas con organizaciones y comunidades.

**Fondos** evidentemente va dirigido a la búsqueda de recursos que nos permita realizar cada vez un mejor trabajo.

De igual modo, a nivel internacional la Fundación formalizará su nexo con el Cyrus R. Vance Center for International Justice de New York, quienes nos han ofrecido la mayor colaboración y la Fundación está próxima a suscribir la Declaración de Trabajo Pro Bono para el Continente Americano.

A grandes rasgos esta es la Fundación Pro Bono Venezuela (PROVENE), esperamos que el proyecto llame la atención de muchos y que cada vez se sumen más personas para participar en alguna o varias de nuestras líneas de acción o de apoyo.

## V. CONCLUSIONES

Los profesionales del derecho tenemos como obligación natural que se desprende de nuestra labor, la promoción de un sistema legal y judicial justo, en donde los Derechos Constitucionales y Humanos sean plenamente promovidos y garantizados, sobre todo en las poblaciones de menores recursos, así como en aquellas poblaciones que se han dejado al olvido, como lo es por ejemplo, la población penitenciaria.

Ante la innegable realidad de que los recursos estatales y de las entidades no gubernamentales son insuficientes para atender las necesidades legales básicas de las personas pobres o en situación de vulnerabilidad social, es urgente la iniciativa de la articulación del trabajo gratuito (ProBono) de los abogados de nuestro país.

No se trata de que los abogados dejen sus trabajos, se trata de asumir la responsabilidad con la sociedad que como abogados tenemos, se trata de dedicar algunas horas mensuales a quienes más lo necesitan, se trata de no encerrarnos en una oficina pretendiendo desconocer u olvidar la realidad que embarga a nuestro país.

En Venezuela podemos observar cómo las personas en las poblaciones de menores recursos tienen un mínimo acceso a las instancias de justicia. En las cárceles de nuestro país muchas personas que cometieron un delito o no, sufren por tener la oportunidad de defender sus derechos. Muchos ciudadanos no conocen sus derechos a pesar de los muchos esfuerzos de organizaciones que dedican su vida a la promoción de esos derechos.

Sin embargo, ante este panorama latente, los profesionales del derecho en su mayoría optan por lo más fácil, enfocarse únicamente en el trabajo remunerado y dejar de lado la posibilidad de ayudar a quienes más lo necesitan. No obstante, creemos que la gran mayoría lo hace porque no existen mecanismos para articular esfuerzos en torno a una asesoría jurídica gratuita, real y efectiva en las zonas que más lo necesitan.

Frente a esto, nace la iniciativa de articular los esfuerzos de muchos abogados y firmas de abogados dispuestos a colaborar con la solución a uno de los tantos problemas de nuestro país, prestando asesorías jurídicas gratuitas a las personas que más lo necesitan, bajo un modelo de servicio Pro Bono establecido en la Declaración de Trabajo Pro Bono del Continente Americano.

Este esfuerzo, adelantado por la Fundación Pro Bono Venezuela (PRO-VENE), demanda de los abogados de nuestro país una tarde o una mañana al mes para las comunidades, mañana o tarde que no necesariamente debe ser en días hábiles, colaborando así con el acceso a la justicia y la formación jurídica de los ciudadanos venezolanos.

Todos aquellos que deseen conocer más sobre esta iniciativa o sumarse a ella pueden escribir a [provenc@provenc.org](mailto:provenc@provenc.org) o [provenc@gmail.com](mailto:provenc@gmail.com).

# Discurso Homenaje a la Obra Científica del Doctor Arístides Rengel Romberg<sup>1</sup>

*Pedro Alberto Jedlicka*

Ciudadano Doctor Fernando Cervigón,  
Presidente del Consejo de Facultad de la Universidad Monteávila

Ciudadano Doctor Alirio Abreu Burelli,  
Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos

Ciudadana Profesora Virginia Tenías  
Directora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

Ciudadano Doctor Arístides Rengel Romberg  
Primer Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Monteávila

Ciudadano Doctor Enrique Pérez Olivares  
Rector fundador de la Universidad Monteávila

Señores Profesores

Queridos Estudiantes

Señoras y Señores:

Con profunda alegría y compromiso he recibido el honor con que me ha investido la Facultad de Derecho de esta casa de estudios, al ascenderme al inmerecido estadio de pronunciar unas palabras ante esta respetable audiencia, para analizar en pocos minutos la importancia de la obra escrita del DOCTOR ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG en el estudio del Derecho Procesal Civil en Venezuela y, en general, en el desarrollo profesional de quienes ejercemos esta ardua profesión.

<sup>1</sup> Palabras pronunciadas con motivo del homenaje al Dr. Arístides Rengel Romberg en el acto de presentación de los números 5 y 6 de la Revista "Derecho y Sociedad". Universidad Monteávila, el día 4 de mayo de 2006.

Designación esta que hace saltar primeramente ante mis ojos y con gran estupor las palabras pronunciadas por el hoy homenajeado en su discurso de orden en elogio al Doctor LUIS LORETO en el año 1960, cuando explicaba:

*“Seguramente sólo ha tomado en cuenta el Decano al hacer la designación, el hecho de ser yo uno de los titulares de la cátedra de Derecho Procesal Civil, especialidad tan querida del Dr. Loreto, y además pertenecer a las jóvenes promociones de abogados egresados de esta Universidad. Pero si todos los eminentes Profesores de la Facultad me aventajan en méritos y capacidades para rendir al Dr. Loreto el homenaje que en justicia merece, ninguno me aventaja en el respeto, la admiración y la simpatía intelectual que profeso al ilustre maestro”<sup>2</sup>.*

Sólo le atribuyo a Dios y a la munificencia de las máximas autoridades de esta Universidad, la enorme coincidencia de dichas palabras con el sentimiento que esta noche humildemente les brindo, al ser yo precisamente profesor titular de la cátedra de Instituciones de Derecho Procesal Civil y pertenecer a las jóvenes promociones de abogados en quienes nuestra Facultad de Derecho ha depositado la confianza y la responsabilidad de transmitir a nuestros estudiantes las enseñanzas de quien hoy constituye mi inspiración fundamental para dirigirme a vosotros.

No son muchos los años que han transcurrido desde que recién salido de las aulas de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, observaba cómo las tendencias al ejercicio pragmático y poco científico del Derecho Procesal Civil, unido a la crisis del poder judicial que ha venido envenenado con impetuosidad las nociones más puras de justicia y moral y donde destacan tristemente las amargas condiciones a que el abogado litigante debía subsumirse para el ejercicio correcto de su especialidad, disminuían con vehemencia mi interés por esta materia transportándome cada vez más a la idea de alejarme del Derecho y aventurarme en áreas que para esas fechas apreciaba contradictoriamente como verdaderamente científicas y justas.

