



Cámara de Comercio, Industria y Servicios
La Cámara de Caracas



Centro
de Arbitraje
La Cámara de Caracas

BOLETÍN

Iberoamericano de Arbitraje y Mediación

Número 3. Diciembre 2023

CIAR
Centro
Iberoamericano
de Arbitraje
y Mediación

CIAM
Centro
Internacional
de Arbitraje
de Madrid

VICTUM
LEGAL

www.camaradecaracas.com

  @camaradecaracas   Cámara de Caracas

www.arbitrajeccc.org

   arbitrajeccc

INDICE



BOLETÍN

Iberoamericano
de Arbitraje
y Mediación

Número 3.
Diciembre 2023

Comité Editorial
Euribel Canino
Jesús Rojas

Secretario Ejecutivo
Erikendy Osuna

Asistente de Edición
Roxana Morales

Diagramadora
Oralia Hernández

Diseño Portada
Anders's JCT Visual C.A

DEPÓSITO LEGAL DIGITAL
MI2022000234
ISBN: 978-980-8000-02-3

DEPÓSITO LEGAL IMPRESO
MI2022000235
ISBN: 978-980-8000-03-0

- 1 Presentación
- 3 El rol del arbitraje de inversión en las relaciones comerciales internacionales. El Tratado Bilateral de Inversión Colombo-Venezolano 2023
Víctor Hugo Guerra
- 22 La autonomía del acuerdo arbitral en el derecho argentino
Ramiro Sagrario
- 31 Dificultades del arbitraje nacional ecológico
Jesús Augusto Rojas Hernández
- 47 Ejecución de laudos extranjeros anulados en sede: Elementos a tomar en cuenta y su relación procesal
María Palacios La Manna
- 68 La mediación el arte de resolver los conflictos con habilidad y elegancia
María Petzold-Rodríguez
- 90 Consideraciones sobre la mediación en Venezuela: Comentarios desde el derecho comparado
Sebastián Zabaleta
- 116 Breves reflexiones sobre la expropiación en el arbitraje de inversión como consecuencia de las regulaciones de los Estados Unidos Mexicanos para disminuir las muertes al año por enfermedades no transmisibles
Euribel Canino B.



PRESENTACIÓN

Durante el transcurso de este año 2023, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) hemos podido observar una prevalencia de la mediación sobre el arbitraje. Esto se ha reflejado no solo en la realización de eventos dirigidos a promover este medio alternativo de solución de conflictos, sino también en un incremento en las solicitudes de mediación tramitadas por nuestra institución.

Es este interés en la mediación como un medio adecuado para resolver los conflictos comerciales de las partes cada vez mayor; una muestra de esto es que en esta tercera edición del Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación (BIAM) contamos con dos trabajos que versan sobre la mediación, a diferencia de ediciones anteriores donde la prevalencia de los trabajos recogidos tradicionalmente habían versado sobre arbitraje.

En esta edición del BIAM también encontramos artículos de actualidad, como el relativo al Tratado Bilateral de Inversiones entre Venezuela y Colombia. Sin dejar de lado temas de gran relevancia como lo son la ejecución de laudos en el extranjero anulados en su sede, la autonomía del acuerdo arbitral analizado desde la óptica del derecho argentino, y las dificultades del arbitraje ecológico nacional.

Sin duda esta edición del BIAM cumple su propósito, al promover y fortalecer no solo la institución del arbitraje sino también de la mediación, mediante un esfuerzo conjunto del equipo de nuestra institución, del apoyo incansable de los árbitros de nuestra lista que apoyaron en esta edición en la evaluación de los artículos mediante la figura del arbitraje doble ciego, y en especial de nuestro Comité Editorial. Sin el valioso apoyo de quienes con esfuerzo y dedicación permitieron que el BIAM sea una revista de calidad dirigida a todos

aquellos que deseen expandir sus conocimientos en los medios alternos de solución de conflictos.

Especial agradecimiento debemos dar a la firma de abogados Victum Legal, por haber apoyado en esta edición del BIAM, así como a las organizaciones internacionales de arbitraje vinculadas a nuestra institución como lo son la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR), y el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM).

EL ROL DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. EL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN COLOMBO-VENEZOLANO 2023



VÍCTOR HUGO GUERRA*

“...la tutela jurisdiccional (...) no es un derecho absoluto del Estado, está establecida fundamentalmente para la protección y respeto de los derechos de los individuos. Si, ni el orden público, ni los derechos de los terceros están comprometidos en un conflicto, no se divisa razón valedera para que el poder público imponga los jueces ordinarios, ni el mecanismo procesal general, de suyo lento, engorroso, caro y con demasiada publicidad”.

RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA**

Resumen: En este artículo exploramos desde una perspectiva internacional y comparada la reciente (2023) celebración del tratado bilateral de inversión entre las Repúblicas de Colombia y Venezuela. Se trata de un nuevo intento de estas dos naciones de brindar un marco jurídico adecuado a la inversión privada, en tiempos de una alta convulsión política, económica y social, regional y global. Miramos los aspectos claves de este tratado en relación con un contexto más general de la

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Magister en Derecho Internacional y Comparado de esa misma Universidad. Magister en Leyes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Licenciado en Estudios Internacionales de la Universidad Central de Venezuela, y Técnico Superior en Comercio Exterior de la AVEX. Cursos de Secretario y de Amigable Componedor, dictados por la Cámara de Comercio de Bogotá, (Marzo-Junio 2020).

** Rafael Eyzaguirre Echeverría, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional* (Chile: 1981), 17. Citado por Ruben B. Santos Belandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)* (Uruguay: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002), 19.

figura del arbitraje comercial internacional, como mecanismo alternativo de solución de controversias. Concluimos con nuestras reflexiones sobre el tema, pero en especial, con la idea de cómo los arbitrajes de inversión se deben sumar de manera clara al logro del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas Número 16: “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”.

Palabras clave: Inversión, arbitraje, comercio, tratados, integración, jurisdicción, ODS.

**THE ROLE OF INVESTMENT ARBITRATION
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL RELATIONS.
THE COLOMBIAN-VENEZUELAN BILATERAL
INVESTMENT TREATY 2023**

Abstract: In this article I explore from international and comparative perspectives the recent (2023) execution of the bilateral investment treaty between the Republics of Colombia and Venezuela. This is a new attempt by these two nations to provide an adequate legal framework for private investment, in times of high political, economic, and social, regional and global upheaval. I look at the key aspects of this treaty in relation to a more general context of international commercial arbitration, as an alternative dispute resolution mechanism. I conclude with our reflections on the subject, but especially, with the idea of how investment arbitration should be clearly added to the achievement of the United Nations Sustainable Development Goal (SDG) Number 16: “Peace, Justice and Solid Institutions”.

Keywords: Investment, arbitration, trade, treaties, integration, jurisdiction, SDG.

I. ASPECTOS PRELIMINARES.

Las relaciones entre países deben incluir sin duda y, especialmente, desde el surgimiento de los Estados modernos, un marco regulatorio capaz de brindar la seguridad jurídica a los actores sociales, tanto públicos como privados. Las fuentes internacionales del Derecho, como los tratados internacionales, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, hacen parte primordial de dicho esquema normativo.

Soy de la opinión que los tratados de protección y promoción de la inversión representan la versión postmoderna de los “tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación” de finales del Siglo XIX e inicios del Siglo XX, auspiciados en nuestro continente primordialmen-

te por los Estados Unidos de América. Ello con la idea de regularizar las relaciones jurídicas y comerciales con las recién independizadas naciones americanas y proveer un marco jurídico mínimo que garantizara un respeto al estado de derecho.¹

Puedo afirmar entonces, que en nuestros países se ha procurado, desde nuestros orígenes como naciones independientes, brindar una seguridad jurídica, al menos teórica, a las relaciones económicas y comerciales. Infortunadamente, esta intención se ha enfrentado a los escollos de la inmadurez política, a la precariedad en el mejor uso y aprovechamiento de nuestros recursos, y a la fragilidad institucional de nuestros Estados.

Adicionalmente, los tratados de inversión juegan un rol primordial en la solución pacífica de controversias entre Estados y particulares, especialmente las personas jurídicas. Si bien el Estado es el sujeto principal del Derecho Internacional Público, las grandes corporaciones transnacionales también han adquirido un papel clave en las relaciones multilaterales actuales, y en la definición de la agenda global.² Así, la posibilidad de resolver jurídicamente las diferencias entre partes de la mano de un tercero experto, especializado, y neutral, escogido libremente por las partes, previene, en mi opinión, el uso de la fuerza para zanjar la controversia.

¹ Como Gran Colombia (1821-1831) se firmó el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con los Estados Unidos (1824) y otro con su Majestad el Rey del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (1825). Pero, Venezuela y Colombia, como naciones recién independizadas también firmarían, separadamente y por su parte, tratados de este tipo con otros países. Por ejemplo, Venezuela y Dinamarca (1864), la Nueva Granada y Ecuador (1856), Colombia y el Imperio de Japón (1908), entre muchos otros. Estos tratados bilaterales buscaban el reconocimiento político de nuestras naciones, a la vez que propiciaban el libre comercio, y en materia de justicia la solución pacífica de las controversias a partir del acceso a los tribunales de justicia ordinaria. Finalmente, vale la pena mencionar, uno de los primeros tratados firmados entre Colombia y Venezuela, el llamado Tratado Michelena-Pombo, en honor a los representantes plenipotenciarios que los suscribieron. Éste fue un convenio de amistad, alianza, comercio, navegación y límites, firmado en la ciudad de Bogotá el 14 de diciembre de 1833, entre el ministro plenipotenciario de Venezuela, Santos Michelena, y el secretario de relaciones exteriores de la Nueva Granada (actualmente Colombia y Panamá), Lino de Pombo, ver enlace https://www.venezuelatuya.com/historia/michelena_pombo.htm

² Dos ejemplos de esta importancia los podemos observar a partir del rol que las empresas transnacionales juegan en el llamado *World Economic Forum* <https://www.weforum.org/>, pero también, en el papel asignado a ellas en el Pacto Global de Naciones Unidas o UN Global Compact (...). https://es.wikipedia.org/wiki/Pacto_global. Ver también el siguiente enlace <https://www.unodc.org/colombia/es/press/pactoglobal.html>

Por último, quiero cerrar esta brevísima introducción señalando que el presente artículo tiene por objetivo primordial dar una mirada a los aspectos claves del recientemente aprobado tratado bilateral colombo-venezolano de inversión, así como reflexionar acerca del rol que cumplen este tipo de instrumentos internacionales en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (“ODS”) y la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, particularmente, el ODS 16. De manera que es un artículo que combina un análisis puramente técnico de las normas de este tratado, con una propuesta más principista acerca del papel que tienen estos instrumentos internacionales en la construcción de instituciones sólidas, la seguridad jurídica y, en definitiva, en el mantenimiento de la paz mundial.

II. TRATADO DE INVERSIÓN COLOMBO-VENEZOLANO 2023

A) *A manera de contexto...*

Para comprender mejor en dónde se inserta este nuevo tratado entre Colombia y Venezuela, estimo oportuno hacer una breve reseña histórica, acompañada de algunas precisiones de nuestra propia experiencia viviendo y trabajando en ambos países.

Colombia y Venezuela han compartido una historia común desde la época colonial, su proceso de independencia de España, los albores de vida republicana, conformación de una sola nación en el ideario de Bolívar y su sueño de la Gran Colombia (1821 a 1831) y, finalmente, su separación como naciones diferentes. Hemos tenido intentos de integración económica y libre comercio. Por ejemplo, el llamado Grupo de los Tres o “G3” (creado en 1994 y vigente para Venezuela hasta el 2006) y la Comunidad Andina de Naciones (creada en 1969 y vigente para Venezuela hasta el 2011).³

Si bien Colombia y Venezuela comparten fronteras marítimas y terrestres comunes, y lo natural hubiera sido que se aprovechara la cercanía territorial y las ventajas comerciales de ambas naciones para el

³ Víctor Hugo Guerra, *La salida de Venezuela de la CAN y el derecho humano a la participación. Gobernabilidad vs. participación, gobernanza vs. legalidad*. En: Estudios de Derecho Internacional Privado, Homenaje a Tatiana Maekelt. (Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello y Escritorio Escovar León Abogados, Caracas, 2012) pp. 115 y ss.

crecimiento económico recíproco, lo cierto es que, desde el proceso de independencia en el Siglo XIX, nuestros países han seguido rumbos muy diferentes.

En el caso venezolano el boom petrolero, la ausencia de un conflicto armado interno de importancia durante el Siglo XX y la cercanía con los Estados Unidos, le dio a Venezuela un crecimiento económico importante y una estabilidad institucional relativa, compartiendo los venezolanos, si se quiere, el pragmatismo y la sencillez intelectual norteamericana. No pretendo negar la influencia europea en nuestras instituciones jurídicas, pero si desde un punto de vista comercial, me permito afirmar esa influencia “*yanki*” en el desarrollo de nuestra economía, y, por lo tanto, en la forma de abordar el conflicto social, y la manera de elaborar nuestras políticas comerciales.

Para Venezuela, sin embargo, las reglas del juego cambiaron, y los venezolanos nos hemos visto sometidos a un paradigma diferente a partir de la llamada “*revolución bolivariana*” liderada por Hugo Chávez y sus seguidores. Revolución que se materializa en la nueva Constitución bolivariana de 1999, enmendada en el 2009,⁴ y que ha estado acompañada del arsenal legislativo que se ha aprobado desde entonces.⁵ Un *mélange* ideológico, de una altísima conflictividad social; impregnado de la desarticulación de las instituciones políticas y democráticas tradicionales; de una elevada precariedad económica, que nos ha conducido, por más de dos décadas, a la migración masiva de venezolanos y a convertirnos en un Estado sin reglas de Derecho claras.⁶

⁴ El 15 de febrero de 2009 se realizó el referéndum y se aprobó la primera enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, con el único fin de permitir la reelección inmediata de los cargos de elección popular señalados en tales normas, de manera continua o indefinida, por ejemplo, presidencial, gobernador, alcalde, concejal, diputado, o rector.

⁵ Recomiendo la lectura de Albert Noguera Fernández, *El Asalto a las Fronteras del Estado*, (España: Editorial Trotta, 2023). En esta obra se analiza claramente la importancia que tienen las revoluciones como mecanismo de transformación social y el papel que cumplen los marcos constitucionales, pero también cómo ese fenómeno de cambio y transformación ya no es necesariamente válido en la forma estatal postmoderna.

