

INSTITUCIONALIDAD, JUSTICIA Y ARBITRAJE COMERCIAL



FRED AARONS P.

Resumen: Este trabajo trata acerca de dos artículos específicos de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana que versan acerca de la cláusula arbitral (artículo 6) y de los costos en el arbitraje (artículo 20). Como parte de su contenido, el trabajo hace referencia a los asuntos siguientes: INTRODUCCION; 1. La Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC) y su incidencia; 2. Consideraciones acerca del artículo 6 de la LAC relativo a la cláusula arbitral; A. La cláusula arbitral, según se trate de arbitraje institucional o arbitraje ad hoc; B. El tratamiento de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión; C. Clausula arbitral y los efectos de la pandemia del COVID-19; 3. Consideraciones acerca del artículo 20 relativo a los costos en el arbitraje; 4. Circunstancias determinantes en el manejo de los costos en asuntos arbitrales; A. El estado de pobreza y el arbitraje; B. El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial; CONCLUSIONES; REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Palabras claves: Cláusula arbitral, costos en el arbitraje, Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

Title: Institutional Framework, Justice and Commercial Arbitration.

Abstract: This paper deals with two specific articles of the Venezuelan Commercial Arbitration Law that address the arbitration clause (article

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por American University; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por American University Washington College of Law; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante otras instituciones internacionales.

6) and costs in arbitration (article 20). As part of its content, the paper refers to the following topics: INTRODUCTION; 1. The Venezuelan Commercial Arbitration Law (LAC) and its impact; 2. Comments on Article 6 of the LAC on the arbitration clause; A. The arbitration clause, depending on whether it is institutional arbitration or ad hoc arbitration; B. The treatment of the arbitration clause in adhesion contracts; C. Arbitration clause and the effects of the COVID-19 pandemic; 3. Comments on Article 20 on costs in arbitration; 4. Determining circumstances in the management of costs in arbitration matters; A. The State of Poverty and Arbitration; B. Third-party financing in commercial arbitration; CONCLUSIONS; BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.

Keywords: Arbitration clause, arbitration costs, Venezuelan commercial arbitration law.

INTRODUCCION

Este trabajo ha sido preparado con el fin de hacer referencia a dos artículos específicos de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana¹ que versan acerca de la cláusula arbitral y de los costos en el arbitraje.

Por una parte, las consideraciones que formularemos acerca del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana propiciarán la discusión acerca de los aspectos que deben ser tomados en consideración al negociar una cláusula arbitral, ya sea para un arbitraje institucional o un arbitraje ad hoc. Por otra parte, el artículo 6 de la referida ley contempla ciertos requerimientos para validar el consentimiento otorgado para someter en arbitraje las controversias que puedan surgir con ocasión de la ejecución de los contratos de adhesión, lo cual nos obliga a hacer referencia a los requerimientos especiales establecidos para establecer la validez de la cláusula arbitral, así como determinar las implicaciones que pueden surgir entre las partes a la hora de someter alguna controversia a un procedimiento arbitral.

Formularemos consideraciones acerca del artículo 20 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, relativo a los costos en el arbitraje. De tal manera, podremos analizar las diferentes circunstancias determinantes en el manejo de los costos en los asuntos arbitrales y las alternativas disponibles a tal efecto.

¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 36. 430 de fecha 7 de abril de 1998.

Habiendo transcurrido cerca de cinco lustros desde la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, sería pertinente establecer un balance acerca de las perspectivas actuales en lo que concierne al uso del arbitraje en el ámbito comercial venezolano, así como los retos que se presentan para promover a futuro la figura del arbitraje como mecanismo efectivo de solución de controversias.

A los fines de analizar los aspectos antes referidos, retomaremos ciertos aspectos relevantes en relación con la cláusula arbitral y los costos en el arbitraje, por lo cual haremos uso de los diferentes trabajos que hemos desarrollado durante la vigencia de la ley de arbitraje comercial venezolana acerca de ambos temas. Nuestro objetivo es plantear la discusión acerca de temas de interés y buscar consenso acerca de su tratamiento, para hacer del arbitraje comercial una herramienta de solución de controversias eficiente y de costos razonables en beneficio de la mayor cantidad de ciudadanos.

1. LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL VENEZOLANA (LAC) Y SU INCIDENCIA

A partir de la entrada en vigencia de la LAC, la figura del arbitraje ha sido utilizada progresivamente con mayor énfasis en el ámbito nacional por los diferentes participantes de la actividad comercial. Sin embargo, como veremos más adelante en este trabajo, su uso sigue siendo limitado.

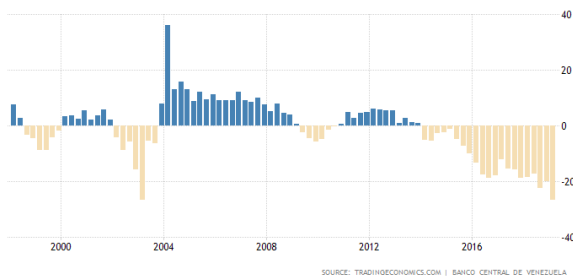
En esta ocasión, nuestro análisis estará centrado en los artículos 6 y 20 de la LAC y su alcance. En tal sentido, tiene como propósito discutir ciertos aspectos puntuales referidos en ambas disposiciones normativas de manera que podamos presentar alternativas teóricas y prácticas que puedan incidir en el mejor uso de la institución del arbitraje en el ámbito comercial venezolano.

El Producto Interno Bruto es un indicador determinante del nivel de actividad económica llevada adelante en un país. En el gráfico que encontrarán a continuación podrán observar el alto nivel de oscilación registrado por concepto del Producto Interno Bruto (PIB) en Venezuela a partir del año 1.998 hasta el año 2.020. El comportamiento del PIB permite concluir que la actividad económica no ha sido consistente ni positiva durante dicho período, sino más bien caracterizada por una creciente crisis económica y social. La tasa de crecimiento anual del PIB en Venezuela promedió 1.62 por ciento desde 1.998 hasta 2.017,

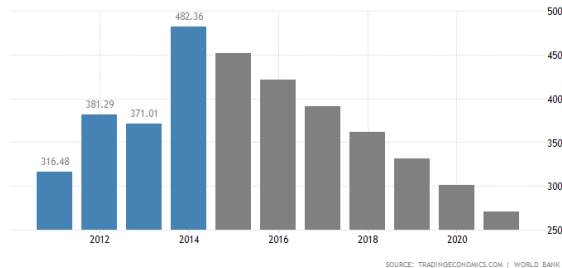
alcanzando un máximo histórico de 36.10 por ciento en el primer trimestre de 2.004 y un mínimo histórico de -26.70 por ciento en el primer trimestre de 2003². El PIB en Venezuela tuvo un valor de 482.360 millones de dólares en 2014, según datos oficiales del Banco Mundial. El valor del PIB de Venezuela representó a dicha fecha el 0,43 por ciento de la economía mundial³.