Tales apreciaciones negativas quedaron sin embargo embelesadas, cuando por circunstancias tan inmerecidas como las que me incluyen como orador

<sup>2</sup> RENGEL ROMBERG, Aristides: “Discurso de Orden Pronunciado en Elogio a la Personalidad del Dr. Luis Loreto”, publicado en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 20”, Editorial Sucre, Caracas, 1960, p. 315.

en este elogio, el Señor me tendió su mano mostrándome la oportunidad de iniciar mis funciones de abogado imberbe en el Escritorio TRAVIESO EVANS ARRIA RENGEL & PAZ, al lado del máximo defensor del procesalismo científico de nuestra época y uno de los juristas más respetados en el continente latinoamericano. Fue este mi primer contacto personal con el maestro que hoy exaltamos, que en poco tiempo permitió dejar de lado mis dudas respecto a las bondades de esta noble especialidad jurídica impulsándome por el contrario a adentrarme en su estudio científico y enseñándome a abrirme camino profesional dentro de los más altos estándares académicos, éticos y morales.

Pude entonces confirmar, durante los pocos años en que me he beneficiado de las enseñanzas que personalmente recibía del maestro, la percepción que una vez le escuché mencionar en los pasillos de nuestra firma de abogados, al elogiar la publicación en las obras jurídicas italianas de mayor profundidad de las fotografías de los insignes procesalistas que las suscribían, tales como CHIOVENDA, CALAMANDREI y CARNELUTTI, señalando que el conocimiento de la imagen del autor permitía sin lugar a dudas una integración íntima envidiable entre éste y su lector aprendiz, que trascendía más allá de las palabras escritas, no siendo sino hasta la publicación de su obra recopilatoria "Estudios Jurídicos" en el año 2003, que todos los venezolanos pudimos beneficiarnos de la imagen del insigne profesor ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG en uno de sus libros.

Vosotros coincidiréis conmigo, que el compartir esta noche personalmente estos minutos con el maestro, no puede menos que calificarse, en palabras del propio RENGEL ROMBERG, como "...la emoción indescriptible que sentimos todos cuando logramos el acceso personal a las figuras y maestros que tantos años hemos amado a través de sus libros. Este es el acontecimiento milagroso que produce en nuestro espíritu de estudiosos la sensación sentida de escuchar hablando los amados volúmenes de nuestra estantería, y sentir el latido de sus vidas o escuchar hablando la historia misma, para luego confortarnos en nuestra distante soledad con el eco vivo de su voz inolvidable"<sup>3</sup>.

Esta íntima integración con la obra escrita del Doctor RENGEL ROMBERG, es la que me ha permitido aceptar sin vacilación y con enorme agradeci-

<sup>3</sup> RENGEL ROMBERG, Arístides: "Discurso de Orden Pronunciado en Elogio a la Personalidad del Dr. Luis Loreto", publicado en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 20", Editorial Sucre, Caracas, 1960, p. 322.

miento el inmenso compromiso que me ha atribuido la Facultad de Derecho de esta Universidad, dentro de esta iniciativa ejemplar de hacer honor a la persona y a la obra escrita del maestro, cuyos méritos académicos intimidan pero al mismo tiempo facilitan mi labor de esta noche.

La obra escrita del Doctor RENGEL ROMBERG se remota al inicio de la década de los cincuenta, cuando guiado por insignes juristas como los Doctores LORENZO HERRERA MENDOZA, SILVESTRE TOVAR LANGE y LUIS LORETO, presentó su tesis doctoral en la Universidad Central de Venezuela titulada "La Jurisdicción en el Derecho Procesal Civil Moderno", que luego de recibir los más importantes elogios académicos, constituyó la piedra angular para lo que desde entonces se perfilaba como el inicio de una serie de estudios jurídicos de elogiable profundidad que alcanzaron el vértice más alto con la participación de RENGEL ROMBERG en la comisión redactora del Código de Procedimiento Civil vigente y, particularmente, con la publicación de los ahora seis volúmenes que conforman su Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, sin duda alguna la obra jurídica más completa y trascendental que se ha escrito en nuestro país en esta especialidad.

Disculpadme por la elevada carga de respeto y admiración que estas líneas deparan, lo cual podría calificarse de un menudo reflejo de la influencia que el Doctor ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG ha tenido en la corta carrera profesional y académica de quien les habla. Considerad en cambio, con todos los méritos que ello implica, la recensión del profesor italiano GIUSEPPE TARZIA al Tratado de Derecho Procesal Civil de quien hoy elogiamos, luego de la publicación de la segunda edición de sus primeros tres volúmenes, quien en la revista italiana de mayor importancia en el Derecho Procesal, específicamente en el No. 1 correspondiente al primer trimestre enero-marzo 1993 de la Rivista di Diritto Processuale, destaca las virtudes de la obra así como el profundo conocimiento que sobre la materia procesal tiene el autor al señalar:

*"Profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello, además miembro de la Comisión que ha redactado el nuevo Código, Rengel Romberg ha recogido la invitación que le ha formulado el nuevo Código a una nueva reflexión global de amplísimo respiro: articulada, por ahora, en tres volúmenes, respectivamente dedicados, el primero y el segundo a*

*la teoría general del proceso, en la más amplia acepción del término, y el tercero al procedimiento ordinario.*

*Es apenas el caso de subrayar el valor y la utilidad de la obra y no solamente para el conocimiento del derecho de un país importante de América Latina.*

*Rengel Romberg es un jurista de nivel internacional, que utiliza la literatura de los países suramericanos como la de otros y en particular la italiana, de la cual tiene pleno dominio.*

*Su discurso por tanto se inserta en una perspectiva cultura bastante amplia y suministra, sobre todo al jurista italiano, continuos puntos de meditación y confrontación”<sup>4</sup>.*

Para darle justa medida al valor de la recensión hecha por el profesor TARZIA, ALFREDO BENAÍM, desaparecido compañero de varios años de ejercicio profesional del Doctor RENGEL ROMBERG, nos relata:

*“en la historia del derecho venezolano, particularmente del Derecho Procesal, los Estudios de Derecho Procesal del maestro Luis Loreto fueron objeto de una nota bibliográfica por la misma “Rivista di Diritto Processuale” en el año 1957, a cargo del máximo exponente de la Escuela Procesal Italiana, Francesco Carnelutti, por lo que es un enlace completamente lógico el que resulta entre la obra de estos dos autores venezolanos, en cuanto Loreto fue el iniciador de los Estudios Científicos de Derecho Procesal en Venezuela, a través de sus trabajos monográficos, mientras el profesor Rengel Romberg ha continuado sin pausas con esa tarea inicial, profundizándola y abundando en ella...”<sup>5</sup>*

El cimiento sobre el cual se construye la obra académica del Doctor RENGEL ROMBERG queda al descubierto en el estudio publicado en el año 1965, denominado “*Del procedimiento civil al procesalismo científico*”. En él, el maestro explica que el cambio de la denominación de la asignatura Procedimiento Civil a Derecho Procesal Civil, corresponde a algo más sustancial y profundo que a un simple cambio de palabras.