⁶ De acuerdo con las cifras oficiales de la Agencia de las Naciones Unidas para Refugiados “ACNUR” para 2022 había más de 7.13 millones de refugiados y emigrantes venezolanos alrededor del mundo. Tengamos presente que la población venezolana a 2018, fecha del último censo oficial, no superaba los 24 millones de personas. Ver Víctor Hugo Guerra https://www.linkedin.com/posts/victor-hugo-guerra-hernandez-46984756_venezuela-democracymatters-colombia-activity-7026254379137519616-8E-L?utm_source=share&utm_medium=member_desktop

En el caso colombiano, la situación ha sido diferente. Colombia ha sido un país más rural, que ha vivido por años un proceso de violencia interna dramático.⁷ Fenómeno que ha estado combinado y vinculado al crimen transnacional organizado, especialmente a la narco-delincuencia. Un país fracturado no sólo geográficamente por sus tres cordilleras, sino también y, más profundamente, a partir de sus llamados “estratos” sociales. Los colombianos, a quienes el mundo les dio la espalda por mucho tiempo, se vieron obligados, si se quiere, a buscar un desarrollo endógeno y a procurarse de una modesta industrialización local.⁸

En mi opinión, y más que en el caso venezolano, en Colombia ha habido un mayor acercamiento al pensamiento europeo, quizás por la vocación de los colombianos hacia los estudios universitarios en ese Continente que, ciertamente, son económicamente más asequibles en sus matrículas que los norteamericanos. Esta tendencia europeísta ha contribuido a formar el carácter y naturaleza del quehacer en la administración de las instituciones colombianas. Adicionalmente, tengamos en cuenta que Colombia es un país primordialmente agrícola, en donde a diferencia del boom minero venezolano (petróleo, hierro, acero, etc.), su economía ha dependido de *commodities* de precios más modestos en los mercados internacionales, como el café y el cacao. No pretendo tampoco negar la influencia norteamericana en Colombia, la

⁷ Luego de más de cincuenta años de conflicto armado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, “FARC”, el grupo guerrillero más grande de Colombia, se firmó el Acuerdo de Paz que puso fin a la violencia con ese grupo guerrillero. El Acuerdo busca impedir que haya más víctimas y concentrar todos los esfuerzos en construir una paz estable y duradera. Éste ha sido uno de los procesos de paz más significativos de Colombia. Ver <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/cartillaabcdelacuerdofinal2.pdf>

⁸ En conversaciones afables con mi colega David Quiroz, él ha llamado prudentemente mi atención acerca de la influencia más reciente de las políticas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “CEPAL”, en Colombia. Precisamente, en materia de disminución de la dependencia externa de la economía colombiana, y la necesidad de procurar su desarrollo endógeno, con un objetivo primordial que es, justamente, mejorar las condiciones de inclusión rural del país. Colombia se unió a la CEPAL en 1963. Ver <https://www.cepal.org/es/noticias/cepal-promueve-colombia-fortalecimiento-politicas-un-desarrollo-territorial-inclusivo> (17 de junio de 2019). Quizás también sea importante recordar el carácter de los primeros colonizadores que ocuparon el territorio de la actual Colombia. Españoles que venían escapando de la crueldad de la persecución religiosa en Europa, y que se aislaron en comunidades apartadas del país, por ejemplo, en lo que hoy se conoce como el Departamento de Antioquia. Recomiendo la lectura de Enrique Serrano, *Colombia Historia de un Olvido. Tres Siglos de un pueblo que surgió sin tirar una piedra*, (Colombia: Editorial Planeta, 2018), especialmente, Capítulo XIV.

cual también ha existido. Ello lo vemos, especialmente, en la formulación de las políticas públicas de seguridad interna y de lucha contra el narcotráfico, por ejemplo, en los llamados Planes Colombia. Pero también, en el ámbito comercial, a partir de la adecuación institucional, impulsada por el Acuerdo de Promoción Comercial o “TLC” celebrado entre Colombia y los Estados Unidos (2011).⁹

Los colombianos también gozan desde mi perspectiva de un mayor apego al formalismo en sus procedimientos, marcado, por el proyecto de país que viene desde la visión inculcada por uno de sus más ilustres próceres independentista y expresidente colombiano, Francisco José de Paula Santander (1792-1840).¹⁰

Colombia no escapó al denominado “triumfo de la izquierda” en Latinoamérica, al elegir a Gustavo Petro, como su presidente para el período presidencial 2022-2026, un exmilitante del “Movimiento 19 de Abril” o “M-19”.¹¹ Quienes hemos vivido en este país, el resultado electoral no es sorpresivo. Colombia reúne todas las condiciones sociales necesarias para un resultado de esta naturaleza. La gran pregunta ahora es ¿qué se viene al mediano y largo plazo para este país?¹²

⁹ Ver el texto del tratado en: <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-estados-unidos>.

¹⁰ Santander fue un hombre de leyes y de letras. Educado, que de no ser por los conflictos de la emancipación española hubiera podido terminar sus estudios de Derecho. Estuvo preocupado siempre por fomentar en Colombia el desarrollo de la educación y bajo su mandato se fundaron colegios que aun hoy siguen abiertos. Una de sus citas más famosas “*La Constitución hará el bien como lo dicta; pero si en la obediencia a la ley se encuentra el mal, el mal será*”, contenida en su discurso al asumir la vicepresidencia grancolombiana en 1821. Cita que da fe, en mi opinión, del carácter legalista -a veces extremista- de la institucionalidad colombiana. Recomendando la lectura de David Bushnell, *I. La Imagen Problemática del Hombre de las Leyes*. En: *Ensayos de Historia Política de Colombia, Siglos XIX y XX*, (Colombia: La Carreta Editores, 2006), 11 y ss.

¹¹ El Movimiento 19 de abril o M-19 fue una guerrilla urbana que participó del conflicto armado interno de Colombia entre 1974 y 1990. Tras su desmovilización en 1990 se transformó en la Alianza Democrática M-19, la segunda fuerza política más importante en la Asamblea Constituyente de 1991, que diera origen a la actual Constitución colombiana. Gustavo Petro, como miembro de esta Alianza, fue electo para ser miembro de la Cámara de Representantes en las elecciones de 1991. Recomendando la lectura de Guillermo Perry, *Decidí Contarlo. Conversaciones sobre cincuenta años de economía y política en Colombia*, (Colombia: Editora Géminis, 2019), especialmente, pp. 215 y ss.

¹² Recomendando el excelente trabajo de Román D. Ortiz, *Gustavo Petro y Colombia: anatomía del colapso de un país*, <https://theobjective.com/internacional/2023-05-02/gustavo-petro-y-colombia-anatomia-del-colapso-de-un-pais/> (2 de mayo 2023).

En conclusión, no pretendo calificar de mejor o peor los procesos de Colombia y de Venezuela, simplemente han sido diferentes. Por lo tanto, y en mi opinión, ello explica que nuestras relaciones internacionales varíen de acuerdo con los presidentes de turno, en ocasiones son relaciones frías o menos frías, en otras son estables, pero incluso hemos tenido épocas de relaciones “no cordiales”.¹³ De allí, que en el marco de un “por ahora” las relaciones entre nuestros países sean más estables. Por ello, y gracias a la afinidad política entre Maduro y Petro, se negoció y celebró este tratado bilateral de protección de la inversión recíproca. Instrumentos internacionales que, por cierto, y en general, responden a la óptica jurídica capitalista de la promoción del comercio internacional.¹⁴

B) Análisis del Tratado

A principios del 2023, Colombia y Venezuela firmaron el Tratado bilateral para Promover y Proteger la Inversión entre ambas naciones (“**TBI**”). Un esfuerzo loable, que refuerza la importancia de la cooperación internacional para la protección legal de los inversionistas.

Así se reconoce en los buenos deseos señalados en el preámbulo de este TBI: “...DESEOSAS de reforzar y profundizar los lazos de amistad y el espíritu de **cooperación continua** entre las Partes; DESEOSAS de promover entre ellas una mayor **cooperación económica transfronteriza**, particularmente respecto de la inversión directa transfronteriza por parte de inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte...” (Resaltado nuestro).¹⁵

¹³ Ver artículo de la redacción de la BBC News Mundo (29 de agosto 2022), *Colombia y Venezuela: los momentos clave de una relación tumultuosa que ahora se reanuda*, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62716220> (Consultado el 23 de julio de 2023).

¹⁴ Estos tratados siguen en gran medida la lógica y principios establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, del cual Venezuela salió en 2012 y Colombia sí sigue siendo miembro activo. Ver <https://icsid.worldbank.org/es/node/2931>

¹⁵ El texto del tratado puede consultarse en PDF en el siguiente enlace de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6951/download> (Consultado el 23 de julio de 2023). También se puede consultar en PDF en la página oficial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos-1/venezuela/acuerdo-inversion-colombia-venezuela-febrero-2023.pdf.aspx>

Colombia, a la fecha de este artículo, había suscrito 19 tratados bilaterales de inversión con otros países, siendo el último uno firmado en el 2018. Mientras que Venezuela había suscrito 30, y no lo había hecho de nuevo desde el 2008. En el caso de este TBI, ambas naciones han sido cautelosas. Quizás se deba a la visión de una pérdida generalizada de las bondades de este tipo de tratados; o quizás por los altos costos que representan las condenas asociadas a un laudo de inversión desfavorable; o quizás por el mito de que estos tratados constriñen, excesivamente, la soberanía y la capacidad de los gobiernos para administrar libremente las inversiones.

En todo caso, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia reportó oficialmente la noticia de la firma de este TBI indicando que “...el tratado busca atraer inversiones para impulsar la industria complementaria de bienes y servicios... (y que) ...Se promoverá el desarrollo sostenible, la diversificación productiva, la formación de cadenas de valor y la creación de empleo calificado...”¹⁶

Al mejor estilo de este tipo de instrumentos internacionales bilaterales,¹⁷ su texto es relativamente corto, sólo contiene 17 artículos, entre los que se incluyen las clásicas normas de “No Discriminación” (Art. 5); “Trato Nacional” (Art. 6) y “Transferencia” (Art. 9), siendo este último de especial importancia para asegurar la repatriación de capitales del inversionista.

Ahora bien, este TBI contiene, en comparación con los tratados de inversión tradicionales, definiciones más restringidas de inversión, e inversionista, así como estándares más limitados del tratamiento nacional, la no discriminación, y la expropiación. Y se le ha reconocido, como aspecto innovador, haber acogido las recomendaciones de la

¹⁶ Ver noticia Colombia y Venezuela firmaron acuerdo para promover la inversión transfronteriza (4 de Febrero de 2023) en <https://www.mincit.gov.co/prensa/noticias/comercio/colombia-y-venezuela-firmaron-acuerdo-inversion> (Consultado el 23 de Julio de 2023). En representación de las partes, firmaron este TBI el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Germán Umaña Mendoza.

¹⁷ En la edición del 9 de mayo de *Ámbito Jurídico* se publicó una muy buena síntesis de este TBI, escrita por nuestro colega Héctor Fernández. Ver “Primer tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Venezuela” enlace directo <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/primer-tratado-bilateral-de-inversiones-entre-colombia-y-venezuela>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).¹⁸

Son especialmente relevantes las normas que garantizan indemnizaciones, no discriminatorias y legales, en casos de nacionalización, expropiación y compensación por pérdidas (Arts. 7 y 8).¹⁹ Sin embargo, será en cada caso concreto que podremos apreciar el debido respeto y aplicación de estas disposiciones.²⁰

En materia específica de solución de controversias este TBI establece, de nuevo al mejor estilo de todo tratado de inversión, primero procurar alcanzar una solución pacífica y amigable entre las partes y de no lograrse se brinda entonces la posibilidad de escoger entre ir a la jurisdicción ordinaria (tribunales del Estado receptor de la inversión) o de acudir al arbitraje internacional (Arts. 11 y 12).

Para aquellos que son “pro-arbitraje”, prever la “opción” entre justicia ordinaria y justicia alternativa desmejora la necesaria promoción de la justicia alternativa. Sin embargo, se trata de un reconocimiento de la realidad en las distintas formas de administrar justicia, y que, en todo caso, dependerá de la decisión y voluntad que exista en cada situación concreta para solucionar eficientemente el conflicto.²¹ Lo que no puede pasar, y no sería adecuado aceptarlo, es abusar de la “opción” para bien dilatar el proceso y la solución de la controversia o para migrar y

¹⁸ Ver Fernández, “Primer tratado bilateral de inversiones entre Colombia y Venezuela”, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/primer-tratado-bilateral-de-inversiones-entre-colombia-y-venezuela>

¹⁹ De acuerdo con Confederación Venezolana de Industriales (CONINDUSTRIA <https://www.conindustria.org/>), las acciones adelantadas por el régimen chavista en la década comprendida entre 2002 y 2012 marcaron el grueso de los procesos de “nacionalización” y expropiación de empresas en ese país, llevando a que la cifra de empresas expropiadas ascendiera a 1.168. Esto condujo a una considerable reducción, y casi anulación, de la inversión extranjera en Venezuela, así como a un declive de los sectores productivos, en cantidad y calidad. Ver reportaje de la Revista Semana: *Venezuela. Este fue el total de empresas expropiadas por Hugo Chávez en Venezuela*, (20 de abril del 2022), en <https://www.semana.com/mundo/articulo/este-fue-el-total-de-empresas-expropiadas-por-hugo-chavez-en-venezuela/202211/> (Consultado el 23 de julio de 2023).

²⁰ De acuerdo con la data de CIADI, Colombia y Venezuela tienen actualmente pendientes 15 y 18 arbitrajes de inversión en este Centro, respectivamente. Ver <https://icsid.worldbank.org/es/casos/pendientes> (Consultado el 26 de julio de 2023).

²¹ Víctor Hugo Guerra Hernández, *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?*, (Cali: Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, 2022), 66 y ss.

acogerse a una de ellas, cuando los resultados de la otra no le sean favorables a una de las partes.

En el caso de la solución arbitral, este TBI prevé un tribunal *ad-hoc*, bajo las normas del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), en su versión original del 15 de diciembre de 1976.²² Actualmente existen cuatro versiones de este Reglamento, siendo la última versión la de 2021. Desconozco por qué no se hizo referencia a la última versión, pero al ser el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes un elemento esencial del arbitraje, nada obstaría para que éstas escogiesen la versión vigente del Reglamento al momento de la controversia.²³

Este TBI no consideró al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), lo cual es lógico pues el entonces Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, lo denunció en el 2012. Chávez dejaba así sin vigor el Tratado CIADI, por considerar que “los arbitrajes internacionales atentaban contra la soberanía nacional” y desconfiar de los procedimientos de dicho Centro.²⁴ Bueno, sin duda, los tiempos y los mandatarios han cambiado.²⁵

²² En palabras de la propia Comisión “...*El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI consta de una amplia gama de normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen a raíz de sus relaciones comerciales, y que se utilizan ampliamente en arbitrajes ad hoc, así como en arbitrajes administrados por instituciones...*” (Resaltado nuestro). Ver <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

²³ Shirley Sánquiz Palencia, *El Derecho Aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano*, (Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt y Universidad Central de Venezuela, 2005), 67 y ss.

²⁴ Daniel Pardo, *¿Por qué Venezuela tiene tantos pleitos con inversionistas internacionales?*, BBC Mundo, Caracas 6 octubre 2014, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141003_venezuela_exxon_ciadi_dp (Consultado el 27 de Julio de 2023).

²⁵ Venezuela ha suscrito diversos acuerdos que reflejan diferentes grados de integración económica. Estos incluyen Acuerdos de Alcance Parcial, de Complementación Económica y de Libre Comercio, siendo los más importante ALADI (desde 1981); la Organización Mundial del Comercio o OMC (miembro desde 1994); ALBA (fundador y miembro desde 2004); UNASUR (desde 2008); CELAC (desde 2011); y MERCOSUR (miembro pleno desde 2012); ver <https://connectamericas.com/es/content/conoce-los-acuerdos-comerciales-vigentes-en-venezuela>. Por su parte, Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones o CAN (desde 1969); la Alianza del Pacífico; Acuerdo de Complementación Económica con MERCOSUR (desde 2017); Acuerdo de Libre Comercio con los Estados AELC (EFTA) (desde 2011); e importantes tratados bilaterales de libre comercio con países como los Estados Unidos, México y el Reino Unido, entre otros; ver <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente>.

Por último, este TBI prevé la Denegación de Beneficios del instrumento a los inversionistas que no cumplan con los requisitos de su artículo 2 que consagra las definiciones del TBI, particularmente la de inversionista en su literal “b” (Art. 13). También refuerza el derecho que tienen Colombia y Venezuela de dictar las medidas ambientales y laborales razonables que consideren, pues el fomento de la inversión no se debe lograr en detrimento de tales temas (Art. 14). La cooperación internacional también se refuerza a través de la creación del Comité Conjunto, las consultas recíprocas sobre la interpretación del texto del tratado y el intercambio de información (Arts. 15 y 16).

El TBI entrará en vigor 60 días después de la fecha de la recepción de la última notificación hecha por las Partes²⁶ y tendrá una duración de 10 años, con una cláusula de supervivencia a la denuncia de cinco años (Art. 17).²⁷

Finalmente, uno no espera que los arbitrajes previstos en los tratados de inversión se activen pues la mejor controversia es la que no se tiene. Sin embargo, de ser necesaria su aplicación, espero que la implementación de este TBI Colombo-Venezolano sea efectiva, en medio de tanta necesidad de contar con un mejor estado de derecho en nuestras naciones. Tal y como se señaló al momento de su firma “Estamos reconstruyendo esta relación desde la institucionalidad y este acuerdo es uno de los aspectos que contribuye con ese objetivo. Con este buscamos

²⁶ A la fecha de culminación de este artículo (1 de septiembre 2023) este TBI no había entrado aún en vigor. Para el seguimiento de su vigencia recomendamos monitorear la página oficial del Ministerio Colombiano de Industria, Comercio y Turismo <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>.

²⁷ En materia de vigencia y terminación de los tratados internacionales siempre es relevante citar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En este particular, las normas contenidas en su Parte V *Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados*, y especialmente para este caso, su artículo 56. Ver archivo oficial de Naciones Unidas https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.39_11_Add.2-E.pdf y texto en español del tratado suministrado por la Organización de Estados Americanos en https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf. También se puede consultar la breve nota de doctrina del Prof. Por Karl Zemanek en <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt-s.pdf>. Esta Convención se encuentra vigente para Colombia y Venezuela, y sus soluciones constituyen, para algunos *ius internacionalistas*, principios generales del Derecho Internacional Público, por ejemplo, el *Pacta Sunt Servanda*; la cláusula *Rebus Sic Stantibus*; y la *Bona Fide*. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, ha considerado que las soluciones de la Convención de Viena son Derecho Consuetudinario internacional al aplicarla a Estados no parte de la misma, por ejemplo, en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (I.C.J. Reports 1997, pág. 38, párr. 46)*.

establecer, mantener y consolidar un marco jurídico que facilite y promueva las inversiones directas transfronterizas”.²⁸

III. LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN COMO INSTRUMENTOS PARA PROMOVER LA PAZ MUNDIAL

Como lo adelantáramos en la introducción de este artículo, soy de la opinión que todo esfuerzo regulatorio, general o particular, que se haga en la esfera internacional o local, contribuye al objetivo último que es el mantenimiento de la paz mundial.