GRÁFICOS 1 y 1A - PIB Venezuela

1



1A

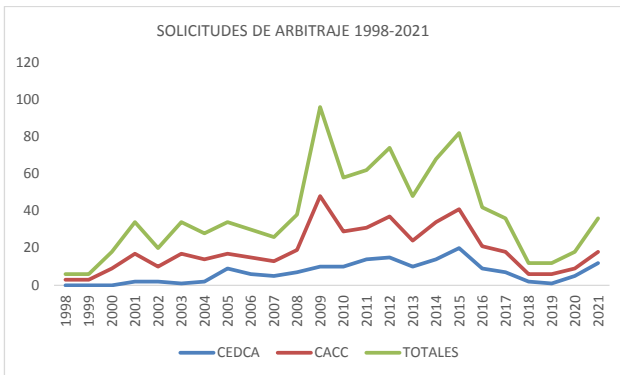


² La economía venezolana se contrajo 26,8 interanuales en el primer trimestre de 2019, tras una contracción del 20,2 por ciento en el período anterior, según el Banco Central de Venezuela. Fue la contracción más pronunciada desde al menos 1998, ya que tanto el petróleo (-19.1 por ciento vs -14.7 por ciento en el cuarto trimestre de 2018) como el sector no petrolero (-27.3 por ciento vs -20.4 por ciento) se redujeron aún más. En todo el sector no petrolero, la producción cayó a un ritmo más rápido en minería (-35.7 por ciento vs -15 por ciento), manufactura (-56.3 por ciento vs -46.4 por ciento), finanzas y seguros (-55.6 por ciento vs -41.8 por ciento), bienes raíces (-13.2 por ciento vs -12.5 por ciento), servicios públicos (-16.1 por ciento vs -15.3 por ciento), comunicaciones (-12.1 por ciento vs -8 por ciento), servicios gubernamentales (-49.7 por ciento vs -32.4 por ciento) y servicios comunitarios y personales (-47.4 por ciento vs -34.5 por ciento). fuente: Banco Central de Venezuela. Venezuela GDP Annual Growth Rate | 2021 Data | 2022 Forecast | 1998-2020 Historical (tradingeconomics.com)

³ world bank venezuela data - Search (bing.com)

A partir de la promulgación de la LAC y hasta finales del año 2.021 se han tramitado 459 solicitudes de arbitraje institucional entre los dos principales centros de conciliación y arbitraje de Venezuela. Aun cuando no disponemos de las cuantías monetarias agregadas en disputa correspondientes a los casos sometidos a arbitraje en el referido período, el número de solicitudes de arbitraje no se compadece con el tamaño de la economía venezolana.

GRÁFICO 2 – Venezuela

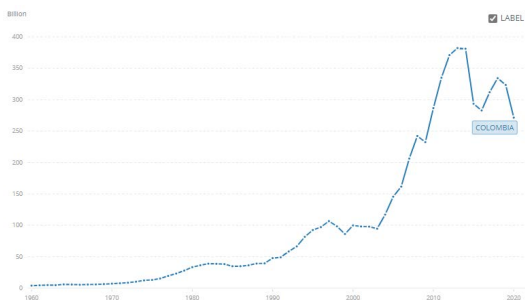


A manera comparativa, es pertinente hacer referencia a la experiencia colombiana por lo que concierne al crecimiento exponencial que ha tenido la actividad arbitral dentro de su ámbito geográfico. Desde la perspectiva estrictamente económica, Colombia tuvo un PIB en el año 2.020 que representa el equivalente del 56% del PIB registrado en Venezuela en el año 2.014. El PIB *per cápita* de Colombia fue de 5,889 dólares de los Estados Unidos de América al año 2.020, mientras que Venezuela dispuso al año 2.014 de un PIB *per cápita* de 14,025 dólares de los Estados Unidos de América⁴. Independientemente que Colombia tenga una población más numerosa que Venezuela, los indicadores de PIB de los dos países durante el transcurso de los últimos años han demostrado que en la actualidad ambas son economías relativamente similares, razón por la cual las solicitudes de arbitraje deberían de reflejar cifras medianamente comparables. Sin embargo, de la información reflejada en los gráficos 2 y 3-A, puede apreciarse que Colombia ha

⁴ GDP per capita - Countries - List | America (tradingeconomics.com)

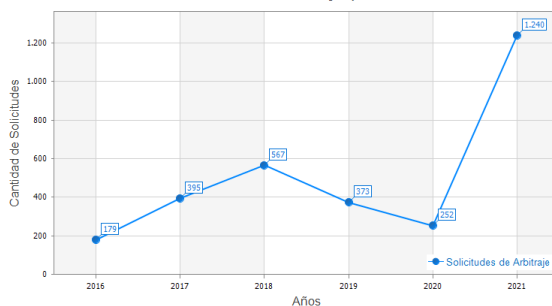
tramitado 3.006 casos entre los años 2.016 y 2.021⁵, mientras que Venezuela, ha tramitado en un lapso cercano a 25 años, a partir de la entrada en vigencia de la LAC, 459 casos en la sede de los principales centros de conciliación y arbitraje de Venezuela. Las cifras comparativas denotan que hay oportunidad para promover aún más el uso del arbitraje para la solución de controversias comerciales en Venezuela.

GRÁFICOS 3 y 3A – Colombia



3-A

Solicitudes de Arbitraje por Año



2. CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 6 DE LA LAC RELATIVO A LA CLÁUSULA ARBITRAL

Como parte de nuestras consideraciones, formularemos planteamientos acerca de la cláusula arbitral, distinguiendo su contenido tanto en los procedimientos arbitrales institucionales como los de arbitraje *ad-hoc*. Así mismo, discutiremos el alcance y los requisitos de validez

⁵ <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaArbitraje>

de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión. Por otra parte, discutiremos acerca del uso de las cláusulas escalonadas, de mayor uso en la actualidad para promover amplia diversidad en el uso de los medios alternos de solución de controversias.

A. La cláusula arbitral, según se trate de arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*

La cláusula arbitral tiende a reflejar ciertas particularidades propias según se trate de arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*. Cuando se trata de arbitraje institucional, la cláusula arbitral requiere únicamente de la voluntad inequívoca de someter a arbitraje las controversias surgidas en relación con el contrato en cuestión. Los demás aspectos complementarios de la cláusula arbitral tienden a estar incluidos, cuando se trata de arbitraje institucional, por referencia en el reglamento institucional que regirá el arbitraje, según las partes lo hayan estipulado en la cláusula arbitral. Por el contrario, cuando se trata de arbitraje *ad hoc*. La cláusula arbitral, debe contemplar la mayor cantidad de eventualidades que puedan surgir al momento de dirimir las controversias sometidas a arbitraje. Entonces, dependerá de la modalidad de arbitraje aplicable para determinar el alcance que tendrá la cláusula arbitral, razón por la cual las partes deberán prestar especial atención a las particularidades que incluyan en la cláusula arbitral, según sea el caso particular aplicable. Si bien en el caso del arbitraje institucional las partes pueden aplicar supletoriamente lo dispuesto en el reglamento institucional aplicable; en el caso del arbitraje *ad hoc* y al momento de negociar la cláusula arbitral, las partes deberán atender con especial énfasis aspectos relativos a la metodología aplicable para la designación de los árbitros y el número de éstos que serán requeridos para decidir la controversia; el régimen aplicable a la adopción de medidas cautelares; el tratamiento de los costos y la responsabilidad de las partes al respecto, entre otros asuntos.