<sup>4</sup> Cfr. BENAÍM M., Alfredo: “Recensión del Profesor Giuseppe Tarzia al Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, I, II, III, 2ª. Ed., Caracas 1992 del Profesor Aristides Rengel-Romberg”, publicado en “Revista de la Facultad de Derecho Nº 50”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996, p. 478.

<sup>5</sup> Cfr. BENAÍM M., Alfredo: Ob. cit., pp. 478 y 479.

Siguiendo las enseñanzas de LORETO, e inspirado por el estudio de la obra del fundador de la escuela procesal italiana, GIUSEPPE CHIOVENDA, quien había recibido en Italia la influencia del movimiento científico alemán iniciado entre otros por BERNARDO WINDSCHEID, OSCAR VON BÜLOW y ADOLFO WACH, RENGEL ROMBERG nos explica cómo quedaba abandonada la preocupación por el mero aspecto exterior y la descripción del fenómeno procesal, caracterizada por el simple manejo de plazos y formas y sus aplicaciones prácticas, para adentrarnos al verdadero estudio de la Teoría General del Proceso, apoyado en los estudios realizados por CARNELUTTI y CALAMANDREI, insignes seguidores de CHIOVENDA, para la promulgación del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, que regiría a partir de 1942.

Este estudio científico del Derecho Procesal Civil comenzó a recibirse en América a partir del año 1920, cuando TOMÁS JOFRE publica en Argentina su Manual de Procedimiento, siendo HUGO ALSINA, EDUARDO COUTURE, DAVID LASCANO y PODETTI quienes realmente lo desarrollaron en las diversas cátedras de las Facultades de Derecho de nuestro continente<sup>6</sup>.

La admiración de RENGEL ROMBERG por la investidura académica de su maestro, LUIS LORETO, receptor en Venezuela de este nuevo movimiento que se vertía sobre Latinoamérica, marcó sus inicios en el estudio científico de esta rama del derecho.

En el año 1951, poco más de un año después de presentar magistralmente su tesis doctoral para egresar con honores de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, RENGEL ROMBERG manifiesta abiertamente sus inclinaciones al publicar su estudio sobre la Reforma Procesal Italiana de 1942<sup>7</sup>, lo que lo lleva claramente a plantearse la necesidad de sugerir a nuestros legisladores patrios una reforma a nuestro Código de Procedimiento Civil Venezolano, vigente desde 1916.

<sup>6</sup> Cfr. RENGEL ROMBERG, Arístides: "Del Procedimiento Civil al Procesalismo Científico", publicado en "Revista de la Facultad de Derecho N° I", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1965-1966, y recientemente recopilado en "Estudios Jurídicos", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, páginas 303 - 317.

<sup>7</sup> Cfr. RENGEL ROMBERG, Arístides: "La Reforma Procesal Italiana de 1942", publicado en "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nos. 67-72", Caracas, 1952 y en "Revista de la Facultad de Derecho N° 13", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957. Este trabajo es recopilado recientemente "Estudios Jurídicos", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, páginas 116 a 160.

De esta manera, dominado por una milagrosa capacidad científica, en el año 1956 publica las "Bases para una reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano" para explicar, con dilatada propiedad, cómo el siglo veinte se caracterizaba por la profusión de las reformas de procedimiento y de proyectos y leyes de este tipo, recogiendo lo que calificaba como un clamor general de los pueblos del mundo por una justicia más humana, menos ritual, más rápida, menos complicada, más leal y menos extraña a sus perentorias necesidades, características éstas que conforme narraba el autor, no existían en nuestra noción de justicia.

La seguridad y profunda convicción alcanzada por RENGEL ROMBERG como recompensa a su incesante estudio sobre la evolución jurídica internacional del Derecho Procesal Civil, en una época en que el acceso a la información resultaba inmensamente limitado ante la inexistencia de las maravillas comunicacionales bajo las cuales se rige nuestra vida actual, no puede menos que atraparnos y llenarnos de la más aguda admiración. Apenas seis años, luego de haber recibido reconocimiento de sus méritos para egresar hecho abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, resultaban suficientes entonces para que el autor enfrentara al legislador venezolano con diafanidad señalando:

*"Hay dos caminos a seguir en la reforma del Código de Procedimiento Civil.*

- a) Limitar la reforma a llenar las lagunas que la práctica diaria y la jurisprudencia han denunciado, haciendo una obra de mero retoque, mejorando la redacción, introduciendo normas nuevas que faltan para integrar debidamente el código, reduciendo términos y lapsos y manteniendo el mismo sistema y la misma estructura del código actual; o*
- b) Proceder con audacia a transformar el sistema, acogiendo los más señalados adelantos de la ciencia y de los códigos modernos, para lograr una mayor concentración de las actividades procesales, un aumento de poderes del juez que permitan a éste dirigir efectivamente el juicio y acelerarlo, sin dejarlo a la voluntad de las partes; obtener una plena inmediación o contacto del juez con el material probatorio y con los litigantes, que redunde en beneficio de la más justa decisión de la causa; establecer un sistema racional de caducidades y preclusiones que aceleren el juicio, y en definitiva, eliminar instituciones*

*que dentro del código actual impiden la rápida marcha del proceso y quitan al Juez toda acción benéfica y pronta en la conducción del juicio”.*

Aquel joven profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil se planteaba así un reto académico, no comparable con estudio alguno publicado hasta la fecha por los más grandes juristas venezolanos de esos tiempos: La reforma del Código de Procedimiento Civil, señalando detalladamente las instituciones procesales que debían ser objeto de dicha reforma, entre las cuales incluía la Jurisdicción y Competencia de los Jueces venezolanos, así como el procedimiento de recusación de éstos y de otros funcionarios, el alcance, contenido y efecto jurídico de los actos procesales realizados por las partes en un proceso judicial, la sentencia, el recurso de apelación, y el cómputo correcto de los lapsos y términos procesales, entre otros.

RENGEL ROMBERG se convertía entonces en su corta carrera profesional, en el jurista con mayores méritos académicos para enfrentar este nuevo reto, lo cual le fue reconocido cuando se le designó, conjuntamente con los Doctores LEOPOLDO MÁRQUEZ AÑEZ, JOSÉ ANDRÉS FUENMAYOR y LUIS MAURI, miembro de la comisión revisora del Código de Procedimiento Civil, creada por disposición del entonces Presidente de la República, Dr. Raúl Leoni, y Resolución del Ministerio de Justicia N° 56, de fecha 1° de agosto de 1967.