A partir de los procesos de descolonización y guerras de independencia, acaecidos en su mayoría durante el Siglo XIX y principios del Siglo XX, naciones como los Estados Unidos procuraron el establecimiento de un marco regulatorio internacional para la protección del estado de derecho, el libre comercio, y el efectivo acceso a la justicia. Ejemplo de esta regulación fueron por mucho tiempo, como hemos indicado, los llamados “tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación”. Así, estos instrumentos contienen por lo general una norma del siguiente tenor:

...los nacionales del Estado A en el Estado B y los nacionales del Estado B en el Estado A gozarán siempre de protección completa y continua en sus personas y propiedades, y tendrán derecho de libre acceso a los tribunales para sostener y defender sus derechos...²⁹

²⁸ Ver noticia en <https://www.mincit.gov.co/prensa/noticias/comercio/colombia-y-venezuela-firmaron-acuerdo-inversion>.

²⁹ Es el caso del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1892 entre Colombia y Alemania. En su Art. 4 dispone: “*Los colombianos en Alemania y los alemanes en Colombia gozarán siempre de protección completa y continua en sus personas y propiedades, y tendrán derecho de libre acceso a los tribunales para sostener y defender sus derechos. Con este fin les será permitido en todas circunstancias emplear a los abogados, procuradores y apoderados de toda clase, admitidos por las leyes del país respectivo. En todos los procedimientos judiciales en que estén interesados, tendrán también el derecho de asistir tanto a los exámenes de los testigos y autos como a las resoluciones y sentencias de los tribunales, siempre que, según las leyes del país respectivo, la notoriedad de estos actos no sea prohibida. Por lo demás, respecto al procedimiento judicial, tendrán iguales derechos que los nacionales, sometiéndose a las disposiciones y condiciones establecidas por las leyes del país en que deban ejercerlos*”. (Resaltado nuestro). Ver enlace en https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/co-de/trt_co_de.pdf

Sin embargo, y a pesar de esta buena voluntad y marco regulatorio internacional, recordemos el famoso bloqueo naval de las costas del Caribe venezolano a principios de Siglo XX. Este fue un incidente diplomático ocurrido entre 1902 y 1903, en que las marinas de guerra del Imperio Británico, el Imperio Alemán y el Reino de Italia bloquearon nuestras costas y puertos principales, demandando el pago inmediato de las deudas contraídas por el gobierno venezolano con las compañías de sus connacionales.

El bloqueo finalizó con la suscripción del Protocolo de Washington, firmado en esa ciudad el 13 de febrero de 1903, gracias a la mediación de los Estados Unidos, que actuó como país neutral en la controversia.³⁰ Si bien la situación narrada anteriormente no llegó, por suerte, al conflicto bélico, fue sin duda un acto de amenaza bélica real y agresiva contra una nación joven recientemente independizada, y que culminó con actos civilizados en el marco del derecho internacional, con la firma del citado Protocolo, reiterándose la importancia de una solución pacífica de controversias.

Los tratados de amistad, comercio y navegación evolucionaron, en mi opinión, a lo que hoy conocemos como tratados bilaterales de protección y promoción de la inversión. Claro, hoy el contexto internacional es otro. El estado de desarrollo de las naciones es diferente, y han quedado atrás, al menos en su mayoría, los desplantes propios del resultado de las guerras de independencia y los procesos de descolonización.

Los tratados de inversión tienen además un foco específico que es la protección y promoción de las inversiones, obvio siempre dentro del marco de los temas comerciales y económicos. Otra diferencia importante es que estos tratados promueven la justicia alternativa, a través del arbitraje internacional de inversión, como mecanismo de solución de controversias, y no ante la jurisdicción ordinaria, como lo hacían los tratados de amistad, comercio y navegación. En mi opinión se trata, simplemente, de la evolución en la forma de acceder y administrar justicia en la actividad comercial.

Adicionalmente, el progreso de los “tratados de amistad, comercio y navegación” a los “tratados de protección y promoción de la inversión”

³⁰ Este Protocolo estableció que Venezuela pagaría a plazos sus deudas con el 30 % de sus ingresos aduaneros. Ver enlace en https://es.wikipedia.org/wiki/Bloqueo_naval_a_Venezuela_de_1902-1903.

se inserta hoy, en mi opinión, en el desarrollo e implementación de la medición de las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, específicamente, en el *ODS* Número 16. Es decir, “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”.

Hay que recordar que los ODS fueron adoptados por las Naciones Unidas en 2015 como un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que para el 2030 todas las personas disfruten de paz y prosperidad.³¹ De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo los 17 ODS u Objetivos Globales están integrados, es decir, que la acción en un área u objetivo específico afecta los resultados en otras áreas. Además, el desarrollo debe equilibrarse con la sostenibilidad social, económica y ambiental.³² A través de los mecanismos de cooperación internacional todos los países se han comprometido a priorizar el progreso de aquellos que están más rezagados. En mi experiencia en el sector privado transnacional puedo corroborar la importancia que tienen los ODS para el sector real, especialmente en el marco del llamado Pacto Global.³³

Ahora bien, en particular el ODS 16 tiene como aspecto primordial promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas. En tal sentido, es un ODS que busca superar los conflictos, la inseguridad, la fragilidad estatal, y el acceso limitado a la justicia, aspectos que continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible, y en especial, para alcanzar la paz mundial.³⁴

³¹ Debemos reconocer que la pandemia de COVID-19 socavó el progreso que se había logrado en materia de desarrollo sostenible, especialmente en un aumento de la pobreza extrema, incremento de la delincuencia transnacional y crimen organizado, las desigualdades y la injusticia en el mundo entero. En el Foro Político de Alto Nivel de 2021, celebrado bajo los auspicios del ECOSOC, se debatió sobre las maneras de garantizar una recuperación sostenible y resiliente del COVID-19, que pusieran a las Naciones Unidas en condiciones de hacer realidad la Agenda 2030. Ver enlace <https://www.ohchr.org/es/sdgs/covid-19-and-2030-agenda-sustainable-development>

³² Ver enlace <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>

³³ El Pacto Global de Naciones Unidas es una iniciativa que promueve el compromiso del sector privado, sector público y sociedad civil a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: Derechos Humanos, Estándares Laborales, Medio Ambiente y Lucha Contra la Corrupción, así como contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Ver enlace <https://www.pactoglobal-colombia.org/pacto-global-colombia/que-es-pacto-global-colombia.html>

³⁴ Sólo a título de ejemplo, en el 2018 el número de personas que huyen de los diversos conflictos armados superó los 70 millones, la cifra más alta registrada por la Oficina del Alto

Si examinamos las metas medibles del ODS 16,³⁵ encontramos que éstas abarcan los siguientes temas:

- **16.1** Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo.
- **16.2** Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.
- **16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.** (Resaltado nuestro).
- **16.4** De aquí a 2030, reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada.
- **16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.** (Resaltado nuestro).
- **16.6** Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas.
- **16.7** Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades.
- **16.8 Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial.** (Resaltado nuestro).
- **16.9** De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos.
- **16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.** (Resaltado nuestro).
- **16.a** Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en casi 70 años. Y, en el 2019, las Naciones Unidas registró 357 asesinatos y 30 desapariciones forzadas de defensores de los derechos humanos, periodistas y sindicalistas en más de 47 países. Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/> En suma, un panorama desalentador frente a la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

³⁵ Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia.

- **16.b** Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

De las diferentes metas anteriores hemos resaltado varias que nos parecen estar directamente conectadas con los objetivos propios de los tratados de inversión. Por ejemplo, la promoción del estado de derecho; la garantía del acceso a la justicia; la lucha contra la corrupción, que infortunadamente tanto permea en la jurisdicción ordinaria; la armonía en las relaciones entre los países desarrollados económicamente y los que están en vías de desarrollo; y el auspicio de la participación de éstos últimos en los mecanismos de gobernanza mundial, por ejemplo, como los que propone el Banco Mundial en el marco del CIADI.

Así, si bien estos tratados tienen como objetivo primordial atraer y promover la inversión extranjera, también es cierto que su objetivo más holístico es proveer un marco jurídico justo y transparente, que incluya los estándares reconocidos por el derecho internacional, asegurando reglas de juego claras y previsibles en las relaciones entre los particulares y los Estados. Se trata, en suma, de proteger el estado de derecho, promover la seguridad jurídica, y fortalecer la institucionalidad a través de marcos adecuados de solución pacífica de conflictos.

IV. PALABRAS FINALES

En su discurso de aceptación del Premio Nobel de la Paz, el economista y excelso ex Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Kofi Annan señaló que siempre había “intentado situar al ser humano en el centro de todo lo que emprendemos: de la prevención de los conflictos al desarrollo, pasando por los derechos humanos”.³⁶

Annan como diplomático fue capaz de darle el giro necesario que demandaba el sistema multilateral, representado por las Naciones Unidas, a los fines de poder encarar los retos del nuevo milenio, y teniendo

³⁶ Kofi Annan: Un eterno compromiso con la paz. En Revista Embajador, 24 de Septiembre de 2018. Ver enlace <https://revistaembajador.com/kofi-annan-un-eterno-compromiso-con-la-paz/>

presente que todo avance, incluyendo sin duda el avance tecnológico, debe tener como eje central al ser humano.³⁷

Por lo tanto, todo esfuerzo genuino que se haga para establecer un marco regulatorio adecuado y efectivo será siempre loable, y sumará a los esfuerzos globales e individuales tendientes a alcanzar la paz, la justicia y a tener instituciones sólidas.

En este contexto celebramos la firma en el 2023 del TBI Colombo-Venezolano, y también vemos con beneplácito que su texto siga, en líneas generales, el clausulado de los modelos de los tratados de inversión ya vigentes globalmente.

Sin duda, este tratado también refuerza la construcción del camino que en materia de arbitraje internacional se sigue desde mediados del Siglo XX, por ejemplo, a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958),³⁸ así como la gran cantidad de tratados de inversión auspiciados por el Banco Mundial y su Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Internacionales (Convenio del CIADI o de Washington, 1966), aun cuando este TBI Colombo-Venezolano no lo acoja expresamente.

Como hemos señalado, los tratados de inversión son, en nuestra opinión, una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación, y reconocen la necesidad de la cooperación internacional. Cada conflicto que se evite, o que se resuelva de manera amigable, o pacífica, como, por ejemplo, a través del arbitraje internacional de inversión, suma al logro de las metas de los ODS, especialmente al ODS 16, en tanto estos tratados de inversión procuran garantizar el acceso a la justicia, en este caso a la justicia alternativa, y como lo hemos dicho, promueven la seguridad jurídica, fortalecen nuestras instituciones, y respaldan la agenda de paz mundial.

Queremos concluir este breve artículo haciendo votos por esa paz, y para que las naciones, no sólo Colombia y Venezuela, puedan salir

³⁷ Recomendamos la lectura del libro “*The TransHuman Code: How To Program Your Future*”, autores Carlos Moreira y David Fergusson (Greenleaf Book Group Press, 4/06/2019 - 400 páginas). En esta obra se hace un excelente análisis de la importancia que tiene el ser humano como el centro de cualquier desarrollo tecnológico y de innovación.

³⁸ Ver enlace <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

adelante a pesar de los tiempos tan convulsos que nos ha tocado vivir durante las dos primeras décadas del Siglo XXI. La pandemia del COVID-19 (2019-2020), la primera de la era digital, fue un duro golpe a las metas de los ODS y a la Agenda 2030. Desde marzo del 2021, la guerra de Rusia contra Ucrania ha puesto en jaque al sistema multilateral y a la paz del planeta. El auge desmedido de la criminalidad transnacional y el crecimiento de las economías ilícitas que atentan contra la ya frágil estabilidad estatal. Sólo el comercio ilegal representa aproximadamente el 10% del consumo mundial, es decir, cerca de 464 mil millones de dólares americanos anualmente según cifras de la OCDE (2019). El escaso avance en la lucha contra la corrupción en un contexto mundial terriblemente violento, como lo revela el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional para el 2022.

En fin, la humanidad se debate hoy entre las grandes noticias positivas del Siglo XXI, como lo son aquellas enmarcadas en los avances tecnológicos de la Cuarta Revolución Industrial. Pero también se enfrenta a los embates de resabios primitivos que aún nos caracterizan como especie. Los tratados de protección y promoción de la inversión, como el TBI 2023 Colombo-Venezolano, hacen parte, sin duda, del primer grupo de noticias positivas, y dan fe de lo bueno que puede lograr el ser humano.

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL DERECHO ARGENTINO



RAMIRO SAGRARIO*

Resumen: La autonomía del acuerdo arbitral es un principio fundamental del arbitraje. Su recepción expresa en el ordenamiento legal argentino se dio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial y de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. En la presente publicación se aborda la regulación legal del principio de autonomía, así como su aplicación por los jueces antes y después de su incorporación normativa.

Palabras claves: acuerdo, arbitraje, autonomía, separabilidad, derecho.

THE AUTONOMY OF THE ARBITRATION AGREEMENT IN ARGENTINE LAW

Abstract: The autonomy of the arbitration agreement is a fundamental principle of arbitration. Its express reception in the Argentine legal system with the enactment of the Civil and Commercial Code and the International Commercial Arbitration Law. This publication addresses the legal regulation of the principle of autonomy, as well as its application by judges before and after its regulatory incorporation.

Key words: agreement, arbitration, autonomy, separability, law.

* Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Docente adscripto a la cátedra de Derecho Comercial y del Transporte de la Facultad de Derecho de la UNMdP. Entrenador académico del equipo de la UNMdP en la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial (Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario).

1. INTRODUCCIÓN

La autonomía del acuerdo arbitral es, junto con el principio de *competence-competence*¹, uno de los principios rectores del arbitraje. El principio de autonomía en su faz material –también conocido como principio de separabilidad– implica que la cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Con ello se busca evitar que, necesariamente, el convenio arbitral siga la misma suerte del contrato principal.² En otros términos, el principio de autonomía impide que quien suscribe un acuerdo arbitral intente luego resistir la competencia de los árbitros alegando que el contrato en el que el acuerdo se encuentra inserto es nulo, o bien que dicho contrato se ha extinguido.

Hoy en día, la autonomía del acuerdo arbitral es tan ampliamente reconocida que se ha convertido en uno de los principios generales del arbitraje internacional³, encontrándose incorporado, por caso, en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) –en su artículo 48– y en todas aquellas leyes de arbitraje dictadas por los Estados inspiradas en dicho instrumento de *soft law*.

En el ordenamiento legal argentino, su recepción expresa se dio a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación –vigente desde el año 2015– y de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional–vigente desde el año 2018–, aunque ya tenía recepción jurisprudencial.

¹ El principio de *competence-competence* implica la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. En la doctrina arbitral contemporánea se ha abandonado el significado extremo de origen alemán de la expresión *kompetenz-kompetenz* y, reemplazando esta expresión por la franco-inglesa de *competence-competence*, se ha elaborado un sentido jurídico más moderado de dicho principio. Es decir que los árbitros no serían los “únicos” autorizados para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, sino, más bien, tendrían la facultad de dirimir primero, es decir, antes que la justicia estatal, la que solo podrá revisar la decisión arbitral en un momento posterior [Conf. Eduardo Silva Romero, «Breves observaciones sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*», en Eduardo Silva Romero, dir., y Fabricio Mantilla Espinosa, coord., *El contrato de arbitraje*, (Bogotá: Legis, 2005), 580].

² Fernando Mantilla-Serrano, «El arbitraje internacional», en Laura Victoria García Matamoros y Antonio Agustín Aljure Salame, ed., *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Editorial Legis, 2016), 194.

³ Emmanuel Gaillard, y John Savage, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, (La Haya: Kluwer Law International, 1999), 199.

En las siguientes líneas se abordará la regulación legal del principio de autonomía, así como su aplicación por los jueces antes y después de su incorporación normativa.