B. El tratamiento de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión

Raymond Salleilles empleó por primera vez la expresión “*contrat d’adhesion*”, caracterizándolo como aquel en el que hay un predominio

de una sola parte, que obra como una voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que espera la adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato. (Vellespinos, 1984, p.237). En los contratos de adhesión las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante no tiene el poder de introducirle modificaciones y, si no quiere aceptarlas, debe renunciar a celebrar el contrato. Los elementos que suelen caracterizar el contrato de adhesión son (i) que exista una oferta de carácter permanente hecha a persona indeterminada; (ii) que el contrato está por lo general pre-redactado en un documento impreso, de modo que los destinatarios se limitan a dar su adhesión al contrato (Melich Orsini, 2006, p. 52). Este convenio no es producto –propriadamente– de la discusión y acuerdo de los aspectos que lo contienen y se denominan contratos de adhesión. La doctrina los caracteriza por estar documentados en formatos pre-impresos; ser redactados por una de las partes (y que, además, tiene una posición económica dominante frente a la otra); su contenido poco o nada puede ser modificado; y, finalmente, la suscripción de dicho acuerdo exige, en ciertos casos, el pago de una suma de dinero (De la Maza Gazmuri, p. 3).

Para que alguien pueda adherir debe haber primero una oferta pre-dispuesta y ella debe contener los antecedentes constitutivos del contrato, estar pre-redactada para una generalidad de sujetos, y sin posibilidad de discutirlos en forma particularizada.

En la adhesión hay voluntad de realización, de producción de efectos, pero no hay libertad de configuración del contenido por parte del adherente, que debe tomar o dejar las cláusulas pre-redactadas sin poder modificarlas.

En la institución arbitral priva el principio de autonomía de la voluntad de partes. Ninguna persona –natural o jurídica, pública o privada– acude a ellos sin su consentimiento. Tal como afirma la doctrina, el arbitraje es una institución basada en la libertad (Barona Vilar, 2012, p. 21). Esta libertad podría verse opacada en aquellos supuestos en los cuales una de las partes redacta un contrato –incluyendo en él una cláusula arbitral– mientras que la otra parte, simplemente, acepta el acuerdo.

En los contratos de adhesión la manifestación del consentimiento por parte del aceptante se reduce a sólo estampar una firma o hacer *click*

a una página web (si el contrato está en medios electrónicos). Ante la multiplicidad de contratos de adhesión que existen actualmente por la velocidad de las transacciones comerciales, debemos analizar las particularidades del compromiso arbitral en un contrato de esta naturaleza (Aarons et al, 2015, p. 30).

La piedra angular del arbitraje es la libertad y, concretamente, se basa en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esto significa que sólo las partes –y no un tercero– son quienes eligen este mecanismo de resolución de conflictos. Así Montero Aroca refiere:

“... La institución arbitral encuentra su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad. Si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que han de tener la plena disposición de los mismos; si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos, de modo que los mismos han de poder establecer, modificar y extinguir todas las relaciones jurídico materiales privadas; y si la Constitución establece un marco de libertades y de autonomía de la voluntad jurídica, la conclusión necesaria es que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción, entendida ésta como potestad de la que el Estado y sus órganos judiciales tienen el monopolio”(Montero Aroca, 2004, p. 101).

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento corresponde al acuerdo de dos o más voluntades en atención al artículo 1.159 del Código Civil (CC). La manifestación de la anuencia de las partes de seleccionar la vía arbitral como el mecanismo de resolución de un eventual conflicto –contractual o no– se efectúa por medio del compromiso arbitral o de la también denominada cláusula arbitral (Aarons et al, 2015, p. 31).

La manifestación de la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada. En tal sentido, el artículo 6º de la LAC establece lo siguiente:

“Artículo 6. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que con-

tenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”.

La norma en referencia confirma de manera fehaciente que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito. Es decir, se requiere una manifestación de voluntad expresa de someter a arbitraje la controversia que involucra a las partes contratantes. Resaltante es que no sea suficiente que conste por escrito, sino también se requiere que dicha manifestación de la cláusula arbitral se forme de alguna manera aparte del contrato en cuestión. De manera particular, se enfatiza que en los contratos de adhesión debe haber una manifestación independiente, además de expresa. Entonces, el acuerdo de arbitraje en los contratos de adhesión lejos de estar prohibido puede ser realizado de manera independiente, siempre que ambas partes otorguen de manera válida su consentimiento para dicho acuerdo. En tales casos, el acuerdo de arbitraje debe constar en documento separado (Aarons, 2011, p.16).

En el caso de Venezuela, la LAC establece un régimen de excepción, susceptible de interpretación restrictiva, según el cual se establecen las condiciones expresas requeridas para que la cláusula arbitral sea válida en relación con controversias suscitadas en contratos de adhesión. Tales requisitos están referidos a que la manifestación de voluntad para someter una controversia a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente. Nótese que aun cuando en Venezuela se requiere que las ofertas públicas de productos y servicios sean objeto de publicidad, y que el usuario deje constancia escrita de que ha tenido oportunidad de leer el contrato bancario de que se trate con antelación a su suscripción⁶, ello no convalida, según nuestra opinión, la validez de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión que no haya sido suscrita de forma expresa e independiente. Es decir, el criterio formalista se impone en Venezuela sobre el particular, independientemente de las evidencias que pudieran surgir para determinar la validez de la cláusula arbitral,

⁶ Según el artículo 17 de las Normas relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros.

que a nuestro modo de ver sean más prácticas y proclives a proteger a la institución del arbitraje (Aarons, 2011, p. 17).

En tal sentido, la jurisprudencia nacional ha sido consistente en señalar los aspectos siguientes:

- (i) *si bien es permisible la derogatoria de la jurisdicción venezolana por vía contractual de acuerdo con lo previsto en el precitado artículo 5 eiusdem, sin embargo, esta Sala en anteriores oportunidades ha acotado respecto de los casos donde se discute acerca de la aplicabilidad de las cláusulas arbitrales establecidas en los contratos de Adhesión, que no puede aceptarse su validez, a no ser que medie un acuerdo de voluntades expresado en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, que permita evidenciar que es producto de la voluntad inequívoca de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos. (Véanse, entre otras, sentencias de esta Sala Nos. 1252 del 30 de mayo de 2000, 962 del 1º de julio de 2003, 1761 del 18 de noviembre de 2003, 339 del 14 de abril de 2004).*
- (ii) *Dentro de un sistema armonizado y coherente con las bases constitucionales vigentes, la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de Adhesión sólo será permisible cuando medie un acuerdo expreso entre las partes manifestado en forma independiente al conjunto de normas prerredactadas⁷.*

Cabe destacar que en la práctica, los árbitros podrían optar por diferentes alternativas para determinar la voluntad efectiva de la parte adherente en el contrato de adhesión de someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dicha relación contractual (Aarons, 2015, p. 35).

El requisito formal establecido en el artículo 6 de la LAC se constituye en una protección, derecho o garantía en un área “sensible”, relativa a los contratos de adhesión y la manifestación de voluntad expresa del adherente, establecida en la legislación especial a favor de la parte adherente en el contrato de adhesión, por lo que sería únicamente esta parte quien podría hacer valer dicho derecho, o en su defecto, exigir la

⁷ Caso Banesco Banco Universal Compañía Anónima, v. José Miguel Marín Ferrer. Expediente número 2006-1459 Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 02448 del 7 de noviembre del año 2006.

nulidad de los actos ejecutados en infracción del mismo, ante la falta de resguardo en la que pudieran incurrir los árbitros en incumplimiento de la ley.