La obra académica incansable del maestro no se detuvo ante el inmenso compromiso que tenía en puertas, y en el año 1968 inició la publicación de su primera obra completa, Manual de Derecho Procesal Civil, donde en tres sucesivos volúmenes de intenso rigor científico, introduce por primera vez en la deidad bibliográfica del estudiante y jurista Venezolano, los conceptos y estudios que consagraban sus esfuerzos, ya iniciados desde su oficio de catedrático en las Facultades de Derecho más importantes del país, por impulsar el estudio científico del Derecho Procesal Civil, y dejando en claro la inconveniencia del análisis simplista de lo que el autor llamaba un mero aspecto exterior del fenómeno procesal, que en palabras del maestro, hasta entonces miraba al estudio del procedimiento como un asunto completamente extraño a la misión de un jurista, con la simple aplicación de reglas técnicas, en su estrechísimo sentido de práctica judicial.

Nace entonces en Venezuela, del ingenio académico de ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG, una propuesta formal para el estudio de la Teoría General del

Proceso basado en doctrinas científicas e institucionales, que por su valor intrínseco, permitirían a la postre una mejor adaptación del estudio de esta materia a los nuevos tiempos que llegarían con la entrada en vigencia de una eventual reforma del Código de Procedimiento Civil.

Luego de ocho años aproximados de trabajo, la comisión revisora del Código de Procedimiento Civil de 1916 presentó formalmente al Ejecutivo Nacional un proyecto que seguía, en su gran mayoría, la propuesta y los objetivos que RENGEL ROMBERG había adelantado desde el año 1956, profundizando aún más estos conceptos y adaptándolos a la realidad nacional.

La presentación por parte del Ejecutivo Nacional al Senado del proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil, llevó a RENGEL ROMBERG a publicar en 1977 un nuevo trabajo denominado "La Justicia y el Proyecto de Código de Procedimiento Civil" en el cual analizaba sistemáticamente con fervorosa preocupación, la crisis que sufría la justicia venezolana que abarcaba, no sólo su aspecto organizativo sino también su aspecto económico, su eficiencia y, lo que el autor consideraba de mayor importancia, su aspecto humano representado por los jueces que administraban justicia, para luego adentrarse en el estudio de las innovaciones sistemáticas que introducía el proyecto a través de numerosas reformas, explicando las bondades de este nuevo cuerpo legislativo para la consecución del fin último de justicia, hasta entonces profundamente debilitado.

Consciente sin embargo de la magnitud del problema que aquejaba al sistema de justicia venezolano, RENGEL ROMBERG, cual médico obstinado por salvar la vida de un enfermo terminal, continuó sus inefables esfuerzos por lograr el predominio de la justicia en su valor más profundo y, amparado en los principios constitucionales consagrados en la carta magna de 1961, en el año 1979 le ofreció voluntariamente al Presidente de la República un nuevo proyecto normativo. En esta oportunidad se trataba del proyecto de Ley de Carrera Judicial, cuyos fines primordiales se orientaban a asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura, así como determinar la responsabilidad disciplinaria en que incurrieran aquellos en el ejercicio de sus funciones.

Sus profundas convicciones morales y éticas quedaban así al descubierto una vez más, plasmadas en la correspondencia dirigida por el maestro al

entonces Presidente de la República, Doctor Luis Herrera Campíns, por la cual ofrece el proyecto en cuestión resaltando:

*“Es un deber insoslayable de los venezolanos, participar en este momento histórico que vive la República, en la medida de las fuerzas y de los conocimientos de cada uno, con un aporte generoso y desinteresado para hacerle a usted más ligera esa carga y contribuir de alguna manera al bien de la comunidad.*

*Consideramos como usted que la perfectibilidad de la democracia venezolana y de sus instituciones es posible, y tenemos gran fe en que bajo su honesta y eficaz conducción, la República podrá superar las dificultades que hoy la aquejan.*

*(...omissis...) Ofrezco y dedico a usted ese Proyecto, que es fruto de un espíritu de servicio a la comunidad, y del estudio y reflexión sobre la realidad judicial del país”..*

Tales referencias, en una Venezuela profundamente polarizada y politizada como la que vivimos, y en la cual luctuosamente debemos reconocer que la crisis del poder judicial se ha agudizado llegando a niveles tal vez más alarmantes que los que parecían avecinarse a comienzos de la década de los ochenta, no pueden menos que asemejarse a una suerte de pitonisas que dejan en claro que ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG, tal como ocurría con los intelectuales más reconocidos de nuestra humanidad, vivía una realidad mucho más avanzada que la que podíamos prever, asumiendo posiciones altamente pro activas para luchar contra la inmensa tragedia que se instalaría sobre nuestros hombros y que el venezolano parecía estar condenado a asimilar desde sus comienzos con inaceptable resignación.

La Ley de Carrera Judicial fue entonces sancionada y publicada en Gaceta Oficial en el año 1980, acogiendo prácticamente en su totalidad y en menos de dos años, el proyecto presentado por RENGEL ROMBERG.

El trabajo académico del maestro continuó de forma indetenible por varios años, por lo que resulta una entelequia referirnos en este corto homenaje a toda su obra escrita. La dimensión de sus logros académicos y profesionales nos permite, sin embargo, atribuirnos el lujo de elegir aquellos que en nuestro criterio marcaron con mayor fuerza la labor de este jurista insigne.

Ello nos obliga a acelerar las arenas del tiempo hasta ubicarnos en el año 1985, cuando el 15 de diciembre las cámaras legislativas sancionaron final-

ménate el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano, coronando de esta manera los enormes esfuerzos que la comisión redactora había agotado por el bienestar de los venezolanos. No fue sin embargo hasta el 13 de marzo de 1987 cuando el Código recibió el ejecútese del Presidente luego de haber sufrido dos reformas parciales, aún antes de su entrada en vigencia, que en palabras del Dr. RENGEL ROMBERG en forma alguna alteraron la estructura de este cuerpo normativo, ni la esencia de sus instituciones fundamentales. Así las cosas, el Código de Procedimiento Civil entró en vigencia definitivamente el 16 de marzo de 1987.

Tal como lo había previsto nuevamente el maestro, la actualización de conocimientos y su adaptación a la nueva normativa resultaría más sencilla para aquellos que, siguiendo la metodología científica propuesta por RENGEL ROMBERG en su Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano, se hubiesen concentrado en el estudio sistemático de las instituciones procesales que conforman esta especialidad y no en su mero aspecto externo y práctico.

Aún así, siempre fiel a su vocación pedagógica y académica, con la entrada en vigencia de este nuevo Código de Procedimiento Civil, RENGEL ROMBERG se preparaba con entusiasmo y empeño, cual pescador que embarca de madrugada, para la publicación de lo que en definitiva se convertiría en su obra escrita más importante y un hito en el desarrollo del estudio científico del Derecho Procesal Civil en Venezuela: El Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.