2. LA AUTONOMÍA MATERIAL O SEPARABILIDAD

2.1. Jurisprudencia anterior a la sanción del código

Aun sin reconocimiento expreso en la legislación, el principio de autonomía o separabilidad, había sido receptado por la jurisprudencia. Un temprano antecedente, aunque sin mención expresa al principio de autonomía, puede encontrarse en el caso “Otto, Franke y Cía. c/ Provincia de Buenos Aires” resuelto en 1918 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí se dijo que “establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral “todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios”, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato, alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluida de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores”.⁴

En el fallo “Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A.” la actora demandó en sede judicial a la demandada por daños y perjuicios por la resolución incausada de un contrato de importación, sublicencia y distribución en el que se había pactado la jurisdicción arbitral. La demandada opuso excepción de incompetencia, la que fue rechazada en primera instancia. Apelada la sentencia por la demandada, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial la revocó, sosteniendo que “fue improcedente sostener que la cláusula arbitral dejaba “a salvo las consecuencias de la resolución del mismo”. Es que esa interpretación no se compadece en modo alguno con el texto de la cláusula en cuestión, que, como se dijo, prevé la designación de árbitros para dirimir cualquier conflicto o reclamación que “resulte” o “se relacione” con el contrato.”⁵ La sentencia de la Cámara fue confirmada, sin tratar expresamente la cuestión de la separabilidad de la cláusula

⁴ CSJN, 19/09/1918, “Otto Franke y Cía. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 128:402.

⁵ CNCom, Sala D, 22/02/2022, “Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A.”, LL 2002-D, p. 7.

arbitral frente a la rescisión del contrato, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶

Finalmente, puede citarse un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el que se obligó a constituir el tribunal arbitral a la demandada que se resistía a hacerlo alegando que los contratos en los que se hallaba incluida la cláusula compromisoria habían sido rescindidos por ella. El tribunal de alzada sostuvo que: “la cláusula compromisoria constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato” y que “la suerte de este último –así se invoque su nulidad, su inexistencia o su rescisión- no acarrea necesariamente la invalidez del pacto arbitral, en tanto no se pruebe que el consentimiento al arbitraje está viciado de invalidez”.⁷

2.2. Reconocimiento legal de la autonomía en el texto legal

En Argentina existe en la actualidad un régimen legislativo dualista en materia de arbitraje. Por un lado el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) regula el contrato de arbitraje que rige, junto con las normas contenidas en las leyes procesales⁸, los arbitrajes domésticos. Por otro lado, la Ley 27.449 es la normativa aplicable a los arbitrajes internacionales.⁹

En el arbitraje doméstico el principio de autonomía del acuerdo arbitral es consagrado por el art. 1653 del CCyC, el cual establece que “el contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje,

⁶ CSJN, 05/04/2005, “Bear Service S.A. c/ Cervecera Modelo S.A.”, *Fallos* 328:776

⁷ CApelCivComFed., Sala I, 01/03/2011, “Smith Internacional Argentina S.A, c/ Puerto Mariel S.A.”.

⁸ De acuerdo al régimen de reparto de competencias establecido en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, la regulación del proceso es una facultad de las provincias. De esta manera, a la par de la legislación nacional –Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- existen leyes procesales y, por lo tanto normas sobre arbitraje, en cada uno de los estados provinciales.

⁹ El Art. 3° de la Ley 27.449 determina que un arbitraje es internacional si: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o b) Uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: I. El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; II. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

Existe además una segunda norma –fuera del capítulo del Código que regula el contrato de arbitraje– que recepta el principio de autonomía. Así, el inc. h) del art. 1078 del CCyC determina que “h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción.”

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial Internacional establece en su art. 35 que “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.”

2.3. Jurisprudencia posterior al nuevo código

Recientemente, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del principio de autonomía al entender en un recurso de apelación interpuesto contra un laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

En el caso, los actores promovieron una demanda de cumplimiento de contrato contra el fiduciario desarrollador de un complejo habitacional afectado al régimen de propiedad horizontal. Durante el trámite del proceso la actora invocó el artículo 1085 del CCyC y reclamó la resolución del contrato en virtud de los incumplimientos en que habría incurrido la accionada. El tribunal admitió la ampliación de los puntos de compromiso con fundamento en el ejercicio de esa facultad.

El laudo dictado por el tribunal arbitral hizo lugar a la demanda promovida, declaró resuelto el contrato y dispuso la restitución de las prestaciones. Asimismo, estableció que la competencia del tribunal arbitral se agota con el dictado del pronunciamiento apelado, con excepción de las cuestiones vinculadas a la determinación de los montos de condena y la regulación de los honorarios.

La decisión dio lugar a la apelación de la parte actora quien, entre otros agravios, cuestionó que el tribunal de arbitraje se haya atribuido competencia para fijar oportunamente las indemnizaciones. Esgrimió que el dictado del laudo definitivo extingue la competencia de los árbitros, debiéndose atribuir a la justicia civil, en un ulterior procedimiento de ejecución del laudo, la determinación y cuantificación del resarcimiento.

El tribunal de alzada rechazó el recurso, resolviendo que “la decisión es correcta si se tiene en cuenta tanto el compromiso arbitral oportunamente asumido por las partes (fs. 35) como la solución prevista por el Código Civil y Comercial, que en su artículo 1078 inciso h] dispone que la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción”.¹⁰

3. LA AUTONOMÍA JURÍDICA

El principio de autonomía tiene además, en el marco del arbitraje internacional, una segunda acepción. La autonomía jurídica implica prescindir de cualquier connotación de derecho doméstico para efectos de determinar la validez o existencia del convenio arbitral.¹¹

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial aplicó el principio de autonomía jurídica en una sentencia de 1988. El caso tuvo origen en una demanda, incoada ante la justicia argentina, cuyo objeto era el cumplimiento de la cláusula arbitral contenida en el convenio celebrado entre los litigantes en la ciudad de Hamburgo y que en la parte pertinente establecía: “Cualquier disputa que no pudiera ser solucionada en forma amigable será resuelta en forma definitiva por un tribunal de arbitraje formado y actuando de acuerdo con las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Argentino Alemana de Buenos Aires. Para formular su dictamen, el tribunal de arbitraje aplicará la legislación argentina”.

¹⁰ CNCiv., Sala I, 04/11/2022, “Mayo Miguel Carlos José y Albrecht Tolke Maiken c/ Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio”.

¹¹ Mantilla-Serrano, *Ob. Cit.*, 194.

La demandada opuso excepción de incompetencia con fundamento en el art. 742 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en virtud del cual la acción de constitución del tribunal arbitral debe iniciarse ante el juez que hubiese sido competente para conocer en la causa -tratándose de una compraventa de mercaderías con entrega FOB puerto de Hamburgo, resultarían competentes los tribunales ordinarios de dicha ciudad extranjera-.

El juez de primera instancia rechazó la excepción opuesta y dicho decisorio fue confirmado por la Cámara en los siguientes términos: “la cláusula arbitral importa una prórroga de la jurisdicción de los órganos del Estado, pactada por acuerdo de voluntades, que puede ser instrumentada separadamente del contrato principal, si bien lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato. La forma en que se instrumenta (...) no altera su naturaleza de convención autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de éste último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia.”¹²

4. EL ACUERDO ARBITRAL FRENTE A LA CESIÓN DEL CONTRATO

El principio de autonomía se justifica en la necesidad de asegurar la eficacia del pacto arbitral y evitar que a través de la simple invocación de una nulidad del contrato que lo contiene, que puede no estar fundada, una parte pretenda sustraerse del acuerdo de arbitraje que ha celebrado.

Ahora bien, el reconocimiento de la cláusula arbitral como un acuerdo independiente y no como uno accesorio es un desarrollo teórico elaborado en pos de asegurar la validez del acuerdo arbitral. Por el contrario, la separabilidad del convenio de arbitraje no puede ser utilizada para fundar planteos de incompetencia de los árbitros. En particular, no puede alegarse, en caso de transmisión del contrato que contiene la cláusula arbitral, que ésta no se transmite –por no ser accesorio– y que se requiere una manifestación expresa del cesionario para aceptar la jurisdicción arbitral.

¹² CNCom, Sala E, 26/09/1988, “Welbers S.A., Enrique C. c/ Extraktions-Technik Gesellschaft Fur Anlagenbau M. B. M.”, LL 1989-E, p. 304.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre el punto en el caso “Sargo”. El caso se origina en un contrato celebrado entre Sargo S.A. e YPF que incluía en su artículo 38 una cláusula arbitral. Con posterioridad, mediante decreto 2587/60, se transfirieron la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato a Gas del Estado. Surgida la controversia Sargo S.A. demandó la constitución del tribunal arbitral, lo que fue resistido por Gas del Estado quien sostuvo que la cláusula arbitral no había sido parte de la cesión. La Corte, con motivo del recurso extraordinario interpuesto por la demandada, concluyó que “que habiendo el decreto 2587/60 transferido a Gas del Estado los derechos y obligaciones correspondientes a Y.P.F que surgían del contrato originariamente celebrado entre la actora y éste último organismo, no se advierte razón alguna para excluir de esa transmisión los derechos y obligaciones emergentes de la citada cláusula 38 cuando ninguna salvedad ni distingo se hizo en el decreto.”¹³

En tiempos más recientes, se debatió ante la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la suerte de la cláusula arbitral frente a la fusión por absorción de una de las partes del contrato. En el caso, la actora Telcel S.A. promovió juicio ordinario contra Nextel Communications Argentina S.A. y/o Cablevisión SA, tendiente al cobro de una suma de dinero, en concepto de indemnización por daños y perjuicios. En primera instancia se hizo lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada Cablevisión S.A. en virtud de la invocación de la existencia de la cláusula compromisoria a favor del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Tal decisión fue recurrida por la actora, centrándose en que la cláusula arbitral no fue suscripta por Cablevisión S.A., sin perjuicio de la fusión operada entre ésta sociedad y Nextel Communications Argentina S.A. La Cámara resolvió que “la transmisión del patrimonio se produce a título universal, es decir, la sociedad absorbente adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta, produciéndose la transferencia total de su patrimonio (art. 82 LGS). Y, con ello, las relaciones jurídicas de la disuelta se transmiten a la sociedad incorporante, sin que sea necesario requerir la conformidad alguna de terceros contratantes, quienes, en su caso, pueden oponerse en los términos y

¹³ CSJN, 21/06/1977, “Sargo S.A. c/ Gas del Estado”, *Fallos* 298:123.

condiciones establecidos en el art. 83 inc. 3 LGS. En tales términos, la cláusula compromisoria pactada con Telcel SA pudo ser eficazmente invocada por la demandada.”¹⁴

Como conclusión, conforme señala Caivano, “considerar a la cláusula compromisoria transferida en caso de cesión de los derechos y/o obligaciones nacidas del contrato en el cual aquella está inserta es la solución más justa, y la única que impide a alguna de las partes liberarse de la obligación de arbitrar por el sólo expediente de ceder la posición contractual a un tercero”.¹⁵

5. CONCLUSIONES

En Argentina, la inclusión del contrato de arbitraje dentro del Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015, constituyó el inicio del camino hacia la modernización del derecho arbitral. El nuevo Código consagra de modo expreso el principio de autonomía (arts. 1653 y 1078 inc. h). Posteriormente, el legislador entendió que resultaba necesario dictar una nueva norma en un todo de acuerdo con la Ley Modelo CNUDMI, sancionando así la Ley 27.449 destinada a regir arbitrajes internacionales, que consagra la autonomía de la cláusula compromisoria en su art. 35.

La innovación legislativa implicó la consolidación de un desarrollo jurisprudencial previo –tanto internacional como local– del principio de autonomía. Los jueces, otrora poco familiarizados con el arbitraje, en los casos en que fueron llamados a aplicar la nueva normativa arbitral, construyeron decisiones acertadas que compatibilizan el texto legal con la eficacia de los procesos arbitrales.

¹⁴ CNCom., Sala C, 21/03/2019, “Telcel S.A. c/ Cablevisión S.A. s/ Ordinario”.

¹⁵ Roque J. Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado*, (edición especial 2012): 3-53.

DIFICULTADES DEL ARBITRAJE NACIONAL ECOLÓGICO



JESÚS AUGUSTO ROJAS HERNÁNDEZ*

Resumen: La ecología es un tema que no es ajeno a los procedimientos jurisdiccionales, debido a que cualquier actividad que realice la especie humana puede tener incidencia en el ambiente. En ese sentido, la comunidad arbitral internacional ha hecho recomendaciones para lograr una tutela arbitral ecológica, por ello ha aumentado el uso de los *Online Dispute Resolution*. No obstante, y es la finalidad de este trabajo, debe hacerse un estudio a los principios que deben regir el uso de las tecnologías de la comunicación e información en sede arbitral, para evitar afectar a los individuos que acuden a arbitraje.

Palabras clave: arbitraje, internacional, ecología, tecnología, derechos.

DIFFICULTIES OF NATIONAL ECOLOGICAL ARBITRATION

Abstract: Ecology is an issue that is not alien to jurisdictional procedures, because any activity carried out by the human species may have an impact on the environment. In this sense, the international arbitration community has made recommendations to achieve an ecological arbitration protection, which is why the use of Online Dispute Resolution has increased. However, and this is the purpose of this paper, a study should be made of the principles that should govern the use of communication and information technologies in arbitration, to avoid affecting individuals who resort to arbitration.

Keywords: arbitration, international, ecology, technology, rights.

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública del Banco Interamericano de Desarrollo y la Universidad Católica Andrés Bello. Estudiante de la III Cohorte del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Montevideo.

INTRODUCCIÓN

Gracias a los esfuerzos de la comunidad internacional el mundo ha debatido los mecanismos para proteger al ambiente, pero el debate no solo se ha circunscrito a la política entre Estados, sino también al mundo empresarial, donde las empresas han visto una oportunidad para optimizar sus servicios y la forma de resolver sus controversias. En ese sentido, se han elaborado un conjunto de máximas ecológicas que pretenden influir en la solución de controversias en el foro usualmente usado por los comerciantes, como lo son los medios alternos de solución de controversias. Sin embargo, las recomendaciones ecológicas vienen a plantear retos para los principios procesales que tradicionalmente han inspirado la actividad jurisdiccional.

El cambio climático tiene su causa en la acción humana que deriva en la generación de huella de carbono. Particularmente estos gases son generados en arbitraje, principalmente, por los traslados que deben hacerse a la sede del arbitraje o a lugar de la institución arbitral para desarrollar diversas actuaciones procedimentales, y por el uso permanente de la impresión en papel para la sustanciación y administración de los expedientes.

Es trascendental para combatir la generación de huella de carbono en arbitraje, ahondar en el uso de los *Online Dispute Resolution*; empero, estos instrumentos que facilitan la administración y actuación en los procedimientos arbitrales, deben respetar corolarios fundamentales que eviten vulnerar la confianza en el arbitraje como un medio adecuado para la solución de controversias.

1. LA ECOLOGÍA COMO BUENA PRÁCTICA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL

Uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) consagrado por la Organización de las Naciones Unidas que se pretende alcanzar para el año 2030, es la “acción por el clima”, la cual tiene por fundamento “adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos”¹, esto debido a que ha sido comprendido y difundido por la

¹ «Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos», Organización de Naciones Unidas, acceso el 10 de marzo de 2023, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>

comunidad científica las manifestaciones elementales de este problema en la humanidad. Concretamente la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL), ha señalado que:

Las pruebas científicas son inequívocas respecto al hecho de que el cambio climático en curso es antropógeno. En solo 200 años, las actividades humanas han provocado cambios en el clima que, de forma natural, habrían tomado millones de años. La causa son las emisiones de gases de efecto invernadero, que se derivan principalmente de acciones como la quema de combustibles fósiles, la fabricación de cemento y el cambio de uso del suelo.²

Estas circunstancias han permitido a la comunidad de Estados definir al cambio climático a través de un instrumento internacional denominado “Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, donde se sostiene que:

Por cambio climático se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables³.

Tomando en cuenta que la acción humana es la causa del cambio climático, la comunidad internacional ha hecho esfuerzos programáticos para que los Estados impulsen políticas públicas que puedan (re)dirigir las actividades de las personas a prácticas que puedan ser sostenibles y sostenibles en el tiempo. Por ello, en el año 2015 la comunidad internacional se congregó en el “Acuerdo de París”,⁴ donde los países fijaron como objetivos de sus actividades a largo plazo:

- reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero para limitar el aumento de la temperatura global en este siglo a 2 °C y esforzarse para limitar este aumento a incluso más de tan solo el 1,5 °;

² Alicia Bárcena, et al, *La emergencia del cambio climático en América Latina y el Caribe ¿Seguimos esperando la catástrofe o pasamos a la acción?* (Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020), p. 43.