Consideración aparte amerita la discusión relativa a la constitucionalidad o no del requisito formal establecido en el artículo 6 de la LAC, todo ello tomando en consideración que pudiera estar en contradicción con el principio “pro-arbitraje”, sustentado en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, aunque hasta la presente fecha en opiniones sobre asuntos distintos del que concierne al artículo 6 de la LAC (Aarons, 2015, p. 36).

C. Cláusula arbitral y los efectos de la pandemia del COVID-19

La pandemia por el COVID-19 ha reconfigurado a los medios alternativos de solución de controversias puesto que aun cuando no ha sido homogénea la aproximación adoptada por los órganos jurisdiccionales, se ha tratado de dar continuidad a los servicios de justicia mediante atención remota o virtual. Tal circunstancia ha proporcionado una oportunidad única para el uso de los medios alternativos de solución de controversias como una vía flexible de atención para asuntos civiles y mercantiles mediante ya sea la negociación, la mediación y el arbitraje. La pandemia por el COVID-19 en buena medida ha provocado la paralización de la actividad judicial, con el consecuente incremento en el estado del retraso judicial preexistente, lo cual provocará el alargamiento de los plazos judiciales. Por otra parte, la pandemia por el COVID-19 habría provocado la disrupción en la ejecución de contratos civiles y mercantiles debido principalmente al cambio de las circunstancias suscitadas por sus efectos, lo cual provocará un aumento importante de la actividad judicial en la jurisdicción civil y mercantil. Adicionalmente, las partes en sus nuevas contrataciones requerirán mecanismos flexibles y eficientes para la rápida solución de las controversias que pudieran surgir durante la pandemia o posteriormente.

Ante la situación descrita resulta ser de creciente importancia recurrir a los medios alternativos para la solución de controversias, siendo particularmente oportuno considerar el uso en medio de la pandemia de las llamadas “cláusulas escalonadas”. Las cláusulas escalonadas o también referidas como *multi-tiered clauses* o *multi-step clauses* son

cláusulas de resolución de controversias que conllevan un sistema progresivo para la solución de las diferencias, mediante las cuales las partes pueden disponer en sus fases iniciales de varios métodos alternativos para la resolución de controversias (negociación entre altos ejecutivos, mediación, *dispute boards*, etc.) y que culmina en arbitraje, en caso de resultar infructuosa alguna solución durante la aplicación de los primeros métodos alternativos. Acerca de su naturaleza se ha discutido extensamente si se trata o no de auténticos convenios arbitrales. No obstante, la tendencia imperante en la actualidad sugiere la utilización de este tipo de cláusulas en los más diversos tipos de contratos, razón por la cual los principales centros arbitrales están promoviendo el uso de las cláusulas escalonadas.

Las ventajas que, con carácter general, se asocian a este tipo de cláusulas son las relativas a precaver las potenciales consecuencias negativas de un procedimiento arbitral. Así mismo, mediante estas cláusulas se busca alcanzar una solución a través de procesos que eviten deteriorar la relación comercial en virtud del conflicto existente y que proporcionen algún ahorro en tiempo y dinero para las partes.

Pese a sus ventajas, estas cláusulas son fuentes de no pocos problemas cuando una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o cuando la redacción de la cláusula tiende a ser ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos, previo al inicio del arbitraje. El tema principal relativo a dichas cláusulas concierne a los efectos y consecuencias en el arbitraje, así como su reconocimiento y ejecución del laudo que resulte, en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada. Por otra parte, es prestar debida atención cuando una de las partes solicita medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a la parte a dar inicio al arbitraje dentro de un plazo relativamente breve o cualquier otra circunstancia procesal que le impida que alguna parte pueda respetar el procedimiento escalonado. La inclusión de una cláusula escalonada en un contrato debe atender a las necesidades propias de las partes contratantes y de la transacción que los vincula, con el fin de asegurar su efectividad y la maximización de los beneficios. Por ello es necesario precisar aspectos particulares en la referida cláusula, tales como determinar claramente el carácter

imperativo o no de los procedimientos previos al inicio del arbitraje (negociación, perito técnico, *dispute boards*, etc.), los plazos o, en su caso, hechos que determinen el fracaso de los pasos previos al arbitraje y que permitan iniciar los siguientes⁸.

3. CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 20 RELATIVO A LOS COSTOS EN EL ARBITRAJE

La adecuada relación entre la obtención de un laudo arbitral en el menor tiempo posible y con costos razonables maximiza la relación costo-beneficio resultante del proceso arbitral.

Asumiendo que los costos del arbitraje comercial sean razonables, tal como lo promueve la mayoría de las legislaciones y reglamentos de los centros arbitrales en América Latina, existen circunstancias que determinan que los costos en el arbitraje sean un aspecto de relativa preocupación de las partes interesadas en acudir al arbitraje como alternativa válida y eficiente para solucionar las controversias que puedan surgir en relación con sus relaciones contractuales.

Ante la decisión de las partes de acudir a un proceso arbitral para dirimir sus controversias comerciales, surge una variedad de aspectos relevantes en materia de costos que ameritan la atención de las partes, los árbitros, los centros arbitrales y eventualmente de terceros vinculados directa o indirectamente con tal proceso, tales como peritos, expertos, financistas, entre otros.

El arbitraje comercial ha venido ganando adeptos progresivamente en el tiempo como alternativa para la solución de controversias comerciales. Tal circunstancia ha suscitado que las partes que requieran acudir a esta elección dispongan y aporten de buena fe los recursos suficientes para costear su tramitación. Cada vez es más frecuente, sin embargo, que alguna de las partes no disponga de los recursos necesarios para sufragar los costos y gastos inherentes al arbitraje comercial, o que haga uso de algún ardid jurídico para evitar el pago de los costos del arbitraje. Una barrera de relevancia para promover el acceso a la justicia

⁸ https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-este-metodo-alternativo-de-resolucion-de

es el costo relativo de los procesos judiciales. Los costos concentrados principalmente en los honorarios de abogados y las costas procesales causadas en caso de una parte resultar perdedora en un juicio. El factor tiempo y el consecuente retraso judicial se configura en la principal variable que incide sobre los costos en los procesos judiciales.

El pago de los costos en el arbitraje es una obligación propia del acuerdo arbitral en sentido *lato*, cuando las partes estipulan el sometimiento de cualquier controversia que se suscite al arbitraje, sea éste de derecho o equidad. Sin embargo, aun cuando las obligaciones y derechos de las partes contratantes de la cláusula compromisoria surgen esencialmente de ésta, las partes usualmente no hacen referencia expresa al esquema aplicable para atender al pago de los costos relacionados con el arbitraje. De allí que haya que acudir de manera subsidiaria a la ley aplicable o al reglamento según el cual las partes hayan acordado tramitar la controversia, con el fin de determinar de forma específica el tratamiento aplicable en relación con el pago de los costos, o ante la falta de pago, en un procedimiento regido por normas de arbitraje comercial (Aarons, 2015, pp. 80 y 81). La implementación de una tarifa plana o "*flat rate*" para ciertos tipos de asuntos dirimidos en tribunales arbitrales podría contribuir en la reducción sustancial de los costos en el arbitraje comercial y así maximizar las ventajas que **éste** presenta por su menor plazo de tramitación, en comparación con los asuntos dirimidos ante los **órganos** jurisdiccionales. (Aarons, 2020)

La LAC establece en su artículo 20 lo siguiente:

"Decidida la fijación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que le corresponda por tal concepto. ...Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella que hubiere consignado podrá hacerlo por la otra dentro de los quince (15) días hábiles siguientes..." (subrayado nuestro).