La publicación en el año 1991 de la primera edición de los primeros tres volúmenes de este Tratado, lo convirtió rápidamente en una obra de consulta obligatoria, no sólo para los estudiantes y profesores dedicados al estudio de esta materia en las aulas Universitarias, sino particularmente para los abogados en ejercicio y, principalmente, para los Jueces y Magistrados encargados de administrar justicia.

Siguiendo inicialmente la misma estructura desarrollada en el Manual de Derecho Procesal Civil, y conservando muchos de los estudios científicos, doctrinarios y jurisprudenciales que se habían adelantado en dicha publicación, el Tratado de Derecho Procesal Civil se presenta como la consagración de la obra científica del profesor RENGEL ROMBERG, que recogiendo las más modernas corrientes del procesalismo científico, brinda honor a las enseñanzas de su maestro LUIS LORETO reafirmando una vez más su condición

como uno de aquellos hombres capaces, a los que se refería Loreto, para acoger con energía creadora la simiente de las nuevas doctrinas<sup>8</sup>.

No en vano en las primeras páginas del Tratado se puede leer la dedicatoria de tan elogiada obra:

*“a la memoria del doctor LUIS LORETO, maestro del procesalismo científico en Venezuela, quien me orientó en mi vocación por esta ciencia y me honró con su cálida amistad”.*

El Libro primero, contenido en los dos primeros volúmenes del Tratado y dedicado al análisis de la teoría general del proceso, nos introduce al estudio sistemático del Derecho Procesal Civil partiendo de los orígenes de esta rama de la ciencia jurídica con el análisis de la abandonada praxis y exégesis, hasta la revisión de las más modernas corrientes científicas recogidas en el nuevo Código de Procedimiento Civil, inspiradas en la escuela científica alemana y, principalmente, en la escuela sistemática italiana fundada por CHIOVENDA.

Pasa entonces el autor a verter en las páginas de estos primeros tomos, el resultado de sus años de intensa investigación sobre las instituciones que conforman el denominado trinomio fundamental del derecho procesal civil, con el análisis de nociones fundamentales como la jurisdicción, la acción y el proceso, cuyo estudio había generado en Europa importantes polémicas doctrinarias entre los autores más insignes, recopilados brillante y sistemáticamente por RENGEL ROMBERG en su Tratado para ilustrar al profesional del derecho respecto al contenido y alcance de estas instituciones, finalizando de una vez por todas con las confusiones que hasta entonces se generaban en este entorno.

La profundidad con que son abordadas las instituciones procesales en estos primeros volúmenes, nos dificulta la tarea de presentar al menos un resumen de su contenido pues, no se limitó el autor a agotar su estudio en el referido trinomio fundamental del Derecho Procesal Civil, sino que pasa a analizar con detenimiento el resto de las instituciones que le dan sentido a esta ciencia. Es así como cobran vida en la profundidad de esas páginas, las características y funciones de los sujetos del proceso, el estudio del objeto del proceso y de los actos procesales, para finalmente instruirnos en

<sup>8</sup> BENAÍM M., Alfredo: *Ob. cit.*, p. 479.

la fase de terminación del proceso con especial énfasis en el análisis de los recursos ordinarios.

El Libro Segundo, contenido en el tercer volumen del Tratado, lo dedica el autor al estudio científico del procedimiento ordinario. Se introducía entonces al estudio del Derecho Procesal Civil en Venezuela la denominada "Teoría del procedimiento" que vino a dejar de lado, definitivamente, el estudio exegético del procedimiento civil. Es tal vez este tercer volumen el que marca definitivamente la transición a una nueva metodología de estudio de esta rama de la ciencia jurídica, impactando positivamente los *pensa* de estudio que con celo mantenían las Facultades de Derecho más importantes del país, incluso a nivel de postgrado.

Ese tercer volumen da inicio entonces al análisis, con profundo contenido científico, de figuras que hasta entonces se percibían como meras formalidades prácticas que debían agotarse en el proceso judicial pendiente. Se presenta esta obra entonces como un resplandor que despierta en el profesional del Derecho el interés por entender verdaderamente la importancia y características de la demanda y su contestación, así como el efecto de la intervención de terceros en el proceso pendiente y lo trascendental que resulta la prueba para la resolución de la controversia.

Especial dedicación se percibe en este tercer tomo por el estudio de las cuestiones previas, institución que constituye una de las reformas fundamentales introducidas por el nuevo código, y que venía a sustituir a las excepciones dilatorias y excepciones de inadmisibilidad percibidas bajo la vigencia del viejo código como el ejemplo más criticable de la importancia irracional que le atribuía el antiguo legislador a las formalidades y aspectos exteriores del procedimiento, y que había dado lugar a severas críticas que impulsaron en definitiva la reforma en cuestión.

El autor nos presenta entonces esta nueva figura de las cuestiones previas desde un punto de vista dogmático, no como una estrategia de retardo procesal, tal como habían sido utilizadas en el pasado las excepciones dilatorias y de inadmisibilidad, sino como un esfuerzo por resolver en una etapa muy preliminar sobre la regularidad del procedimiento, para liberarlo de vicios o circunstancias externas que pudieran limitar eventualmente la justicia y el derecho a la defensa de las partes, prerrogativas altamente apreciadas y alabadas por el maestro a lo largo de todo su trabajo académico.

El cuarto volumen del Tratado da continuación al Libro Segundo del procedimiento ordinario y llega varios años después, específicamente en el año 1997, introduciendo la obra magistral del autor en el estudio individual de los medios de prueba. Hasta entonces, no se registraba en Venezuela una obra de algún autor patrio que analizara sistemáticamente los medios de prueba recogidos expresamente en el Código de Procedimiento Civil de 1987. Abundaban las confusiones sobre la naturaleza jurídica y alcance de varios de estos medios de prueba, atribuyéndole al estudiante y al profesional del Derecho la enorme carga de recopilar información extraída de diversos autores, mayormente extranjeros, para adquirir conocimientos, al menos generales, sobre una materia que para muchos conforma la médula espinal de un proceso judicial.

Nuevamente RENGEL ROMBERG, con la destacada capacidad analítica y científica que lo describía, complace al estudioso del Derecho presentando un estudio ordenado y dogmático de las pruebas en particular. El autor se detiene entonces a analizar de manera institucional las características y naturaleza jurídica de los medios de prueba, sin caer en la tentación de lo práctico o casuístico, recogiendo las diversas opiniones que sobre esta materia habían desarrollado algunos académicos venezolanos, hasta entonces disgregadas en diversas revistas jurídicas y publicaciones aisladas, con lo cual quedaron sembradas finalmente en la bibliografía patria las bases para el estudio correcto de esta especialidad.