³ «Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático», Organización de las Naciones Unidas, acceso 10 de marzo de 2023, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf>

⁴ «Acuerdo de París», Organización de Naciones Unidas, acceso el 10 de marzo de 2023, <https://www.un.org/es/climatechange/paris-agreement>

- revisar los compromisos de los países cada cinco años;
- ofrecer financiación a los países en desarrollo para que puedan mitigar el cambio climático, fortalecer la resiliencia y mejorar su capacidad de adaptación a los impactos del cambio climático.

Con estas acciones se estaría tutelando de forma efectiva el derecho al medio ambiente, el cual integra la clasificación conocida como “derechos humanos de tercera generación”, que no quiere decir que tengan un tercer nivel de importancia, sino que han entrado en discusión a partir de la evolución de la idea que se tenía principalmente sobre la dignidad humana, y que es una respuesta a “los diferentes tipos de obstáculos que pueden interponerse en el camino de la realización de los derechos de primera y segunda generación”.⁵

La característica principal que tienen estos derechos de los pueblos es que “pueden ser demandados a los Estados, pero también los Estados pueden exigir cualquiera de ellos”,⁶ por tanto, requieren de la mayor cooperación internacional posible, ya que la solución no se encuentra en la acción determinada de uno o varios Estados, sino en el conjunto de acciones que pueda realizar la comunidad internacional.

En el caso de Venezuela, la protección al ambiente se encuentra normada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en los artículos 127, 128 y 129 de nuestra Norma Fundamental.⁷ No obstante, no solo ha sido tarea del constituyente la regulación y protección de esta materia, sino también del legislador, el cual se ha dedicado a dictar normas que abonan el terreno para la protección de este bien jurídico esencial para la especie humana; tal es el caso de la Ley Orgánica del Ambiente,⁸ la Ley Penal del Ambiente,⁹ la

⁵ «La evolución de los derechos humanos», Council of Europe, acceso el 10 de marzo de 2023, <https://www.coe.int/es/web/compass/the-evolution-of-human-rights#:~:text=Los%20derechos%20espec%C3%ADficos%20que%20se,comunicaci%C3%B3n%20y%20a%20la%20asistencia%20humanitaria>.

⁶ COFAVIC, *Los Derechos humanos en Venezuela. Manual Básico* (Caracas: COFAVIC, 2019), p. 26.

⁷ Constitución República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999).

⁸ Ley Orgánica del Ambiente (Gaceta Oficial No. 5.833 Extraordinaria del 22 de diciembre de 2006)

⁹ Ley Penal del Ambiente (Gaceta Oficial No. 39. 913 del 2 de mayo de 2012)

Ley de Gestión de la Diversidad Biológica¹⁰ y la Ley sobre Sustancia, Materiales y Desechos Peligrosos.¹¹ Asimismo, el Estado venezolano ha suscrito y ratificado la totalidad de tratados internacionales que existen sobre la materia, entre ellos, el importante “Acuerdo de París”.

Ahora bien, como uno de los elementos fundamentales de los derechos humanos es la interdependencia, entendiendo este como el necesario disfrute de todos los derechos humanos para una efectiva satisfacción de cada uno de ellos, es necesario que se dirijan acciones que integren todos los derechos humanos y faciliten el ejercicio del derecho a un ambiente sano. En ese sentido, toma relevancia las acciones que puedan realizarse para garantizar el derecho a la justicia de forma sustentable, para ello no solo debemos evaluar las acciones que realicen los Estados para garantizar el acceso y desarrollo adecuado de los juicios en los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino también las que puedan realizar los comerciantes en su foro de preferencia, que suele estar constituido por los medios adecuados de solución de controversias (MASC). Vale señalar, que aunque las tendencias ideológicas sustentadas en gobiernos de base autoritaria consideren que los empresarios no tienen interés por preservar el ambiente¹², la realidad es que:

Muchos dirigentes empresariales de todo el mundo se han dado cuenta de que el cambio climático y la degradación ambiental plantean nuevos e importantes riesgos y oportunidades para la competitividad, el crecimiento y el desarrollo de sus empresas, y están convirtiendo el desafío climático en una oportunidad de mercado.¹³

Es por ello, que la Campaña por Arbitrajes Verdes (conocida en inglés como *Campaign for Greener Arbitrations*) en el año 2020 empezó a realizar consultas a diversos especialistas en la materia, para dictar

¹⁰ Ley de Gestión de la Diversidad Biológica (Gaceta Oficial No. 39.070 de fecha 1 de diciembre de 2008)

¹¹ Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos (Gaceta Oficial No. 5.554 Extraordinaria de fecha 13 de noviembre de 2001)

¹² A modo de ejemplo, «Discurso del Presidente Chávez en la Cumbre de Copenhague», Ecoportal, acceso 29 de diciembre de 2023, https://www.ecoportal.net/temas-especiales/cambio-climatico/discurso_del_presidente_chavez_en_la_cumbre_de_copenhague/

¹³ «Acción por el clima y el rol activo de las empresas», Vitrubio Soluciones Ambientales, acceso 11 de marzo de 2023, <https://www.ambientevitrubio.com/post/acci%C3%B3n-por-el-clima-y-el-rol-activo-de-las-empresas>

unos protocolos de resolución de controversias que hoy en día permiten disminuir el impacto negativo en el ambiente de las actividades que realizan los diversos sujetos que intervienen en los arbitrajes (centros de arbitrajes, árbitros, partes).

Sin dudas, se puede sostener el criterio de que estos protocolos para administrar y desarrollar arbitrajes más verdes permiten desarrollar actuaciones ajustadas a las buenas prácticas en el arbitraje comercial, ya que estas constituyen principios y deberes éticos que podrían observar los sujetos intervinientes en los procedimientos arbitrales, con la finalidad de coadyuvar a consolidar la confianza en el arbitraje como medio adecuado para la tutela jurisdiccional efectiva de los individuos.

2. DISMINUCIÓN DE LA HUELLA DE CARBONO EN ARBITRAJE

La huella de carbono ha sido definida en el Diccionario Panhispánico de Español Jurídico como “la totalidad de gases de efecto invernadero provenientes, por efecto directo o indirecto de la actividad de una organización”.¹⁴ En ese sentido, se debe destacar que los principales gases de efecto invernadero producto de la actividad humana que se encuentran en nuestro ecosistema son:

Los halocarbonos (compuestos que contienen cloro bromo o flúor y carbono, estos compuestos pueden actuar como potentes gases de efecto invernadero en la atmosfera y son también una de las causas del agotamiento de la capa de ozono en la atmosfera).¹⁵

Es por ello que la Campaña para Arbitrajes Verdes, ha establecido un conjunto de principios rectores de todos sus protocolos que tienen por norte:

- Crear un espacio de trabajo con una huella ambiental reducida buscando oportunidades para reducir el consumo y el desperdicio de energía;

¹⁴ «Huella de carbono», Diccionario Panhispánico de Español Jurídico, acceso 12 de marzo de 2023, <https://dej-enclave2.rae.es/lema/huella-de-carbono>

¹⁵ Henry Benavides y Gloria León, *Información técnica sobre gases de efecto invernadero y el cambio climático* (S/D: Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2007), p. 5.

- Correspondencia electrónica, a menos que la correspondencia impresa sea estrictamente necesaria en las circunstancias, teniendo en cuenta que el correo electrónico tiene una huella de carbono.
- Fomentar el uso de instalaciones de videoconferencia como alternativa a los viajes (incluso con el fin de realizar investigaciones o entrevistas con testigos);
- Evitar la impresión, pedir el uso de documentos electrónicos en lugar de copias impresas y promover el uso de paquetes electrónicos en las audiencias;
- Usar, cuando sea posible, proveedores de servicios que se comprometan a reducir su huella ambiental (incluso con el fin de organizar una audiencia de arbitraje);
- Considerar y/o sugerir, en su caso, que los testigos o peritos rindan testimonio a través de instalaciones de videoconferencia, en lugar de asistir personalmente a las audiencias;
- Evitar viajes innecesarios y utilizar instalaciones de videoconferencia como alternativa;
- Considerar y cuestionar la necesidad de viajar en todo momento y compensar las emisiones de carbono para cualquier viaje relacionado con el arbitraje¹⁶ (traducción libre).

No obstante, estos principios vienen a debatirse con las características esenciales del Derecho Procesal, tal como lo ha señalado el árbitro nacional Daniel Betancourt:

Hay una serie de principios que pudieran estar en conflicto con la opción de medidas verdes:

El famoso principio de la oralidad y escritura: en el cual la oralidad viene a ser un deseo del constituyente y del legislador, porque una de las antinomias y paradojas del sistema es que el proceso suele ser escrito y lo oral es algo accesorio.

En segundo lugar, el principio de la inmediación: recuerden que el juez tiene la inmediación objetiva, con los hechos y las pruebas, y la subjetiva con las partes, y una de las preguntas que se hace al momento de trabajar con medios telemáticos, es si existe la inmediación o si se logra la inmediación con una cámara con las plataformas de videoconferencia.

¹⁶ «Guiding Principles», Campaign for greener arbitrations, acceso el 8 de marzo de 2023, <https://www.greenerarbitrations.com/sign-green-pledge>

En tercer lugar, y es inherente a la intermediación, es la valoración de la prueba y la proximidad del juez a la fuente de producción de la prueba.

Y en cuarto lugar, el tema de la preclusión, sobre todo porque en Venezuela, existe cierta formalidad con determinados actos procesales, lo que trae como consecuencia en determinados casos reposiciones y nulidades.¹⁷

Sin embargo, como pudimos ver en el anterior punto del presente trabajo, la transversalización del ambiente dentro del bloque de la constitucionalidad, permite la ponderación y adaptación de las formalidades y principios procesales, ya que en todo procedimiento jurisdiccional garantista, se puede prescindir de formalidades no esenciales, lo cual consideramos no es un concepto estático, sino dinámico que debe ser evaluado con el paso del tiempo para permitir tutelar de manera efectiva los derechos de los ciudadanos con garantías óptimas.

Se sostiene que en arbitraje la forma para contribuir con la disminución de la huella de carbono, es a través de los *Online Dispute Resolution* (ODR), ya que permiten la celebración de audiencias virtuales, evitando largos traslados internos o externos a través de los transportes tradicionales; y el uso de documentos electrónicos, que disminuyen en gran medida la cantidad de documentos impresos y permitirían prescindir en su totalidad de expedientes en físico, al tener la posibilidad de acceder a ellos de forma virtual.

Empero, las plataformas utilizadas deben cumplir determinadas características que garanticen la seguridad del proceso y el acceso de todos los sujetos procesales involucrados. Es por ello, que se analizará cuáles son las plataformas tecnológicas que están usando las instituciones arbitrales nacionales más relevantes en la actualidad y determinaremos si son adecuadas para la administración y sustanciación de procedimientos arbitrales ecológicos.

3. USO DE LOS ODR

Cuando se desarrollan procedimientos arbitrales haciendo uso de medios de comunicación a distancia, la disputa puede ser resuelta en

¹⁷ «Arbitraje Sustentable», Daniel Betancourt, acceso 18 de marzo de 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=OIX7uyjyTo&t=1565s>

línea, y estaríamos en presencia de los ODR.¹⁸ En ese sentido, podemos afirmar que los ODR, constituyen una forma de sustanciación y administración de procedimientos alternativos haciendo uso de las tecnologías de la comunicación e información (TIC'S). Han sido múltiples las ventajas que se han identificado al uso de estas herramientas en los MASC, pero de forma abreviada pudiéramos destacar las identificadas por María Gabriela Goncalves, quien subraya “la facilidad de acceso, la rapidez de las soluciones y su bajo costo”.¹⁹

Estas tecnologías aplicadas al foro de preferencia de los comerciantes, tomaron gran relevancia en el contexto de la pandemia del Covid-19, ya que se impusieron en la mayoría de los países medidas tendentes a garantizar el distanciamiento físico entre las personas; no obstante, los problemas en los negocios jurídicos no dejaron de existir y, en muchos casos, se profundizaron, lo cual ocasionó que los Estados y las instituciones arbitrales garantizaran la tramitación de procedimientos jurisdiccionales a través de medios electrónicos.

En el caso de Venezuela, el reconocido árbitro internacional Álvaro Badell, ha descrito la situación de la siguiente manera:

(Omissis)

...el Poder Judicial tuvo que hacerle frente a la situación de confinamiento recomendado por la Organización Mundial de la Salud, dictando diversas resoluciones con las cuales pretendió minimizar el impacto de la casi total paralización del sistema de justicia, dictando normas -de rango sublegal- destinadas a regular la llamada justicia virtual o justicia telemática, expresión -esta última- que francamente nos parece más acertada.

La situación de la pandemia igualmente repercutió en el arbitraje comercial. Algunos centros de arbitraje ya contaban con la posibilidad de continuar los procesos arbitrales a través de medios telemáticos, con lo cual la justicia arbitral no se paralizaría en absoluto. Otros Centros que hasta el momento de la llegada del

¹⁸ José María Lezcano y Rolando Joaquín Ortega Hernández, «Los ODR como nuevo paradigma en la resolución de conflictos» (2do Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas del Colegio de Abogados de la Plata), <http://www.gecsi.unlp.edu.ar/documentos/ODR-como-nuevos-paradigmas-en-la-resolucion-de-conflictos.pdf>

¹⁹ María Gabriela Goncalves De Sousa, «El ciberarbitraje en el transporte aéreo», *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje* 2 (2021): 381-395. <https://avarbitraje.com/anuario-nro2-2021/>

covid-19 no habían legislado en materia de justicia telemática, tuvieron que emprender las reformas reglamentarias que permitieran la entrada de lo que vamos a denominar sin ambages, una auténtica justicia arbitral.²⁰

De esta forma podemos darnos cuenta que la justificación de la aplicación y profundización de los ODR en Venezuela no fue reducir la huella de carbono en los arbitrajes comerciales, sino una situación coyuntural y de emergencia; sin embargo, luego de superar la crisis sanitaria, los centros de arbitrajes más importantes del país mantuvieron la posibilidad de administrar casos de forma híbrida.

Lo anterior muestra que los profesionales del Derecho, destinados a la administración de procedimientos alternativos han internalizado que “la promoción en el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones es mucho más que un valor agregado, es un deber y obligación de los Centros de Arbitraje”.²¹

En ese sentido, debemos destacar la Guía para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA),²² el Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC)²³ y el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM),²⁴ instrumentos que se encargan de regular e incentivar la tramitación, administración y sustanciación de medios alternos de resolución de conflictos a través de las TIC’S.

²⁰ Álvaro Badell, «Justicia Virtual y Arbitraje Comercial», *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, No. 1 (2022): 245-269. <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

²¹ Gustavo Piedrahita «La implementación de las TIC en el arbitraje internacional: reflexiones y buenas prácticas en América Latina», *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, No. 1 (2022): 270-278, <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

²² Guía para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. Disponible <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2022/03/Gu%C3%ADa-de-Medios-Electr%C3%B3nicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>

²³ Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Disponible <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-procedimientos-on-line/>

²⁴ Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo. Disponible <https://ccm.org.ve/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-general-del-centro-arbitraje-y-mediacion-de-la-CCM.pdf>

Ahora bien, de la experiencia laboral compartida con los equipos legales de cada uno de los centros de arbitrajes mencionados *ut supra*, se permite confirmar que las herramientas electrónicas más utilizadas en la administración de los casos son: Gmail, Outlook, Google Drive, Onedrive, Zoom y Google Meet.

Particularmente, se debe hacer énfasis en la plataforma Google Drive, usada por las instituciones arbitrales, para determinar si esta puede contribuir con la finalidad de administrar los casos sin tener un respaldo de las actuaciones en físico y de esa forma disminuir la huella de carbono en arbitraje. Hasta donde se tiene conocimiento, la forma de usar este medio por los centros de arbitraje es creando una carpeta compartida en donde solo dan acceso como lectores a las partes y a los miembros del tribunal arbitral, quienes podrán ver los archivos que se encuentran ahí reposados.

No obstante, se deben destacar determinadas características de los servicios de Google Drive:²⁵

1. Es un servicio generalmente gratuito creado por la empresa estadounidense Google LLC.
2. Google LLC se reserva el derecho de revisar los archivos digitales y puede retirarlos o negar su publicación si considera infringida alguna de sus políticas.
3. Google LLC puede suspender o cancelar el acceso a sus servicios sin responsabilidad y usar los contenidos alojados en sus servidores para determinados fines y compartirlos con sus contratistas.