El pago de los costos en el arbitraje parte del principio equitativo de que los mismos sean repartidos a *prorrata* entre las partes contratantes. No obstante, cuando alguna de las partes no pague la porción correspondiente, entonces surgen circunstancias que ameritan análisis particular con el objeto de promover mecanismos que re-establezcan el equilibrio económico entre las partes con motivo de la falta de pago de

una de ellas. La LAC no establece de manera específica el tratamiento que deba aplicarse ante la falta de pago de los costos, salvo lo referente a la facultad que tiene una de las partes de aportar la porción faltante ante la falta de disposición o medios de la otra (Aarons, 2015, p. 85).

Lo usual en nuestro fuero, sin embargo, ha sido que las partes someten la controversia comercial suscitada a arbitraje mediante la referencia genérica al procedimiento institucional establecido por algún centro constituido para tramitar dichas controversias mediante el laudo dictado por los árbitros designados. Por ello no suelen anticipar, al momento de redactar la cláusula compromisoria, cuál es el procedimiento aplicable de manera específica en caso de que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones de pago de los costos relacionados con el eventual arbitraje comercial de que se trate. En tal sentido, las partes podrían, en la cláusula compromisoria otorgar amplias facultades a los árbitros para que adopten medidas conducentes a evitar situaciones que susciten el desequilibrio de la relación económica entre las partes en relación con el pago de costos del arbitraje. Tales medidas podrían incluir la adopción de medidas preventivas por parte de los árbitros para no hacer ilusoria la pretensión de recuperar los costos pagados por cuenta de la contraparte, como la aplicación de sanciones dirigidas a mitigar tal situación mientras previene la suspensión del proceso arbitral ante la eventualidad de que dicha parte no disponga de los recursos para suplir el incumplimiento de pago de la otra.

En Venezuela, estimamos que los árbitros no tendrían la facultad de imponer sanciones ante la ausencia de un acuerdo contractual, el cual puede ser específico según los términos de la redacción de la cláusula compromisoria, o genérico, por remisión a un procedimiento arbitral que atienda debidamente las diversas alternativas que pudieran presentarse ante la falta de pago por alguna de las partes.

Ante la conducta abusiva de las partes, o alguna de ellas, en un procedimiento arbitral, los árbitros podrán imponer sanciones a la parte responsable por semejante conducta sólo si el acuerdo entre éstas incluya, explícita o implícitamente la facultad otorgada a los árbitros para imponer sanciones. “Es generalmente entendido que un árbitro no tiene dicho poder ante la ausencia de una provisión contractual” (Vairo, 2006, p. 322).

4. CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES EN EL MANEJO DE LOS COSTOS EN ASUNTOS ARBITRALES

Cada reglamento tiende a diferir en el tratamiento otorgado ante la eventual falta de pago de los costos en el arbitraje comercial, razón por la cual sugerimos a las partes contratantes atender de forma inequívoca semejante situación mediante la incorporación del lenguaje necesario en la cláusula compromisoria que las partes estipulen al momento de celebrar el contrato objeto de eventual controversia (Aarons, 2015, p. 91).

La necesidad de generar mayor arraigo en el uso del arbitraje, entre otros medios alternos de solución de controversias, nos hace considerar propicio reiterar nuestros planeamientos acerca de aspectos relevantes en el manejo de los costos en asuntos arbitrales, tales como la por nosotros denominada “doctrina de la justicia gratuita arbitral” y el financiamiento de terceros en el arbitraje.

A. El estado de pobreza y el arbitraje

Otro aspecto que amerita nuestro análisis, en relación con el pago de costos en el arbitraje comercial, es la posibilidad de alegar el estado de pobreza de cualquiera de las partes en el proceso arbitral. El arbitraje ha sido considerado tradicionalmente un procedimiento de relativo alto costo en comparación con otras alternativas de solución de controversias. De allí que haya surgido la percepción de que tales altos costos pudieran constituirse en una barrera para acceder al arbitraje comercial. En los procesos de jurisdicción ordinaria en Venezuela, tanto de naturaleza contenciosa como voluntaria, está a disposición de las partes la posibilidad de eximirles del pago de costos y costas en caso de otorgarse el beneficio de “justicia gratuita” a favor de la parte afectada por semejante situación económica. En tal sentido, en las disposiciones contenidas en los artículos 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil se regula el beneficio de justicia gratuita, el cual es otorgado a quienes el tribunal o la ley consideran elegibles por solicitud que podrá ser presentada en cualquier estado y grado de la causa. De conformidad con los términos del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela:

“Los Tribunales concederán el beneficio de la justicia gratuita a quienes no tuvieren los medios suficientes, ya para litigar, ya para hacer valer de manera no contenciosa algún derecho. Este beneficio es personal, sólo se concederá para gestionar derechos propios, y gozarán de él, sin necesidad de previa declaratoria, las personas que perciban un ingreso que no exceda del triple del salario mínimo obligatorio fijado por el Ejecutivo Nacional, los institutos de beneficencia pública y cualesquiera otros a los que la ley lo conceda en los asuntos que les conciernan. La circunstancia de ser el solicitante propietario de la vivienda en que resida, no constituirá por sí mismo un impedimento para la concesión del beneficio. Dicho beneficio podrá ser cesado por el tribunal correspondiente en cualquier estado y grado de la causa si se llegare a demostrar que el beneficiario de la justicia gratuita dispone de medios económicos suficientes”.

El beneficio de justicia gratuita, según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, consiste en otorgar como principales derechos (i) la designación de un defensor que sostenga los derechos del beneficiario gratuitamente, (ii) la exención de pago de aranceles; (iii) la exención del pago de tasas u honorarios a los auxiliares de la justicia, tales como intérpretes, peritos, depositarios, asociados, prácticos y otros, los cuales estarán obligados a prestar gratuitamente sus servicios en el asunto cuando actúen a solicitud del beneficiario de la justicia gratuita.

Es de hacer notar que quien haya litigado gratuitamente quedará obligado a pagar el papel sellado, las estampillas, los honorarios de su defensor y las demás costas que hubiere causado o en que se le hubiere condenado, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso llegare a mejor fortuna (Artículo 180 del Código de Procedimiento Civil).

En el contexto del arbitraje comercial cabe preguntar si sería conveniente y posible aplicar –*mutatis mutandi*– el beneficio de justicia gratuita.

Estimamos que el otorgamiento de un beneficio de similares efectos podría facilitar no sólo la inclusión de cláusulas compromisorias mediante las cuales se sometan las controversias a arbitraje, sino que podría mitigar las situaciones manifiestas en las que algunas partes no

acuden a resolver sus controversias contractuales ante la inminente precariedad económica que les afecta. Estimamos que la LAC o en su defecto los reglamentos de centros de administración de procesos arbitrales, deberían incluir disposiciones que reconozcan la gratuidad de los costos del arbitraje, en caso de que alguna parte satisfaga los requisitos que se establezcan para el otorgamiento del beneficio de “justicia gratuita arbitral”.