Particular atención merece en este cuarto volumen el esfuerzo del maestro por acabar con una polémica de vieja data que giraba en torno a la noción de documento público o auténtico. RENGEL ROMBERG, presentando un análisis histórico y globalizado de la institución, pone fin a las confusiones que se habían entretejido al respecto, producto de la superficialidad con que se había estudiado el tema en el foro interno que parecía limitarse a reproducir realidades extraídas del derecho comparado y que no se adaptaban a nuestro ordenamiento legal. Es así como el autor, con la seguridad y sobriedad académica a que nos tenía acostumbrados, aborda el tema sin temores y pretextos para alimentar al estudiante de conocimientos verdaderamente adaptados a nuestra realidad jurídica y liberarlo de la ambigüedad con que hasta entonces se había estudiado este medio de prueba.

El penúltimo volumen del Tratado es publicado por primera vez en 2000, cuando el DOCTOR ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG vuelve a nutrir su magna obra con nuevos estudios de igual rango científico que los anteriores, esta vez desarrollando los recursos extraordinarios de Casación e Invalidación, tal vez una de las misiones académicas más difíciles a que se había aventurado el autor hasta la fecha.

Se convierte rápidamente esta publicación en un estudio histórico de valiosa calificación y documentación sobre la evolución de la casación venezolana, elemento éste que como enseña RENGEL ROMBERG, inspirado en SATTI y CALAMANDREI, resultaba fundamental para el estudio de esta ciencia y lograr un verdadero entendimiento del contenido y alcance de este recurso.

El autor nos sorprende esta vez con sus dotes de historiador e investigador, presentándonos no sólo los orígenes de la casación desde el Derecho Romano hasta la creación del Tribunal de Casación de la Revolución Francesa, sino que se detiene con admirable precisión en los antecedentes histórico-políticos de la casación Venezolana desde la época del descubrimiento hasta nuestros días.

Este valioso aporte histórico del autor, viene a complementarse entonces en este quinto volumen con el análisis de la naturaleza y función del recurso de casación, incluso en el derecho comparado, para luego adentrarse propiamente en su estudio sistemático e institucional y convertirse en una de las obras de consulta obligada para los profesionales del derecho que se dedican a esta muy compleja especialidad.

Culmina este libro tercero con el estudio del Recurso de Invalidación, hasta entonces prácticamente reservado a la interpretación que de su normativa había realizado nuestro máximo tribunal en doctrina jurisprudencial por demás muy escasa. Resultaban contados los autores que de una u otra manera habían desarrollado esta figura en diversos artículos jurídicos publicados principalmente en revistas especializadas o en breves comentarios exegéticos a los artículos respectivos del Código de Procedimiento Civil derogado, así como del nuevo Código.

El maestro nos presenta así, también por primera vez, una evaluación del Recurso de Invalidación desde los principios más profundos de su naturaleza jurídica, con apoyo en la doctrina procesal internacional más calificada,

realizando un análisis preciso de los motivos o causales a que está sujeto conforme a la normativa vigente y una revisión sistemática de la doctrina jurisprudencial que hasta entonces había sentado nuestro máximo tribunal sobre esta materia.

A sólo unos cuantos meses de alcanzar su octogésima primavera de vida ejemplar, el Doctor ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG publica en el 2004 el que hasta ahora constituye el último volumen de su célebre Tratado, lo que me permite reproducir una frase que ya en el año 1996 había adelantado su compañero ALFREDO BENAÍM, y que en la actualidad cobra mayor validez:

*“Sin dudas, el Profesor Rengel Romberg ha cumplido con lo que ordenaba el delicado Horacio, al decir carpe diem: aprovecha el día, puesto que toda su obra, y hoy particularmente el Tratado objeto de la recensión en Italia, es el resultado del autor por ya casi cinco décadas, en ese “aprovechar el tiempo”<sup>9</sup>.*

Nos presenta así RENGEL ROMBERG su más reciente publicación, incorporando a la estructura de una obra magistral, el estudio de la ejecución de la sentencia, el procedimiento cautelar y los procedimientos especiales. Destaca en estas nuevas enseñanzas, el análisis que realiza el maestro sobre uno de los sistemas más controvertidos de la ciencia procesal, particularmente en el derecho comparado, como lo es el sistema de ejecuciones. La capacidad de investigación del autor se manifiesta una vez más al presentarnos un estudio comparado de los preceptos desarrollados sobre esta figura por los más destacados autores de Europa y Latinoamérica, que se debatían entre la noción tradicional de considerar la ejecución de la sentencia como un nuevo juicio y la moderna tendencia que incorporaba dicha ejecución al oficio regular del Juez de la causa. Explica entonces RENGEL ROMBERG cómo nuestro sistema de ejecuciones sigue el Derecho común, separándose de los conceptos tradicionales, contemplando la posibilidad de que en un mismo proceso el juez que ha dictado el mandato individual y concreto que regula el conflicto de intereses entre las partes, pueda proceder a su ejecución en caso que éste no sea observado voluntariamente en el juicio.

Es incuestionable la influencia del Tratado de Derecho Procesal Civil de RENGEL ROMBERG en la jurisprudencia sentada por nuestro máximo Tribunal luego de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento

<sup>9</sup> BENAÍM M., Alfredo: *Ob. cit.*, p. 480.

Civil, que ha llevado a esta obra a convertirse sin lugar a dudas en la doctrina más calificada que se ha escrito en Venezuela en esta especialidad.

Recuerdo, sin embargo, las molestias que manifestaba el Doctor ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG detrás del escritorio que por tantos años experimentó sus largas jornadas de estudio e investigación, al recibir desafortunadas noticias de decisiones dictadas por nuestro máximo Tribunal que, en evidente intrusión de funciones legislativas, modificaba principios procesales claramente desarrollados en nuestro vigente Código de Procedimiento Civil, esencialmente para tratar de solventar problemas que no eran atribuibles al contenido o alcance de dicha normativa sino que devenían de una sistema de justicia ineficaz e inmoral.

Aún así, el profundo contenido científico de las enseñanzas del maestro contenidas en su obra escrita, permanecían blindadas ante tales ataques infundados e innecesarios, donde predominaba nuevamente la mentalidad práctica por encima de la científica, que dejaba en claro una vez más el alcance y trascendental importancia de las enseñanzas del maestro en la formación de quienes hemos elegido este camino para nuestro desarrollo profesional y académico.

En tiempos como los actuales, viviendo abrumados por una marcada crisis moral y ética, acrecentada por la ineficiencia o apatía de nuestros órganos jurisdiccionales, observamos con turbación una tendencia que ha trascendido al ejercicio profesional e incluso a las aulas de clase, tal vez por desmotivación o desesperación, de descalificar por innecesario el estudio científico del derecho y convertirlo nuevamente en una disciplina práctica.