Estas condiciones pueden hacer que se considere a la plataforma inestable, no garante de la accesibilidad continua, insegura y no confidencial. En el caso de las instituciones arbitrales internacionales más reconocidas, se usan herramientas profesionales y sofisticadas para garantizar integridad, acceso, certeza y seguridad, tal es el caso del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile (CAM Santiago), que describe su plataforma de la siguiente manera:²⁶

²⁵ «Términos del Servicio Adicionales de Google Drive», Google, acceso 21 de marzo de 2023, <https://www.google.com/drive/terms-of-service/?hl=es>

²⁶ «e-CAM Santiago», Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile, acceso 21 de marzo de 2023, acceso <https://www.camsantiago.cl/e-cam/>

e-CAMSantiago es una plataforma electrónica que posibilita la tramitación digital y brinda soporte a las partes, árbitros, mediadores y abogados de las Unidades de Arbitraje y Mediación del CAM Santiago, permitiendo:

- Acceso remoto de los intervinientes.
- Administración y manejo de procesos en línea.
- Fácil y rápida visualización de los expedientes electrónicos.
- Almacenamiento de escritos y documentos.
- Notificación electrónica de actuaciones y resoluciones.
- Seguridad y respaldo de los procesos electrónicos.
- Confidencialidad y resguardo de la información. Sólo los participantes válidamente autorizados en los procesos cuentan con acceso a las causas vinculadas en la plataforma.
- Interconexión con el Poder Judicial.

De la misma forma lo ha explicado la American Arbitration Association (AAA), que sostiene sobre su plataforma en su página web:

En un momento en el que la ciberseguridad es extremadamente importante y está en constante cambio, CaseShield proporciona múltiples capas de seguridad, incluyendo encriptación, antivirus de grado empresarial, protección antimalware y autenticación multifactorial.”...

Esto proporciona una defensa significativa contra las amenazas y vulnerabilidades de seguridad más comunes... Phishing, Ransomware, control de acceso deficiente, gestión de contraseñas deficiente, falta de cifrado y gestión de parches deficiente. CaseShield de AAA-ICDR ofrece protecciones cibernéticas de nivel empresarial que los consumidores no pueden adquirir ni configurar por sí mismos, con un entorno de escritorio estandarizado fácil de usar y un servicio de asistencia técnica bajo demanda. Además, las nuevas amenazas a la seguridad son evaluadas y la respuesta requerida es aplicada por expertos. Esto elimina la necesidad de que el árbitro investigue, adquiera, configure, gestione y supervise sus propias herramientas y ajustes de seguridad (traducción libre).²⁷

²⁷ «CaseShield de AAA-ICDR», American Arbitration Association, acceso 20 de marzo de 2023, <https://www.adr.org/>

En ese sentido, podemos evidenciar una notable diferencia en la calidad de servicios utilizados por los centros de arbitraje nacionales y las instituciones arbitrales con mayor trayectoria a nivel internacional. Esta es una circunstancia que se debe también a las notables diferencias económicas entre los países; sin dudas, para lograr estos parámetros técnicos se requieren cuantiosas inversiones, pero eso no puede constituir una excusa para que las instituciones nacionales no observen sus prácticas y apuesten por mejorar sus servicios.

Por tanto, se considera que una forma de evaluar e idear nuevas soluciones para la administración de procedimientos alternativos en Venezuela, es a través del análisis de las normativas *soft law* que se han generado sobre el particular, estas disposiciones, según el árbitro y académico Fernando Sanquírigo Pittevil:

(Omissis)

...se presentan como normas, puesto que en su estructura tienen supuestos de hechos y consecuencias, tal como se presenta en cualquier norma, jurídica o no. Sin embargo, al carecer de vinculación por sí mismas, no es una norma jurídica en estricto sentido legal, hasta tanto una autoridad le de carácter vinculante (Estado, Individuos o autoridades internacionales).²⁸

La relevancia de estos instrumentos para un adecuado uso de los ODR ha sido revelada por el árbitro nacional y profesor Luis Ernesto Rodríguez, quien afirma:

(Omissis)

...se ha sostenido como parte de los argumentos clave a favor de dicho proceder: a. la articulación de esas herramientas base puede contribuir a aumentar la confianza en el uso de ODR; b. si no se desarrollan y articulan esos instrumentos, se corre el riesgo que otros actores externos al campo ODR lo hagan, y se provoquen regulaciones que no reflejen los valores compartidos y propios de los ODR; c. aquellos que construyen las plataformas y los procesos ODR se enfrentan rutinariamente a dilemas éticos en los que las personas con menos acceso y poder son particularmente vul-

²⁸ Fernando Sanquírigo Pittevil, «Soft Law. Derecho y terminología», *Revista Venezolana Legislación y Jurisprudencia*, No. 13 (2020): 409-425, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-409-425.pdf>

nerables (“brecha digital”); y d. existe una gran experiencia entre los practicantes, académicos e instituciones que ofrecen servicios ODR, que envuelve un conjunto de valores compartidos.²⁹

Por tanto, para que estas reglas tomen eficacia, pueden ser adoptadas por los particulares al momento de establecer sus acuerdos de arbitraje, por las instituciones arbitrales al momento de realizar o reformar sus normativas y por los árbitros en uso del principio de libertad de ordenación procesal reconocido a estos por leyes y normativas arbitrales.

Dentro de estos instrumentos destacan:

- Las Notas Técnicas de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) sobre la solución de controversias en línea.³⁰
- Los Principios éticos del National Center for Technology and Dispute Resolution (NCTDR) para la resolución de disputas en línea.³¹
- Los Estándares del International Council for Online Dispute Resolution (ICODR) sobre ODR.³²
- Y las Recomendaciones de la American Bar Association (ABA) sobre Mejores prácticas para proveedores de servicios de resolución de disputas en línea.³³

Herramientas todas que son producto de un cónclave de especialistas en la materia y que tienen como principios comunes: la independencia, especialización, confidencialidad, imparcialidad, eficiencia, eficacia, accesibilidad, responsabilidad, neutralidad, protección contra daños, seguridad y transparencia, corolarios todos que de ser salvaguardados garantizan un debido proceso en línea.

²⁹ Luis Ernesto Rodríguez, «Principios y estándares en el renovado mundo de la solución de controversias por medios electrónicos (ODR). Instrumentos de Derecho trasnacional» *Principia* 3 (2020): 112-143. <https://www.cierc.com/principia3>

³⁰ «Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea», Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso 20 de marzo de 2023, <http://bit.ly/NotasODR-UNCITRAL>.

³¹ «Principios éticos para la iniciativa ODR Principios Éticos para la Resolución de Conflictos en Línea», The National Center for Technology & Dispute Resolution, acceso 22 de marzo de 2023, <https://odr.info/files/principios.pdf>

³² «Ethical Principles for Online Dispute Resolution», The International Council for Online Dispute Resolution, acceso 22 de marzo de 2023, <https://icodr.org/standards/>

³³ «Recommended Best Practices for Online Dispute Resolution Service Providers», American Bar Association, acceso 22 de marzo de 2023, <https://www.americanbar.org/>

Es así, como podemos concluir que los ODR como mecanismos para lograr arbitrajes verdes, requieren de parámetros técnicos adecuados sin los cuales su implementación traería más problemas que soluciones al arbitraje comercial nacional. Por ello, en Venezuela su implementación se ha encontrado limitada y no permite generar efectos ecológicos, lo cual se suma a la realidad venezolana en la que no todos los comerciantes y ciudadanos cuentan con acceso a plataformas digitales que les permitan ahorrar traslados a la sede del arbitraje, o al lugar de las instituciones arbitrales, para celebrar audiencias y consultar los expedientes en físico, lo cual ha sido identificado por el árbitro internacional Fred Aarons, como una de las barreras para su efectiva implementación, al señalar “En la medida que el nivel de penetración del internet en una economía sea menor, en dicha proporción la referida variable se constituirá en una barrera importante para proporcionar acceso a la justicia...”³⁴

En ese sentido, se puede sostener que los tribunales arbitrales y los centros de arbitraje nacionales actualmente solo pueden ofrecer la administración y sustanciación de medios alternos de resolución de conflictos de manera presencial o híbrida, ya que existirán determinados actos procesales, como la evacuación de determinadas pruebas, que requerirán ser celebrados presencialmente y, porque los centros de arbitraje, al no contar con herramientas óptimas para realizar su labor de administración únicamente con expedientes electrónicos, requieren mantener el expediente físico como una formalidad esencial en el sistema arbitral venezolano.

CONCLUSIONES

De las disertaciones realizadas podemos concluir el carácter antropogénico del cambio climático, lo cual ha implicado que los Estados y también los empresarios piensen en soluciones para esta problemática. Dentro de estas, en el caso particular de los procedimientos arbitrales, se ha buscado disminuir los traslados a la sede del arbitraje o al lugar de las instituciones arbitrales, así como disminuir la impresión en papel, hasta poder llegar a prescindir de los expedientes físicos.

³⁴ Fred Aarons, «La digitalización en el arbitraje y las cortes en la búsqueda de la justicia en tiempos de pandemia» *Principia* 3 (2020): 15-37. <https://www.cierc.com/principia3>

Estas acciones se han venido a debatir con los principios rectores del Derecho procesal; no obstante, debemos enfatizar que en los procedimientos jurisdiccionales pueden prescindirse de formalidades no esenciales, circunstancia que no puede ser interpretada de forma estática, sino dinámica, ya que por la transversalización del derecho al medio ambiente dentro del bloque de la constitucionalidad, las formalidades que deben mantenerse deben ser compatibles con este derecho fundamental.

Para el logro de tener arbitrajes ecológicos se ha aumentado la implementación de los ODR; sin embargo, a nivel nacional no se cuenta con la implementación de plataformas virtuales cónsonas con los corolarios fundamentales que rigen a estas en arbitraje, lo cual sumado a los problemas de acceso a conectividad dificultan que en Venezuela puedan existir procedimientos totalmente virtuales y por ende ecológicos, así como, que pueda prescindirse de formalidades esenciales, como lo es el contar con expedientes en físico.

EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS ANULADOS EN SEDE: ELEMENTOS A TOMAR EN CUENTA Y SU RELACIÓN PROCESAL



MARÍA PALACIOS LA MANNA*

Resumen: El arbitraje como procedimiento de vanguardia, destacado por su adaptabilidad y eficiencia a las necesidades que se presentan en el comercio internacional, en algunas oportunidades no cuenta con criterios unificados sobre el desarrollo y seguimiento a determinados particulares, tal es el caso de la ejecución en territorio extranjero de laudos anulados en su sede, que si bien se encuentra mencionado en algunos instrumentos del *soft law*, se vuelve muy importante analizar bajo qué contexto podría la vía ordinaria del Estado ejecutor volver a evaluar los hechos dados durante la materialización de un proceso arbitral, sin que esto se confunda como una nueva instancia de revisión sobre el arbitraje, y teniendo en cuenta factores determinantes como lo es el orden público internacional.

Palabras Clave: Laudos anulados, arbitraje de inversión, orden público internacional.

EXECUTION OF FOREIGN AWARDS ANNULLED AT HEADQUARTERS: ELEMENTS TO TAKE INTO ACCOUNT AND THEIR PROCEDURAL RELATIONSHIP

Abstract: Arbitration as a state-of-the-art procedure, noted for its adaptability and efficiency to the needs that arise in international commerce, sometimes does not have a unified criteria on the development and monitoring of certain matters, such is the case of execution in a foreign territory of an arbitration award annulled at its headquarters, which although it is mentioned in some soft law instruments, it becomes very important to analyze under what context the ordinary jurisdiction of the executing State could re-evaluate the facts given during the materialization of an arbitration process, without this being confused as a new review instance on arbitration, and taking into account determining factors such as international public order.

Key Words: Annulled awards, investment arbitration, international public order.

* Abogada egresada mención “Cum Laude” de la Universidad Central de Venezuela en 2019, diploma en contratos internacionales y arbitraje de la Universidad Metropolitana en el año 2020, egresada del PREA en Arbitraje de la Universidad Monteávila (2022), Cursante de la Maestría en Resolución de Controversias de la Universidad de Missouri.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje en el tiempo ha desarrollado un sistema de solución de conflictos moderno, eficaz y eficiente, siendo independiente en gran medida del sistema de justicia estatal¹. A nivel internacional, la estructura equiparable del arbitraje en distintas legislaciones se debe en gran medida a los efectos de La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral)², ya que la misma sirvió como modelo de inspiración para el desarrollo de legislaciones en esta materia en particular.

Algunos autores han señalado:

Los períodos de mayor auge de la institución arbitral coinciden con los de máximo declive de los tribunales estatales, y hoy es lamentablemente cierto que éstos, infradotados en medios personales y materiales, sometidos a mecanismos de proceso no actualizados en gran medida, y abrumados por una litigiosidad insospechadamente creciente en número y complejidad, carecen de la capacidad de respuesta ágil, rápida, efectiva y, para no pocas materias, especializada, que una adecuada dispensación de la justicia exige³.

El arbitraje, siendo una institución que se demuestra en constante cambio y adaptación a lo que las nuevas realidades le exigen, no en todas las oportunidades logra estar al tiempo de problemas prácticos que se empiezan a observar con frecuencia, al ser un procedimiento tan ágil y eficiente a nivel global, se configura como una de las herramientas más importantes para el comercio internacional, esto en gran parte debido a lo inapelable de sus decisiones, sin embargo, esta misma característica puede transformarse en una limitación en cuanto a la globalidad que tiene este proceso.

¹ María Fernanda Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. Disquisiciones Sobre Este Doble Control, Causales De Nulidad Y Revisión De La Jurisprudencia Chilena>> 136 Vniversitas, (2018): 1-27, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.nela>

² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

³ Santiago Ortiz Navacerrada, *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales*, (1989): 150.

El principio de la deslocalización del arbitraje y la interpretación del alcance del mismo pasa a tener una vital relevancia en casos donde, por ejemplo, un laudo es anulado en sede pero busca ser ejecutado en un ordenamiento extranjero, surge el debate entonces de si deben prevalecer conceptos como las nociones básicas de justicia a nivel del derecho internacional.

Resulta importante entonces evaluar en qué medida un laudo al momento de ser dictado puede o no ser anulado por la vía ordinaria del país que fue emanado, y cuál es la tendencia a nivel internacional de ejecución de laudos que se encuentren bajo esta característica, por ejemplo, la posición jurisprudencial hasta la fecha nos demuestra la tendencia de jurisdicciones como la francesa, holandesa o estadounidense a no ejecutar estos laudos, mientras que la británica por el contrario, los ejecuta.

Debemos considerar entonces cuál será su posición cuando los laudos interfieran con el contenido de otras legislaciones o más aún, cuál será el procedimiento arbitral al estar en presencia de un laudo originalmente anulado en sede, pero que se quiere hacer valer en otra legislación.

A lo largo de este trabajo tomaremos en cuenta la importancia del procedimiento para la selección de la sede arbitral y distintos elementos del derecho comparado que nos permitan llegar a una conclusión.

2. LA SEDE ARBITRAL.

El concepto de sede arbitral algunos autores lo resumen como netamente jurídico, ya que el mismo señala el lugar pactado por las partes para que se lleve cabo el proceso arbitral; sin embargo, la calificación de “jurídico” se debe contrastar con su dimensión en la práctica, ya que esta elección no implica que todas las actuaciones arbitrales se deban realizar en ese lugar, al contrario, el tribunal arbitral podrá realizar, por ejemplo, diligencias en otros lugares ya sea a petición de las partes o por su propia iniciativa, si tiene facultades para hacerlo⁴.

⁴ 4, Miguel Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, (Madrid, 2007):11-112; Miguel Virgós Soriano, *Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958*,(2007); Thomas Clay, *La importancia de la sede de arbitraje en el arbitraje internacional: ¿Es todavía relevante?*, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, (Bogotá, 2007): 203

La importancia de la sede radica en el hecho de que la institución no es completamente autónoma, puesto que requiere de una necesaria interacción con los tribunales estatales de la vía ordinaria para la materialización de dos aspectos concretos: apoyo y control⁵.

En la actualidad, podemos afirmar la existencia de distintas corrientes doctrinarias que interpretan de diferentes maneras la terminología de lo que se define como sede arbitral, por ejemplo, tenemos a la teoría territorialista, que establece que “La idea subyacente de esta teoría es que el arbitraje encuentra en su sede el lazo que lo une a un ordenamiento jurídico interno, el cual le permitirá ser válido y al mismo tiempo efectivo⁶”.