Al respecto, la legislación arbitral colombiana ha dado un paso muy relevante al establecer la figura del amparo de pobreza en materia arbitral. De manera específica, el artículo 13 del Estatuto del Arbitraje en Colombia (Ley 1563 de 2012) contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. AMPARO DE POBREZA. *El amparo de pobreza se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe. Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar”* (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012).

Algunos tratadistas consideran que dado que los centros de arbitraje no administran justicia, se entiende que quien les solicite sus servicios estará suscribiendo un contrato de carácter privado en donde no cabe la institución pública del amparo de pobreza o el equivalente beneficio de justicia gratuita (Rodríguez Mejía, 2012). El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha mantenido como criterio jurisprudencial que la prohibición contenida en el artículo 254 de la Constitución de “establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”, no está dirigida al arbitraje (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Distribuidora Punto Fuerte D,P.F. C.A 20 de junio de 2007).

Aun cuando coincidimos con la apreciación de la Dra. Rodríguez Mejía, somos de la opinión que la figura del beneficio de justicia gratuita podría ser incluida en una reforma de la LAC o en los reglamentos de los diferentes centros arbitrales de manera que su aplicación sea el

resultado del acuerdo de la voluntad de las partes al éstas someterse por voluntad propia, por intermedio de la cláusula compromisoria, al reglamento arbitral citado en dicha cláusula. Así mismo, estimamos que si bien la disposición relativa al amparo de pobreza, contenida en la referida Ley 1563 de 2012, no precisa a cargo de quién queda el pago de los costos de arbitraje correspondientes a la parte beneficiaria de dicho tratamiento, se podría establecer mecanismos que permitan financiar dicho importe. Tales mecanismos incluirían, por ejemplo, el establecimiento de un fondo contingente con el aporte que se obtenga de otros casos, equivalente a una pequeña porción de lo que las partes en dichos casos arbitrales paguen por concepto de costos de arbitraje. Dicha porción podría entonces ser destinada en el centro de arbitraje correspondiente de manera que la suma agregada pueda ser utilizada total o parcialmente ante la eventualidad que alguna parte de un caso de arbitraje comercial solicite acogerse al beneficio de “justicia gratuita arbitral”. Habría, sin embargo, que considerar cuidadosamente las alternativas disponibles de manera que se atienda adecuadamente la situación de pobreza planteada, sin trasladar indebidamente y de manera desproporcionada las cargas financieras a terceros que no sean los más idóneos para mitigar tales situaciones.

De manera similar a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil venezolano estimamos prudente que las normativas que se llegaren a introducir en el reglamento de los centros de arbitraje sobre este asunto, dispongan que si la persona beneficiaria de la “justicia gratuita arbitral” llegare a mejor fortuna en un plazo prudencial, contado a partir de la terminación del proceso arbitral en cuestión, entonces el beneficiario debería pagar los costos y costas (en caso de haber resultado la parte perdedora) que le hubiere correspondido pagar de no haber obtenido el beneficio antes mencionado.

Entendemos que los planteamientos aquí propuestos en relación con lo que aquí nos permitimos denominar la “doctrina de la justicia gratuita arbitral” requieren de un mayor decantamiento por los centros de arbitraje con el fin esencial de establecer los detalles pertinentes a la fuente de fondeo y costos asociados en los casos, ante la eventualidad de que alguna parte merezca ser beneficiaria de la figura propuesta por carecer de los recursos económicos que le permitan acceder a la justicia mediante el arbitraje (Aarons, 2015, pp. 94 y sgts.).

B. El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial

El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial no se distingue esencialmente de cualquier otro tipo de financiamiento. La diferencia fundamental es el activo subyacente al objeto de financiamiento. Tratándose en este caso de los derechos correspondientes al reclamo arbitral sobre el cual pudiere tener alguna parte contratante. El tercero financista de un proceso arbitral es una persona natural o jurídica no vinculada con la controversia o sus partes intervinientes que asume los costos del demandante, teniendo como contraprestación una porción del monto recuperado o cualquier otro monto acordado, en el entendido de que los costos van por cuenta del financista exclusivamente (Seidel and Sherman, 2013).

Existen múltiples estructuras para atender las necesidades de financiamiento de los costos en que pueda incurrir alguna parte en los procesos arbitrales. Tales opciones van desde (i) el financiamiento personal o corporativo, según se trate la parte deudora de una persona natural o una persona jurídica, otorgado por instituciones bancarias o proveedores especializados, (ii) el financiamiento sin recurso a los estados financieros de la parte deudora, es decir repagado exclusivamente con las cantidades recuperadas del reclamo arbitral, (iii) el financiamiento estructurado con derivados, (iv) el financiamiento otorgado de manera subordinada⁹, o con repago mediante el capital accionario de la parte que posee un derecho litigioso, o mediante cualquier otra modalidad financiera equivalente (Bogart 2013, p. 50).

El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial consistiría en proporcionar los recursos necesarios, a través de diversas modalidades financieras, para facilitar la tramitación a favor de alguna parte interesada en un procedimiento arbitral, cuyos derechos litigiosos se constituyen en activos subyacentes del financiamiento. Actualmente, los financistas de procesos arbitrales se han configurado en un grupo profesional altamente sofisticado que ha establecido el financiamiento de arbitrajes en una modalidad específica de financiamiento.

⁹ El financiamiento subordinado se caracteriza por tratarse de un préstamo otorgado con una prioridad de repago más baja que los préstamos que sean quirografarios.

Uno de los principales beneficios del financiamiento de terceros en los procesos arbitrales radica en que representa una alternativa legítima para permitir el acceso a la justicia, mientras la parte beneficiaria del financiamiento mantiene control de sus derechos litigiosos. Tal beneficio permite evitar desbalances económicos entre las partes intervinientes en un proceso arbitral que en ciertas circunstancias provocan transacciones incitadas de cierta forma por las limitaciones económicas de una de las partes intervinientes.

Desde la perspectiva de los abogados que participan en procesos arbitrales, el financiamiento de terceros se configura en un mecanismo que facilita la participación de abogados que opten por no participar en procesos arbitrales en los cuales la remuneración que obtendrían por sus servicios profesionales estaría basada en el éxito obtenido en el caso, así como permite desvirtuar de plano la figura del pacto de *cuota litis*, el cual está prohibido expresamente en nuestra legislación. Este pacto consiste en que los abogados intervinientes en procesos litigiosos acepten recibir en pago una porción o la totalidad de los activos objeto de controversia. En tal sentido, el último aparte del artículo 1.482 del Código Civil dispone lo siguiente:

“... Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio”.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con la estipulación de la remuneración establecida en los contratos de honorarios profesionales, ha establecido lo siguiente:

“... En el presente caso, la demandada sostiene que el objeto de la cesión comporta igualmente un negocio jurídico prohibido por la ley, pues de acuerdo con el último aparte del artículo 1.482 del Código Civil, ‘Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.’; y que el precio

del avalúo constituye una de esas cosas esenciales a la causa. El artículo antes transcrito no prohíbe (sic) el pacto entre cliente y abogado acerca de los honorarios profesionales que se causen con ocasión de una gestión de representación en JUDICIAL o EXTRAJUDICIAL, sino cuando el mismo se celebre sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio... Sin embargo, el precio fijado por el tribunal a título de indemnización por la pérdida sufrida, aun siendo esencial a la causa, no puede asimilarse a las 'cosas' genéricamente descritas en dicha norma como el objeto de la prohibición, pues se trata de una suma de dinero, que por su naturaleza es fungible, esto es, intercambiable por otra suma de dinero que representa idéntico valor, lo cual determina y hace posible su circulación en la sociedad, pues una suma de dinero es la misma con independencia de su origen o de quien la detente. En tal virtud, cuando mediante un convenio de honorarios profesionales se pacta sobre el porcentaje de una suma de dinero a que se tiene derecho en virtud de una decisión judicial, no se está pactando sobre el objeto de la causa en que un abogado presta su ministerio, sino respecto de una referencia numérica y de cálculo para tasar los servicios profesionales prestados, pues lo mismo da que dicho dinero, en cuanto bien fungible, provenga del pago hecho al deudor de dichos honorarios con ocasión de una sentencia condenatoria que le favorezca, como de cualquier otra fuente lícita en que haya obtenido el dinero para honrar la deuda asumida con el abogado. De tal manera que la prohibición contenida en el Código Civil debe entenderse respecto de aquellas cosas esenciales de la causa no susceptibles de ser reemplazadas o intercambiadas por ninguna otra. En efecto, existiría 'pacto de cuota litis', si mediante convenio de honorarios profesionales se estableciera en un juicio de reivindicación de un inmueble, que los honorarios causados por la asistencia jurídica se cancelen con el mismo inmueble o parte de él; pero, no existiría dicha prohibición si el acuerdo se formalizara sobre un porcentaje del valor del inmueble reivindicado, tasado en dinero" (Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, 2005).

Por otra parte, en relación con el financiamiento de terceros en procesos arbitrales y la participación de los abogados en dichos procesos,

éstos no podrían hacer las veces de financistas de las partes en los asuntos que intervengan como los abogados de éstas, puesto que tendrían prohibición expresa en Venezuela para ello con base en lo dispuesto en el artículo 44 del Código de ética del abogado venezolano.

“Artículo 44. El abogado no deberá, a excepción de sus honorarios, adquirir interés pecuniario en el asunto que se ventila y que él esté dirigiendo o que hubiere sido dirigido por él. Tampoco podrá adquirir directa o indirectamente, bienes venidos de remates judiciales de asuntos en que hubiere participado”.

A partir de estas limitaciones, entre otras, surgen consideraciones en relación con la obligatoriedad de transparencia en el proceso arbitral. De allí surge como interrogante si sería necesario divulgar los arreglos financieros de las partes que intervienen en procesos arbitrales. Sobre este particular, estimamos que no debería existir fundamentación alguna para requerir información de las fuentes de fondeo sin requerir también semejante información a otras partes que pudieran tener intereses económicos en las resultas del caso en cuestión. Sin embargo, en algunas circunstancias sería conveniente identificar a aquellos que tengan intereses económicos con las partes intervinientes en los procesos arbitrales, de manera que se puedan dilucidar adecuadamente los potenciales conflictos de intereses que pudieran surgir, especialmente, cuando de la designación de los árbitros se trate, según el caso. Colateralmente, surge la duda de si existiría algún conflicto de interés en caso de que el financista de una parte interviniente en un proceso arbitral sea a la vez financista en otro proceso arbitral en el cual algunos miembros de la firma de abogados a la que pertenece el citado árbitro sean apoderados. Quizás sería conveniente aplicar criterios similares a los establecidos al respecto por la International Bar Association (IBA), cuyas recomendaciones consideran que existe un eventual conflicto de intereses en los procedimientos judiciales o arbitrales cuando las partes y sus empresas filiales se encuentren en los supuestos antes descritos. De seguir estos lineamientos, terceros financistas en procesos arbitrales no tendrían conflictos de intereses con otras partes involucradas en los mismos, en tanto y cuanto no sean considerados empresas afiliadas a las partes intervinientes o de cualesquiera otros participantes en el proceso

arbitral (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004).

En cuanto a los asuntos que nos ocupan en materia de arbitraje comercial, consideramos necesario que los centros que administran procesos de arbitraje institucional establezcan criterios de manera inequívoca y pública que sean consistentes en el tiempo para el tratamiento de una amplia diversidad de supuestos en los cuales podrían presentarse conflictos de interés tangibles. Compartimos la opinión formulada por el reconocido árbitro internacional Bernardo Cremades, en el sentido de que en algunas ocasiones, la participación de terceros financistas en procesos arbitrales, sin la debida transparencia a favor de la contraparte y del tribunal arbitral, pudiera implicar una infracción al principio de buena fe con el que las partes intervinientes en un proceso arbitral se comprometen al iniciar el procedimiento¹⁰ (Levy and Bonnan, 2013). En todo caso, sugerimos establecer un test mínimo de transparencia según el cual la parte interviniente beneficiaria del financiamiento para el trámite del proceso arbitral tendría la obligación de informar sobre tal hecho en la medida que razonablemente sus circunstancias y los supuestos del caso en cuestión ameriten de buena fe proporcionar información en tanto ésta sea relevante para el caso que les ocupa. De otro modo, se colocaría al recipiente del financiamiento del tercero en una situación más desventajosa que la que tuviera en caso de haber optado por no acudir a dicha alternativa para obtener fondeo en su ánimo de dirimir una controversia arbitral.

Si bien ha habido una tendencia reciente a la especialización de las entidades dedicadas al otorgamiento de financiamientos en materia arbitral exclusivamente, como en el caso de Burford –la principal fuente especializada en el financiamiento para resolución de conflictos a nivel mundial– el financiamiento de terceros para procesos arbitrales no está exento de acceder a fuentes ordinarias de crédito como podrían ser las instituciones bancarias. No obstante, estimamos que las instituciones bancarias, aun cuando estarían en disposición de otorgar financiamiento

¹⁰ El requerimiento de transparencia podría tener una relevancia extrema en casos donde el rol del tercero financista del proceso arbitral pudiera representar un supuesto de manipulación del valor accionario de una empresa, dependiendo de la relevancia del caso arbitral para la viabilidad económica de la empresa.

a una parte interviniente en un proceso arbitral para facilitar su tramitación, harían lo propio mediante el otorgamiento de crédito corporativo o patrimonial, es decir, respaldado con una garantía específica del deudor o en todo caso de manera genérica con base en su patrimonio.

La novísima industria establecida para el financiamiento de terceros en procesos arbitrales internacionales ha optado por diversas modalidades de financiamiento, las cuales incluyen: (i) financiamiento caso por caso a cambio de los resultados que se obtengan en el proceso arbitral de que se trata; (ii) financiamiento para atender la cartera de casos de una parte interviniente en diversos procesos arbitrales, con el fin de reducir los costos del financiamiento obtenido; (iii) financiamiento para atender actividades puntuales distintas a la resolución de una disputa; (iv) financiamiento para anticipar mediante esquemas de descuento la cuantía en disputa; (v) financiamiento para pagar primas de seguro destinadas a indemnizar en la eventualidad de falta de ejecución de un laudo arbitral; y (vi) financiamiento para atender contingencias relacionadas con las resultas de procesos arbitrales (Bogart, 2013. p. 56).