Resulta notoria la poca motivación que muestran los alumnos de las Facultades de Derecho por dedicarse al estudio y ejercicio de esta especialidad, como consecuencia de una aparente y muy pesimista visión de futuro.

Sin embargo, no será en la mediocridad y apatía donde encontraremos la solución a este amargo mal que afecta a nuestra nación. Ello nos alejaría del ejemplo que nos brinda nuestro maestro ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG, y que se respira en los pasillos y aulas de clase de esta casa de estudios, de la cual es fundador y fue primer Decano de la Facultad de Derecho.

Nuestra motivación para honrar el trabajo infatigable del maestro debemos encontrarla más allá de las aspiraciones materiales inmediatas que a

veces nublan nuestra visión integral de la vida humana. La necesidad divina de no dejarnos vencer por el mal y, por el contrario, como escribe SAN PABLO, vencer al mal con el bien, debe ser el camino. La explicación de lo anterior nos la ofrece JUAN PABLO II quien la halla en el Evangelio:

*“Cuando los primeros discípulos enviados en misión vuelven a Cristo, dicen: <<Hasta los demonios se nos someten en tu nombre>> (Lc 10, 17). Cristo les contesta: <<No estéis alegres porque se os someten los espíritus; estad alegres porque vuestros nombres están inscritos en el cielo>> (Lc 10, 20). Y en otra ocasión añade: <<Decid: “Somos unos pobres siervos, hemos hecho lo que teníamos que hacer”>> (Lc 17, 10). Siervos inútiles...” dice JUAN PABLO II, “...La conciencia del siervo inútil crece en mí en medio de todo lo que ocurre a mi alrededor, y pienso que me va bien así.”<sup>10</sup>.*

La propagación de la sabiduría científica sobre la resignación a la mediocridad del práctico, aún cuando en apariencias nos deje como siervos inútiles frente a una sociedad en crisis, es la deuda de gratitud que nos queda ante la obra magnífica que ha dejado RENGEL ROMBERG a las generaciones profesionales y universitarias.

Es por ello que no puedo concluir esta intervención sin referirme a la dedicatoria que hace el Doctor ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG al Estudiante de Derecho en su Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano: *“Aspiro a completar la obra en volúmenes sucesivos, en todos los cuales la orientación fundamental será la misma del presente, y la de estimular tu deseo de cultivar esta ciencia y de no limitarte a lo que se ha dicho de algún fenómeno del proceso, sino a profundizar e investigar lo que se puede decir o se dirá del mismo en el porvenir.*

Si lograrse fomentar en tí este anhelo de superación, me sentiría colmado y no habría sido inútil la fatiga.

Recuerda que el principio de la sabiduría es un deseo sincerísimo de la instrucción y que procurar instruirse es amar la sabiduría (Sab. VI, 18, 19)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> JUAN PABLO II: *“Memoria e Identidad”*, Editorial Planeta, Caracas, 2005, p. 203.

<sup>11</sup> RENGEL ROMBERG, Aristides: *“Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano”*, Volumen I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1968, pp. 5-6.

Desde este podio, y con profunda admiración y agradecimiento, os puedo asegurar que la obra de a quien hoy elogiamos se ha constituido como la mayor inspiración para quienes hemos seguido sus pasos, y que tratamos de fomentar aún más ese anhelo de superación.

Doctor Rengel, puede usted sentirse colmado, su fatiga e invaluable aporte al estudio de esta ciencia y a esta Universidad, le atribuye hoy el reconocimiento de máximo exponente de nuestro procesalismo científico, y nos permitirá agradecerle mañana la reconstrucción de la patria justa que todos nos merecemos, y que con esfuerzo, fe y esperanza edificaremos sobre los sólidos cimientos doctrinarios y académicos que usted con tanto fervor nos ha dejado.

Señoras y Señores.

## **Semblanza sobre la Vida del Doctor Arístides Rengel Romberg<sup>1</sup>**

*Alirio Abreu Burelli.*

Podría parecer innecesario hablar sobre el doctor Arístides Rengel Romberg, en un lugar, como éste, donde no solamente se le conoce por su obra jurídica, sino fundamentalmente por la relación humana que ennoblecó su ejercicio como Decano de esta casa de estudios, de esta Alma Mater, entre los años 1999 y 2004.

Referirme en este acto a la vida del Dr. Rengel Romberg, según el honroso encargo que me fue confiado, tiene tal vez el sentido del testimonio de una de las numerosas personas que, como yo, hemos tenido el privilegio de ser sus amigos, de haber aprendido de sus libros, de sus clases, de sus conferencias y, sobre todo, de su vida ejemplar.

Hace cuarenta y siete años, cuando me inicié como Juez de Primera Instancia Civil, y hasta muchos años después, había en los despachos judiciales un libro indispensable, al igual que los códigos, las leyes y algunos textos de jurisprudencia. Era el libro "Formularios de Procedimiento Civil", del doctor Arístides Rengel Romberg, cuya publicación le fue encomendada por el Ministro de Justicia, doctor Luis Felipe Urbaneja, en el año de 1951. Fue, hasta 1987, un libro de consulta, que facilitaba el trabajo de secretarios, escribientes, alguaciles, así como de los jueces. Las referencias sobre el autor, en aquella lejana época, eran las de un joven y brillante abogado, que había regresado al país, recientemente, desde Italia donde había sido distinguido alumno en un Seminario de Derecho Procesal, dirigido por Piero Calamandrei, en Florencia, en el año de 1950. Sabíamos igualmente que el joven abogado Rengel Romberg de 26 años, para entonces, había nacido en Ciudad Bolívar, hijo de don Arístides Rengel Alcalá y de doña

---

<sup>1</sup> Palabras pronunciadas con motivo del homenaje al Dr. Arístides Rengel Romberg en el acto de presentación de los números 5 y 6 de la Revista "Derecho y Sociedad". Universidad Monteávila, el día 4 de mayo de 2006.

Rosita Romberg Machado de Rengel y había egresado *summa cum laude* como Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela con la tesis “La Jurisdicción en el Derecho Procesal Moderno” que defendió ante un jurado integrado por los doctores Luis Loreto, Lorenzo Herrera Mendoza y Silvestre Tovar Lange.