Esta versión de la doctrina desarrolla que “Las partes, al elegir la sede arbitral, están asimismo eligiendo deliberada y principalmente la *lex fori* de ese país para aplicarla al procedimiento arbitral. Lo mismo puede decirse respecto de los tribunales nacionales de la sede⁷”.

Sin embargo, la teoría territorialista, tiene varios argumentos en contra, ya que algunos establecen que de ser excluyentemente cierto lo anterior, las partes seleccionarían un lugar como sede entonces, con el fin de someterse a los jueces nacionales y a la *lex fori* de ese lugar, y no necesariamente a los árbitros y al procedimiento arbitral que estas pactaron⁸, se debate entonces la intencionalidad con la que fue elegida una determinada sede.

Por este motivo, también se desarrollan teorías como la universalista, que establece que la importancia de la sede es poco más de la de un lugar que contenga la logística y las comodidades necesarias para llevar a cabo un proceso arbitral de manera eficiente y eficaz, para esta teoría, la sede arbitral no debe significar más que un lugar neutral, al que las partes de común acuerdo han llegado, pero que el mismo ha sido designado, no con el objeto de someterse a la voluntad de los

⁵ Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >> .

⁶ Diana Correa Angel “El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral”, *revist@ e- mercatoria*, vol 7 N° 2, (2008): 5,

⁷ Diego Mongrell González, <<La Ejecución de Laudos Anulados en el arbitraje comercial internacional>>, Lecciones y ensayos N°93, (2014): 149-180, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/la-ejecucion-de-laudos-anulados-en-el-arbitraje-comercial-internacional.pdf>

⁸ Mongrell González, <<La Ejecución de Laudos Anulados en el arbitraje comercial internacional >>: 152- 153.

tribunales nacionales de la vía ordinaria, sino de contar con el apoyo o ayuda de estos durante la realización del procedimiento arbitral de ser estrictamente necesario⁹, tal es el caso de la posible colaboración en práctica de notificaciones o para el procedimiento de ejecución forzosa.

En palabras de Matthieu De Boissésón: “La sede el arbitraje no crea lazos sustanciales con la controversia, e incluso, a veces, esta es acogida por encontrarse geográfica y jurídicamente por fuera con respecto al litigio mismo”.¹⁰

Podemos concluir entonces, a modo de enumeración de las consecuencias que implicaría la adopción de cualquiera de estas dos teorías, que de aplicar la visión territorialista de la sede arbitral, se tomará a esta como un equivalente a una especie de “jurisdicción municipal del foro”, asimismo, podemos asumir que la *lex fori* regula el convenio arbitral, y las formalidades del laudo, mientras que al hablar de la visión universalista, el hecho de concebir a la sede del arbitraje sólo como un vínculo jurídico, cuya elección realizada por las partes está motivada únicamente por factores de conveniencia, conlleva a entender que los poderes de los árbitros no derivan únicamente del estado que oficia como la sede del procedimiento arbitral, sino de la voluntad de las partes propiamente, así como de la totalidad de los ordenamientos jurídicos que reconocen la validez del convenio arbitral, y por ende, del laudo¹¹.

Se entiende que la decisión de la sede arbitral equivale, en algunas jurisdicciones, de forma equivalente a la selección de un foro doméstico, esto en razón de buscar aquella ley del lugar que gobierna el acuerdo de arbitraje, para evaluar cómo sería la composición del tribunal; el procedimiento; y la forma que tendría el laudo. Ahora bien, también existe una tendencia en Francia, que considera que la sede del arbitraje es elegida por motivos de conveniencia y el tribunal arbitral no tiene mayor conexión con los tribunales de esa sede, puesto que los árbitros no derivan sus poderes del estado, sino del acuerdo arbitral.¹²

⁹ Mongrell González, <<La Ejecución de Laudos Anulados en el arbitraje comercial internacional >>:153.

¹⁰ Matthieu De Boissésón, *La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje comercial internacional*, (Bogotá, 2007): 200.

¹¹ Mongrell González, <<La Ejecución de Laudos Anulados en el arbitraje comercial internacional >>: 157- 158

¹² José Ignacio García Cueto, Juan Soriano Llobera y Jaume Roig Hernando, *Reconocimiento Y Ejecución De Laudos Arbitrales Anulados En La Sede Del Arbitraje*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8 N° 1(Marzo 2016): 105.

Además, debemos analizarlo sin dejar de lado que uno de los mayores efectos al momento de elegir la sede arbitral es la determinación de los tribunales estatales, es decir, que hacen vida dentro de la vía ordinaria, que intervendrán en las funciones de apoyo y control. Estas tareas son la ejemplificación de la relación que debe tener la justicia estatal con la justicia arbitral, siempre con la finalidad de respetar los principios configurativos del arbitraje y que las partes puedan tener la mayor certeza sobre los posibles caminos en que pueden solicitar la intervención de los órganos estatales.¹³

Será la *lex arbitri* entonces, o ley de la sede, la llamada a definir los distintos recursos que podrán proceder en contra del laudo, determinando cuáles serán las causales que la hacen procedente y al tribunal competente, si existe algún límite temporal, consecuencias y posibles remedios¹⁴, una ejemplificación de esto es el recurso de nulidad que en muchos casos, se encuentra contemplado dentro de los reglamentos y legislaciones de diversos estados.

Lo anterior es menester analizar ya que la ley de la sede del arbitraje deberá ser tomada como el vínculo que sirve para determinar el sistema de referencia que se encarga de proporcionar el marco jurídico dentro del procedimiento arbitral y a las diversas autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre este, sea en su faceta positiva, entendida como la de asistir a los árbitros como jueces de apoyo, o en su faceta negativa, que comprende la anulación de laudos¹⁵.

3. EL LAUDO

La doctrina señala respecto al laudo que:

Cuando las partes designan árbitro/s se comprometen a someterse a su decisión lo que supone que asumen o admiten la obliga-

¹³ María Fernanda Vásquez Palma, *Coordinación del arbitraje y jurisdicciones especiales: una perspectiva latinoamericana*, (2010): 766-788.

¹⁴ Diana Correa Angel, <<El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral>>, Revista e-mercatoria. 7, 2 (2008): 5, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2046/1833>

¹⁵ Citado por Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional>>: Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and practice of International commercial arbitration* (Londres, 1999): 283-292; Eduardo Silva Romero, *Breves observaciones sobre la modernidad del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley española de arbitraje*, (2004): 12-14; José Fernández Rozas, *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*, (Lima, 2007): 43.

toriedad del fallo. Sin embargo, la decisión arbitral no produce, tan sólo, el efecto de la obligatoriedad de la resolución, sino que, además, a tal efecto se anuda el de producir cosa juzgada plena¹⁶.

Vale la pena acotar, que ni las leyes ni los distintos reglamentos de los centros han logrado ponerse de acuerdo al momento de definir y limitar al laudo.

La jurisdicción arbitral se caracteriza por su eficacia y rapidez, en teoría las partes confirman y se obligan a hacer cumplir lo que dicte el árbitro designado, ya que el mismo fue seleccionado para este rol por sus conocimientos y experiencias, por este motivo, la segunda instancia no está contemplada como una posibilidad real más que en los supuestos taxativos que señalan las leyes y reglamentos que permiten el recurso de nulidad en el arbitraje, por lo que, resulta muy difícil imaginar a un juez ejecutor, distinto al árbitro que dictó el laudo, fungiendo como una segunda instancia, en palabras de la doctrina: “El juez ejecutor no debe ni puede (dado el efecto de cosa juzgada que recae sobre la decisión arbitral) convertirse en una segunda instancia en la que se vuelva a conocer sobre el fondo”¹⁷.

Entendiendo la inapelabilidad como característica indudable de las decisiones en los procedimientos arbitrales, se destaca el procedimiento de nulidad como la única opción válida contra el laudo, sin embargo, esta vía es permitida bajo la existencia de supuestos muy particulares.

Podríamos entender, entonces, al laudo como anulado una vez se haya dictado este fallo dentro del proceso que conlleva este recurso, sin embargo, ¿esta nulidad de efectos tendrá validez ante los ojos de todas las legislaciones que se puedan ver involucradas?

La Convención de Nueva York establece obligaciones a los jueces del lugar en el que se pretende la ejecución del laudo, pero no sobre las cortes o tribunales de la sede del arbitraje (tomando esta como su jurisdicción principal)¹⁸. Lo anterior genera como resultado que los tribunales de la sede arbitral tengan una discreción amplia para disponer

¹⁶ Rosa Arrom, *La ejecución del laudo arbitral*, (1992):72.

¹⁷ Arrom, *La ejecución del laudo arbitral*, 72.

¹⁸ Horacio Andaluz Vegacenteno, ¿Retando el concepto de *validez*?. *La naturaleza jurídica del reconocimiento de laudos anulados*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (2014).

o no la anulación de un laudo, sin que las jurisdicciones de los estados de ejecución tengan rol alguno que jugar hasta aquí.¹⁹

El artículo V (1) de la Convención de Nueva York establece:

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Así mismo, el artículo 5 de la Convención de Panamá establece: “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución.”

Quiere decir entonces que en ambos instrumentos normativos se plantea la posibilidad de que los tribunales del lugar donde se quiera ejecutar el laudo puedan reconocer un laudo que fue anulado en sede.

3.1 La Ejecución y Anulación del laudo.

Sobre este punto existen varias interrogantes a recalcar, ¿Se puede pedir la ejecución del laudo si está pendiente la acción de nulidad o habiéndose anulado el laudo? La respuesta a este interrogante depende nuevamente de la *lex arbitri* del Estado de ejecución²⁰.

De acuerdo con el art. 35²¹ de la Ley Modelo Uncitral de 1985, todo laudo arbitral, sin importar el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y podrá ejecutarse, de conformidad con las disposiciones del párrafo 2) del artículo 35 y del artículo 36.

¹⁹ Citado por García Cueto, Soriano Llobera y Roig Hernando, *Reconocimiento Y Ejecución De Laudos Arbitrales*: J. Paulsson, *Laudos Anulados en el Lugar del Arbitraje*, en *La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y Perspectivas*, Naciones Unidas, Nueva York (1999): 25.

²⁰ Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional.>> .

²¹ Artículo 35 de la Ley Modelo Uncitral del año 1985: “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.”

Por su parte, el art. 36 de la citada norma dispone:

Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:
a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución [...]

V. que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo²².

La nulidad se constituye como un recurso extraordinario, de derecho estricto, en el que la actuación del tribunal competente se debe limitar a verificar la efectividad de las causales que sean alegadas en relación con los hechos en que se fundamenta, sin revisar el fondo de la controversia. Por medio de este recurso, se busca brindar estabilidad y certeza a la decisión dada por el árbitro.²³

En derecho comparado, podemos destacar el dictamen de la Corte Superior de Lima²⁴ cuando señala:

El recurso de anulación de laudo no es una instancia, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral, no debiendo perderse de vista que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción arbitral²⁵.

En cuanto a las motivaciones que puedan permitir la denegación de la ejecución del laudo, si la ley aplicable ha asumido, por ejemplo, el contenido de la Convención de Nueva York o la Ley Modelo Uncitral, podrá recoger entonces una serie de causales taxativas, las que pueden dividirse en dos grandes grupos: (i) aquellas que funcionan a instancia de parte, como lo son la invalidez del acuerdo arbitral, la violación del

²² Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >> .

²³ Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >> .

²⁴ Corte Superior de Justicia de Lima- Segunda Sala Civil con subespecialidad comercial de Lima. Exp. N° S 129-2016 / SNA-OSCE. Resolución N. 08 del 24 de octubre de 2022.

²⁵ Elina Mereminskaya, “El Camino se hace al andar: Recurso de Nulidad en la jurisprudencia latinoamericana”: 311

debido proceso, *ultra o extra petita*, irregularidades en la constitución del tribunal arbitral, el carácter no obligatorio que puede tener el laudo o la existencia de una solicitud de suspensión o anulación de este mismo; y en el otro lado, (ii) un grupo constituido por aquellas causales que proceden de oficio por el juez estatal, como la excepción de orden público y la falta de arbitrabilidad.²⁶

Además, la Convención de Nueva York permite al menos tres interpretaciones sobre aquellos artículos que versan sobre la nulidad de laudos y el reconocimiento de estos en el extranjero, la primera establece que se pierde todo efecto vinculante entre las partes²⁷; la segunda conforme a la teoría de la “ley más favorable” considera que si las normas del estado donde se solicite la ejecución son más permisivas o abiertas, bien se podría ejecutar el mismo²⁸; y la tercera establece efectos *erga omnes* a cualquier laudo que haya sido dictado en un arbitraje internacional y por ende considera que la sede del arbitraje se convierte en una entidad que ofrece cuál será la legislación rectora del procedimiento arbitral y, en caso de necesitarlo, del control de nulidad del laudo producto de ese proceso²⁹.

Conforme a esta última interpretación, la sentencia que establezca la nulidad del fallo arbitral en la jurisdicción primaria, no es un argumento suficiente para no permitir el reconocimiento de un laudo que ya tiene efectos jurídicos *erga omnes*³⁰.

Cuando hablamos de la acción de nulidad de un laudo, nos referimos a aquella iniciada por la parte en el procedimiento arbitral, realizada en la mayoría de los casos ante los tribunales judiciales que hagan vida en la jurisdicción ordinaria de la sede, siendo los únicos con competencia suficiente para conocer sobre la anulación de los laudos arbitrales dictados en su territorio.³¹ Con esta acción la parte vencida busca que se declare sin efectos el contenido dictado por el árbitro.

²⁶ Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >> .

²⁷ Peter Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 6 Neth. I.L.R., (1959):43-55.

²⁸ Andrea Jiménez y Yamila Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: Reconocimiento y ejecución de laudos anulados en sede extranjera. >> Forseti. Revista De Derecho, 2: 227-254, <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1207>.

²⁹ Jiménez y Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: ...>>231-232.

³⁰ Jiménez y Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: ...>>232.

³¹ Mongrell González, <<La Ejecución de Laudos Anulados en el arbitraje comercial internacional >>: 160.

En casos como la Ley Modelo, se contempla la posibilidad de anulación del laudo arbitral siempre que se cumpla con alguno de los supuestos taxativamente enunciados en sus artículos, buscando de esta forma, poder evitar la extensión por interpretación análoga que puede llegar a darse en diferentes supuestos.

Podemos recalcar cómo la Corte Suprema de México se pronunció al respecto:

Los laudos arbitrales sólo pueden ser anulados por la actualización o comprobación de los supuestos jurídicos que ahí se indican, se advierte que efectivamente tales causas de nulidad son limitativas, lo que implica que distintas hipótesis o incluso alguna análoga, no es posible considerar como causa o supuesto de procedencia para decretar la nulidad.³²

Al respecto, parte de la doctrina establece:

A todos repugna la representación de la posibilidad de ejecutar un laudo radicalmente contrario o simplemente contrario al orden público o, que verse sobre materias que no puedan ser objeto de arbitraje pensamos que la cuestión ha de ser muy meditada. Conceder al juez ejecutor la posibilidad de “revisar” lo juzgado por los árbitros atentaría a la propia esencia de la ejecución y de la institución arbitral³³.

Otros autores establecen:

El juez de la ejecución debería determinar si la base de la anulación del juez del lugar del arbitraje está en consonancia con las normas internacionales. En tal caso, se trata de una anulación estándar internacional y la sentencia no debe ejecutarse. Si la base de la anulación no está reconocida en la práctica internacional, o si depende de un criterio intolerable, el juez se encuentra frente a una anulación estándar local. En ese caso, debe desecharla y ejecutar la sentencia³⁴.

³² Citado por Elina Mereminskaya, “El Camino se hace al andar: Recurso de Nulidad en la jurisprudencia latinoamericana”: 311, *Expediente legislativo del departamento de Servicios Parlamentarios* N° 17593: 2.

³³ Rosa Arrom, “La ejecución del laudo arbitral”:72; Diego Mongrell Gonzalez, “La Ejecución de Laudos Anulados en el arbitraje comercial internacional”, (2014): 149-180.

³⁴ Jan Paulsson, *Laudos anulados en el lugar del arbitraje*. En: La ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York, Naciones Unidas, 2000: 26-27.

En cuanto al recurso de nulidad del laudo, es menester señalar que en ningún momento se está planteando la entrega a los tribunales estatales de una segunda instancia, de manera que no es posible siquiera discutir en ese foro cuestiones relativas a la valoración de la prueba o la interpretación de las normas jurídicas aplicables. Se trata más bien de realizar una fiscalización sobre el cumplimiento de determinadas garantías procesales sin entrar al fondo de las cuestiones que puedan ser resueltas por los árbitros, lo anterior como una forma de respetar el efecto negativo del contrato arbitral y la autonomía de las partes.³⁵

Sin embargo, un laudo que es anulado por el Estado de la sede podría ser ejecutado por otro Estado. En este particular, los tribunales de la vía ordinaria del Estado de ejecución tienen un conflicto, ya que deberán decidir a cuál decisión dar prioridad, si al laudo o a la sentencia que lo anula.