Un amplio abanico de opciones financieras estaría disponible para procurar recursos financieros a las partes intervinientes en procesos arbitrales comerciales en el ámbito doméstico, al igual que ya está ocurriendo desde hace por lo menos diez años en el contexto del arbitraje internacional. Indudablemente, el financiamiento de terceros en procesos arbitrales comerciales representa una alternativa sistemática beneficiosa tanto para las partes intervinientes en los procesos arbitrales como para los abogados y demás participantes en dichos procesos, con el fin último de facilitar acceso a la justicia y promover la solución de controversias de una manera eficiente y eficaz dentro de un contexto equilibrado, objetivo y transparente.

Un aspecto que amerita especial atención consiste en el nivel de control que debe tener el tercer financista en relación con el proceso arbitral. Recordemos que la cesión de derechos litigiosos, según lo dispuesto en el artículo 1.557 del Código Civil venezolano, surte efecto después del acto de contestación de la demanda, entre el cedente y el cesionario, hasta que la parte contraria acepta la cesión.

“Artículo 1.557.- La cesión que hiciere alguno de los litigantes de los derechos que ventila a quien no es parte en la causa, des-

pués del acto de contestación al fondo de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme, no surte efectos sino entre el cedente y el cesionario. Sin embargo, cuando se haga constar en los autos que la parte contraria acepta la cesión, surtirá ésta inmediatos efectos contra aquella, y en sustitución del cedente, se hará el cesionario parte en la causa”.

El financiamiento de terceros en los procesos arbitrales no debe implicar en modo alguno la cesión de facto de los derechos litigiosos de la parte interviniente beneficiaria del financiamiento, independientemente de que el tercero financista, por tener el riesgo financiero de la controversia arbitral bajo su exclusiva responsabilidad, tenga el “derecho inherente” de controlar los aspectos relevantes del proceso, incluyendo la selección y contratación de los abogados participantes, la estrategia aplicable para el caso en cuestión, entre otros aspectos relevantes (Aarons, 2015, pp. 98 y sgts.).

CONCLUSIONES

La aplicación de procedimientos arbitrales se ha extendido progresivamente en Venezuela. El arbitraje institucional ha tenido un auge reciente en los últimos años, pero el mismo aún no se compadece proporcionalmente con las cuantías y los volúmenes de las actividades económicas que se desarrollan en Venezuela. Las cifras acerca de solicitudes de arbitraje institucional tramitados a partir de la entrada en vigencia de la LAC, así lo evidencian.

Si bien la aprobación de la LAC y su vigencia por cerca de 5 lustros significan hitos determinantes para el desarrollo de la actividad arbitral a nivel nacional, no es menos cierto que la meta principal de la comunidad vinculada con el otorgamiento de justicia por intermedio del arbitraje debe estar centrada en masificar su utilización, asegurando eficiencia, accesibilidad, rapidez y costos razonables para solucionar controversias. Para ello, sugerimos tomar en consideración los aspectos siguientes y actuar en consecuencia:

1. Las partes en el proceso arbitral disponen de diferentes alternativas para atender los asuntos relativos a los costos del proceso arbitral. El reto que nos ocupa, a todo evento, es ampliarlas con el

fin de facilitar a las partes contratantes el acceso al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias eficaz, eficiente y transparente disponible para todos, independientemente de la condición económica de sus usuarios. En la medida que se logre promover el uso del arbitraje comercial como un mecanismo de solución de controversias en el que se respeta debidamente el equilibrio económico entre las partes, se podrá erradicar los prejuicios existentes en cuanto a la limitada accesibilidad al arbitraje para la totalidad de la comunidad interesada en hacer buen uso de sus bondades.

2. La pandemia por el COVID-19 ha provocado cambios actitudinales importantes cuya repercusión trascenderá en el tiempo. Así mismo, el internet ha propulsado el dominio de la economía digital y ha facilitado el acceso a la justicia por vía remota tanto en procesos judiciales gestionados ante los órganos jurisdiccionales, así como en aquellos tramitados ante los tribunales arbitrales. En consecuencia, se hace imprescindible establecer una alianza entre el sector público y el privado para configurar y mantener una infraestructura digital adecuada que sirva como conducto ininterrumpido, para asegurar el acceso a la justicia, aún en tiempos de pandemia u otras emergencias.
3. Ante la creciente disrupción económica provocada por la pandemia del COVID-19, se hace necesario que las partes contratantes logren precaver controversias mediante la introducción de las cláusulas escalonadas en los contratos que celebren, de manera que se puedan aplicar progresivamente las diferentes modalidades de medios alternativos para la solución de controversias.
4. El reto no es únicamente promover los métodos alternos de solución de controversias en los sectores económicos de mayores recursos, sino también proporcionar herramientas para los sectores de menores recursos de forma que puedan tener acceso a una amplia gama de bienes y servicios, con la certeza de que dispondrán de mecanismos idóneos para preservar sus derechos y asegurar el cumplimiento de sus obligaciones pactadas libremente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARONS P., Fred: “La digitalización en el Arbitraje y las Cortes en la búsqueda de Justicia en tiempos de pandemia” en *Principia Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*. No. 3-2020, pp. 15-36.
- AARONS P., Fred: “Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales” en *Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela y Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.
- AARONS P., Fred et al: “Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela” en *Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela y Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.
- AARONS P., Fred: “Los Medios Alternativos de Solución de Controversias y las Transacciones Financieras”, en *Memoria Arbitral*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Editorial Torino, C.A. Caracas, Venezuela. Noviembre de 2011.
- BARONA VILAR, Silvia: «Presentación», en: *Arbitraje: Legislación Básica* (BARONA VILAR, S. Y ESPLUGUES MOTA, C., Coord.). 4º ed. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BOGART, Christopher P.: (2013) Overview of arbitration finance. En V. Cremades, Bernardo M. Dimolitsa, Antonias Editores *Third party Funding in International Arbitration*. (pp. 50-56). Paris, France: International Chamber of Commerce.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo: *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?*, p. 3. Texto disponible en http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20adhesion.pdf. International Bar Association. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.2004. http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_E_News_ArbitrationMultipleLang.aspx
- LÉVY, Laurent, BONAN, Regis: (2013) Third-party funding. Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings. En V. Cremades, Bernardo M. Dimolitsa, Antonias Editores *Third-party Funding in International Arbitration*. (pp. 78-94). Paris, France: International Chamber of Commerce.
- MELICH ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. 4ta. Versión corregida y ampliada. Serie Estudios 61, Caracas, Venezuela 2006.

- MONTERO AROCA, Juan: «Artículo 2. Numeral I», en: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Aranzadi, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela: (2012) Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* No.23, Julio-Diciembre de 2012, pp. 379 a 417.
- SEIDEL, Selvyn, SHERMAN, Sandra: (2013) “Corporate governance” rules are coming to third party financing of international arbitration (and in general). En V. Cremades, Bernardo M. Dimolitsa, Antonias Editores *Third-party Funding in International Arbitration* (pp. 32-49). Paris, France: International Chamber of Commerce.
- VAIRO, Georgene M.: (2006) The Use of Sanctions in Arbitration. En V. Carbonneau, Thomas E. Jaeggi, Jeanette A. Editors. *Handbook on Commercial Arbitration* (pp. 321-328). Huntington, New York. EE.UU. American Arbitration Association.
- VALLESPINOS, Carlos Gustavo: *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984.