Tuve la suerte de conocer al Dr. Rengel Romberg en el año de 1964, por presentación del Dr. Luis Loreto quien era apoderado demandante en un notorio caso de inquisición de paternidad, en el cual tenía como contraparte al doctor José Andrés Fuenmayor. Hago esta referencia para destacar la presencia en los tribunales de instancia de grandes juristas como los doctores Loreto, Angulo Ariza, Gordils, Hernández Bretón, José Andrés Fuenmayor, Morles Hernández, Rengel Romberg, Palma Labastida, y muchos otros, en una judicatura ejercida, en primera instancia, por jueces como Gonzalo Parra Aranguren, Luis Mauri, Adán Febres Cordero, Eloy Maduro Luyando, Rafael Clemente Arraiz, Antonio Landaeta. Sin mencionar a eximios jueces en las Cortes Superiores y en la Corte Suprema de Justicia. En ese especial contexto, de notables juristas y jueces sabios y probos, la obra jurídica del Dr. Rengel vino a prestar una importante contribución. En efecto, además de los “Formularios de Procedimiento Civil”, dirigidos a garantizar la buena *praxis* de los funcionarios judiciales, el doctor Rengel publicó entre los años 1965 y 1975, su “Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano”, en tres volúmenes, que excedió su propósito inicial de ser sólo un texto para los alumnos del autor.

La extensa obra jurídica del doctor Rengel comenzó en 1949 al presentar como tesis de grado su mencionado estudio “La Jurisdicción en el Derecho Procesal Civil Moderno”. Continuó, como dijimos, con el “Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano”, y con los “Estudios Jurídicos”, que es la recopilación, en un volumen, de monografías sobre diversos campos del Derecho, especialmente sobre Derecho Procesal Civil, publicada en el año 2003 por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Al entrar en vigencia el actual Código de Procedimiento Civil, en 1987, inició la publicación de su “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, en seis tomos, obra que ha sido recibida con elogio tanto en el ámbito nacional como internacional. Basta leer las reseñas bibliográficas de Santiago Sentís Melendo en “Revista de Derecho Procesal Argentino” y por Giuseppe Tarzia en la “Revista de Diritto Processale Italiana”.

El Dr. Rengel Romberg ha ejercido la docencia desde el año 1954, y en los últimos veinte años como Profesor Titular, en la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Monteávila. Concluyó su actividad académica en el Decanato de Derecho de esta Universidad Monteávila que ejerció hasta el año 2004.

En el campo legislativo el doctor Rengel Romberg elaboró el proyecto de Ley de Carrera Judicial, en el año de 1979, por encargo que le hizo el Ministro de Justicia, doctor José Guillermo Andueza. La Ley de Carrera Judicial, que entró en vigencia en el año 1980, trató de resolver el problema de la inestabilidad de los jueces quienes cada cinco años estaban sometidos a las contingencias políticas que determinaban la gestión del Consejo de la Judicatura, desde 1969, tanto en la elección como en la destitución de los jueces.

Pero en el campo legislativo, la obra más importante del doctor Rengel Romberg fue su participación como uno de los proyectistas del Código de Procedimiento Civil, en compañía de los también ilustres juristas: José Andrés Fuenmayor, Leopoldo Márquez Añez y Luis Mauri. El profundo conocimiento del Dr. Rengel Romberg de la doctrina procesal y, especialmente, de los postulados de la Escuela Procesal Italiana, fue decisivo en las reformas contenidas en el nuevo Código de Procedimiento Civil.

A diferencia de algunas de las actuales tendencias doctrinarias o legislativas dirigidas a desconocer el valor de la tradición y de la práctica procesal, el doctor Rengel Romberg expresó que *“La simbiosis de la práctica con la ciencia procesal, será una necesidad que traerá el nuevo Código y dará ocasión al florecimiento de los estudios procesales, con gran provecho para la cultura jurídica del país y para la elevación de la jurisprudencia a un plano superior al del simple practicismo que lo viene dominando desde principios del siglo.”* (Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Prólogo. Tomo 1.)

Como abogado ejerció una brillante carrera. Formó parte de varios importantes escritorios jurídicos, y desde el año de 1961 hasta 1987, estuvo asociado al escritorio Travieso-Evans, fundado en la década de los años 30 por don José María Travieso. Me consta, como juez, la pulcritud y honorabilidad en la actuación del doctor Rengel Romberg y su respetuosa y cordial relación con jueces, personal del Tribunal y abogados litigantes.

El doctor Rengel dio importantes contribuciones doctrinarias como Conjuez de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En el año de 1992

apareció en la nómina de candidatos con gran probabilidad de ser designado, junto con el Dr. Ricardo Henríquez La Roche, Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Lamentablemente motivos políticos, y la renuncia que ellos hicieron a sus postulaciones, impidieron que estos notables y reconocidos juristas pudieran prestar sus servicios al más alto Tribunal.

Cabe igualmente destacar que el Dr. Rengel Romberg se incorporó a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 6 de junio de 1986, como individuo de número en el sillón que ocupó el doctor Luis Felipe Urbaneja, su maestro de Obligaciones en la Universidad Central de Venezuela.

Estamos, pues, ante un ser humano modelo de virtudes personales, morales e intelectuales. Difícil encontrar en una sola persona la excelencia como profesor, como proyectista de leyes, como académico, como abogado en ejercicio, como tratadista del derecho procesal. Actividades ejercidas con rectitud, probidad, eficiencia, lealtad, modestia y generosidad. Recuerdo que en el año de 1987 tuvo lugar un Congreso Internacional de Derecho Procesal, colombo-venezolano en la ciudad de San Cristóbal, estado Táchira. Participaron entre otros, los doctores José Rodríguez Urraca, Hernando Devis Echandía, Jairo Parra Quijano. El Dr. Rengel no pudo asistir y me encomendó su representación en dicho Congreso. Años más tarde él me seleccionó para compartir un tema sobre derecho de autor en las Jornadas Domínguez Escobar en Barquisimeto. Fueron muestras de suma generosidad, que guardo en el recuerdo como un gran honor; al igual que ha sido honrosa la amistad de este eminente jurista para quienes hemos tratado de aprender, no sólo de su obra jurídica, sino, esencialmente, de su vida luminosa y útil.

El doctor Rengel Romberg es buen esposo, buen padre y fue excelente hijo. Respetuoso y cordial en la relación social y en el cultivo de la amistad. Notorios el afecto y la admiración que profesó siempre al doctor Luis Loreto, a quien consideró su maestro. A él dedicó una de sus importantes obras: *"Tratado de Derecho Procesal Civil."* Dice la dedicatoria: *"A la memoria del doctor LUIS LORETO, maestro del procesalismo científico en Venezuela, quien me orientó en mi vocación por esta ciencia y me honró con su amistad."* Asimismo oí con mucha frecuencia a ex alumnos del Dr. Rengel Romberg expresar su gratitud y elogio por las enseñanzas que de él recibieron y aún

reciben y por el trato, cordial y humano que siempre les ha dispensado. Por otra parte, las referencias de ser alumnos y amigos del Dr. Rengel Romberg han sido, por sí mismas, importantes credenciales.

Asumo, por tanto, la representación de muchas personas que quisieran hoy participar, como yo lo hago, en este homenaje. Reitero mi admiración y afecto al Dr. Rengel Romberg, y mi agradecimiento a la Universidad Montevila por haberme encomendado el grato encargo de decir estas palabras.

Gracias.