En los casos en que se plantea llegar a reconocer un laudo anulado en sede, se ha evaluado la aplicación del derecho más favorable, o que se estudie si la decisión de anulación del laudo contraría el orden público, se ha aceptado casi unánimemente que éste hace referencia no al orden público interno, sino al internacional³⁶. En la actualidad, el problema también es resultado que en este tema en particular no existe un criterio único, pues varias legislaciones tienen postulados distintos.³⁷

La jurisprudencia francesa ha planteado una postura formalista respecto a este tema, utilizando el favor *recognitionis*³⁸ como el único motivo para poder reconocer laudos arbitrales anulados en el país de la sede, descartando así una aproximación discrecional al artículo V de la Convención de Nueva York, siendo distinto a la postura de estados

³⁵ Citado por María Fernanda Vásquez Palma, “Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. Disquisiciones Sobre Este Doble Control. Causales De Nulidad Y Revisión De La Jurisprudencia Chilena”, Manuel Albaladejo, “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho; las normas debidas a aplicar”, (1990): 171-186.

³⁶ Javier Ochoa, *Reconocimiento de laudo arbitral extranjero*, en *Arbitraje comercial interno e internacional*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2005: 271.

³⁷ Citado por Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional>>: Horacio Andalúz Vegacenteno, *La puesta en duda del concepto de validez en el reconocimiento de laudos anulados*, (Chile, 2014): 585-607; José Ignacio García Cueto, *Laudos zombies: la necesaria unificación de los criterios sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje*, (2015):80-87.

³⁸ Sixto Sánchez Lorenzo, *Antisuit injunctions y reconocimiento de laudos abitrales anulados: una “liaison dangereuse”*, Estudios de Arbitraje, vol. II, n° 1, (2009): 15–27.

como Alemania o Países bajos, en los cuales prevalece lo establecido en el artículo VII de la mencionada Convención, aplicando el régimen más favorable siempre que sea solicitado a instancia de parte. Bajo esta tendencia, el laudo arbitral no pertenece a ningún sistema nacional en particular, ni tampoco en el de la jurisdicción primaria. De ahí viene que la anulación del laudo no implique su desaparición o ineficacia a nivel extraterritorial.

Entendiendo el favor *recognitionis* como el principio de la aplicación del régimen más favorable al reconocimiento, el mismo se manifiesta cuando la legislación interna del Estado requerido no contempla dentro de su ordenamiento la anulación del laudo por la jurisdicción extranjera, entendiéndolo como un obstáculo al reconocimiento y la ejecución de dicho laudo en tal foro.

A diferencia de la postura norteamericana al respecto, donde no existe una posición unánime jurisprudencial, ya que se han desarrollado diversas posturas, sin embrago, a modo general, para el reconocimiento del laudo que ha sido anulado en sede resulta bastante relevante el hecho de que el recurso de anulación esté sometido a un determinado tipo de acción estricta, que no puede vulnerar de facto la sumisión a la jurisdicción arbitral ni incorporar mecanismos de control al fondo. Es por este tipo de control que se observa un motivo de orden público para desconocer el efecto de la cosa juzgada sobre la decisión de anulación y justificar así el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo anulado³⁹.

Algunas sentencias relevantes al respecto son:

- *Chromalloy Aeroservices*:⁴⁰ La Corte del Distrito de Columbia confirmó un laudo arbitral que había sido anulado en Egipto con base en que el acuerdo de arbitraje impedía que las partes pudiesen apelar ante las cortes egipcias y, por lo tanto, el reconocimiento de la decisión de anulación de la corte egipcia sería contrario a la política favoreciendo un laudo final y vinculante en disputas comerciales, existente en los Estados Unidos.

³⁹ Citado por Sánchez Lorenzo, *Antisuit injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados*: Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, (2004): 301.

⁴⁰ Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, *Chromalloy Aero-services Inc. v. República Árabe de Egipto*, 939 F. Supp 907, 913.

Sobre la cláusula arbitral de ese contrato, que se podían aplicar las disposiciones y normativas locales sobre esa materia; que en este caso serían, leyes domésticas de arbitraje de los Estados Unidos: *Federal Arbitration Act*. Y por ese motivo sería aplicable el laudo que había sido declarado nulo según el derecho de Egipto como sede arbitral.

Este fallo creó un precedente dentro de las Cortes de los Estados Unidos de Norte América ya que se permite entonces cierta discrecionalidad respecto a la ejecución de laudos, conforme a lo establecido en el artículo V.1.e de la convención de Nueva York⁴¹.

- **Baker Marine Ltd. vs. Danos y Chevron (Nigeria.) Ltd.**⁴² Basadas en dos arbitrajes con sede en Lagos, Nigeria. El contrato y la cláusula arbitral se encontraban bajo la ley nigeriana, referidos al incumplimiento de un contrato de prestación de servicios. Los dos laudos dictados fueron anulados por los tribunales nigerianos. Baker Marine solicitó el reconocimiento en Nueva York, siendo negado por la corte distrital en un laudo confirmado por el Segundo Circuito. El tribunal lo rechazó ya que las partes habían pactado como ley aplicable la ley de Nigeria, y con base en que “El ‘propósito primordial’ de la FAA [*Federal Arbitration Act*] es ‘asegurar que los acuerdos privados para arbitrar sean ejecutados de acuerdo a sus términos.’”

Se deben tomar en cuenta tres elementos que analizó la corte para llegar a este fallo: **(i)** no se había pactado de expresamente una renuncia a recursos contra laudo, por lo que las partes quedaban sometidas a la posibilidad de anulación del laudo (de haber escogido a Nigeria como sede arbitral); **(ii)** a efectos de la corte, Baker Marine no había demostrado suficientes argumentos por las cuales la corte no debiera rechazar la ejecución de ese fallo tomando como base la nulidad emitida por los tribunales nigerianos; y **(iii)** la corte concluyó que lo establecido en el artículo V de la Convención de Nueva York no faculta a un determinado Estado a reconocer o no un laudo que haya sido dictado en el extranjero;

⁴¹ Jiménez y Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: ...>>242.

⁴² Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, Baker Marine Ltd. contra Chevron Corp, Danos y Curole Mante, 191 F.3d. 194 (1999).

todo lo contrario, se debe interpretar el referido artículo como el deber de reconocimiento de un laudo, a menos que se pruebe una de las causales de denegación para el reconocimiento y ejecución del laudo, establecidas en la misma convención⁴³.

- *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*⁴⁴: En este caso, la corte del circuito del Distrito de Columbia denegó la ejecución de un laudo anulado en su sede –en este caso, Colombia– dado que no habían indicios de que el fallo judicial extranjero estuviera “viciado”. La corte reconoció y estableció que un laudo anulado no es ejecutable a menos que esa anulación sea “repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente en los Estados Unidos”.

Si bien este caso nos demuestra cómo puede existir una clara oposición a lo establecido en el caso *Chromalloy*, sobre todo respecto del ejercicio de la discrecionalidad para poder reconocer laudos anulados. En este caso la Corte de Apelaciones repitió el segundo análisis adoptado por el caso *Baker Marine*, evidenciando una visión tradicional y bastante territorialista del arbitraje internacional⁴⁵.

- *Hilmarton Ltd. (UK) vs. Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV (France)*⁴⁶: la Corte de Casación francesa reconoció un laudo que había sido anulado en la Corte de Apelaciones de Ginebra, brindándole validez, el procedimiento arbitral originalmente se había llevado por el reclamo en el pago de comisiones pagadas en el contrato entre ambas partes para obtener concesiones en Argelia, El Tribunal Arbitral declaró fundada la demanda ya que se interpretó que el contrato infringía la legislación de Argelia, puesto que esta no permitía el uso y pago a intermediarios/ asesores en contratos públicos de construcción.

En Ginebra fue anulado el laudo, de conformidad con el ordenamiento jurídico Suizo, por considerar que la decisión había sido

⁴³ Jiménez y Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: ...>>243.

⁴⁴ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia; *TermoRio S.A E.S.P y Arrendamiento Co. Group LLC contra Electranta*, 487 F.3d 928 (2007).

⁴⁵ Jiménez y Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: ...>>244.

⁴⁶ *Hilmarton contra Omnium de Traitement et de Valorisation, OTV. Corte de Casación* (23 de marzo de 1994). XX Anuario de Arbitraje Comercial, YBCA, 663 (1995).

arbitraria. Pero luego, el demandante inició el reconocimiento y ejecución del laudo que había sido anulado en Francia, donde la Corte de Casación Francesa lo reconoce.

El argumento en este caso veros sobre el art. VII.1 de la CNY, ya que la parte que pretendía el reconocimiento del laudo podía fundarse en la ley francesa⁴⁷ y, se debía tomar en cuenta que, además, el laudo dictado con sede en Suiza era un laudo internacional, y por ende, que no debía estar integrado a un sistema legal de algún Estado en particular, por lo que se debía mantener su existencia aunque haya sido anulado en sede, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional.

Con base a los establecido en la Convención de Nueva York en su artículo VI⁴⁸ y en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) en su artículo 36.1, un laudo arbitral puede ejecutarse a pesar de la petición de nulidad de ese mismo laudo que se encuentre en el Estado sede, a esto se agrega que varios países se han basado en lo señalado dentro del artículo VII⁴⁹ de la Convención de Nueva York de 1958, para mantener a su derecho interno sobre lo que se establezca en textos internacionales, esto con la finalidad de ejecutar laudos anulados por los tribunales de la sede arbitral; vale la pena recalcar que además, se ha señalado que las causales para rechazar la ejecución de alguna sentencia de la vía ordinaria, son por lo general, las mismas que las establecidas para

⁴⁷ Jiménez y Reinides, <<Existe la vida después de la muerte?: ...>>246.

⁴⁸ Artículo VI de la Convención de NY: Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

⁴⁹ Artículo VII de la Convención de NY: 1. 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. 2. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos.

anular un laudo arbitral, de manera que no se justificaría un doble control en estos casos.⁵⁰

Si bien el arbitraje comercial debería entender como desnacionalizado, ya que uno de sus principios fundamentales es la deslocalización, no es menos cierto que no puede plantearse que un árbitro deba obediencia a ningún orden jurídico estatal, siendo esto una franca contradicción con la esencia del arbitraje en sí, en tanto no tiene *lex fori* o la obligación de hacer respetar la ley estatal.

La preocupación del árbitro se limita a velar por el respeto de la voluntad de las partes, la validez del arbitraje y la comunidad internacional, de manera que el tribunal arbitral resuelva un conflicto sobre un territorio, pero no en nombre de un Estado y de su sistema de justicia. A pesar de esta realidad y de la misma manera, el Estado sede no está desprovisto de todo valor, esto en virtud de dos aristas: (i) será la ley de ese Estado la que se encargará de reconocer la autonomía con que pueden actuar las partes, y (ii) por el control que debe ejercer.⁵¹

3.2 El orden Público Internacional como factor clave

Ahora bien, cuando nos enfocamos en el resguardo al orden público internacional, este control puede ser fácilmente realizado por el Estado de ejecución, suprimiendo esta etapa en el Estado sede. Recordando que no se justifica un doble control en particular, porque en ambos casos se atiende a lo mismo: orden público internacional.⁵²

En la actualidad prevalece la importancia de la expresión orden público internacional, sobre todo en lo que respecta a temas de arbitraje de inversión, para que una norma de interés social sea elevada a lo conocido como orden público internacional, tiene que tratarse de una noción básica de moralidad y de justicia del sistema jurídico relevante que no puede asimilarse a un país determinado sino al derecho transnacional.

⁵⁰ Citado por Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional>>: Fernando Mantilla Serrano, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*, (Colombia, 2009):15-40; Leonel Perez-nieto y James Graham, *La muerte programada del Estado sede del arbitraje*, (2006): 197-208.

⁵¹ Citado por Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional>>: Bruno Oppetit, *Teoría del arbitraje*, (Bogotá, 2006): 185-186.

⁵² Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >> .

Este concepto de orden público no puede ser concebido en interés de un solo Estado en particular sino de la comunidad en su conjunto.⁵³

Así lo señala la doctrina, al momento de evaluar derecho comparado, al decir que:

El auténtico orden público internacional permite disponer de todas las cualidades del arbitraje internacional limitando sus eventuales abusos, en tal sentido, sólo debiera utilizarse este motivo de anulación cuando la infracción del procedimiento o la conculcación del derecho se hayan producido en el desarrollo del proceso arbitral y no haya podido articularse por ninguno de los motivos anteriores.⁵⁴

A modo de conclusión sobre este aspecto, el orden público si representa un factor de crucial importancia para la determinación de una posible ejecución de un laudo, la doctrina señala lo siguiente:

Más allá de si la norma estuvo bien o mal aplicada, lo que interesa es si el resultado concreto al que conduce la ejecución del laudo viola efectivamente el orden público. No toda violación del orden público debe o puede ser sancionada, solo una violación grave y seria de los fines que persigue la ley podría ser sancionable⁵⁵.

3.3 Relación con el procedimiento arbitral

Al evaluar la posible ejecución de un laudo anulado en su sede en otro territorio, debemos obligarnos a evaluar cuál fue el motivo por el cual se declarado nulo en sede y bajo qué reglamento se dio

⁵³ Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >>.

⁵⁴ Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional. >> .Francesco Zappaláa, *Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional*, (2015): 1- 25; Manuel Vélez Fraga, Luis Gómez e Iglesias Rosón, *La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de justicia de Madrid*, (2016): 85-89; Jean-Baptiste Racine, *Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional, en El orden público y el arbitraje*, (Bogotá, 2015): 3-35.

⁵⁵ Citado por Vásquez Palma, <<Nulidad Y Ejecución Del Laudo En El Arbitraje Comercial Internacional>>: Charles Jarronsson, *La intensidad del control del orden público, en El orden público y el arbitraje*, (Bogotá, 2015). 165-181.

cumplimiento no solo al recurso de nulidad del laudo, si no cómo se llevó a cabo el proceso arbitral desde sus inicios.

El encargado de evaluar la posible ejecución de un laudo anulado en sede, deberá considerar también lo entendido como orden público internacional, y si este se ve violado a lo largo de la tramitación del proceso.

Si bien, no debe entenderse esta evaluación para ejecución como una posible segunda instancia de apreciación sobre el cumplimiento, o no, de principios generales globalizados del manejo del procedimiento arbitral, si debe distinguirse como puede afectar el orden público interno, arraigado a los criterios, leyes y costumbres del Estado sede; del orden público internacional cuando estamos ante casos donde convergen distintas legislaciones en un mismo caso.

Por ejemplo, en el caso 1420-2010 de la Corte de Apelaciones Chilena del 09 de octubre de 2012, reconoció la primacía del principio de autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje comercial internacional, esto al respecto de las irregularidades procesales y su análisis por parte del juez de sede o ejecutor, la corte dictó:

En el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, aparece de manifiesto el principio de autonomía de la voluntad. De ello resulta que las partes son libres de crear reglas del procedimiento al que ajustarán su actuación, con las limitaciones que al efecto la misma normativa consagra.⁵⁶

Afirmamos entonces, que la corte falló que las normas obligatorias del derecho procesal local no tenían por qué ser aplicadas en los arbitrajes comerciales internacionales. De esta manera no era necesario para un tribunal arbitral internacional aplicar las disposiciones que se encuentren dentro del código de Procedimiento Civil que sean relativas a la emisión de un auto de prueba, a la apertura de un periodo de conciliación entre las partes o a la citación, entre otras.

4. CONCLUSIONES

Se concluye entonces que, si bien el arbitraje se ha caracterizado históricamente por ser una vía de acceso a la justicia muy vanguardista, al día con los cambios y las adaptaciones que las sociedades

⁵⁶ Elina Mereminskaya, “El Camino se hace al andar: Recurso de Nulidad en la jurisprudencia latinoamericana”: 317

crean necesarias, no siempre se obtienen criterios unificados de aplicación respecto a la magnitud global que pueden tener las actuaciones del proceso arbitral, tal es el caso de ejecuciones de laudos extranjeros anulados en sede.

La unificación de criterios respecto al alcance e interpretación de la localización del arbitraje resulta un proceso complicado. En este sentido, pocos podrán estar en contra de que el reconocimiento de un laudo anulado por razones que vayan en contra de las nociones básicas de justicia y debido proceso debería ser una herramienta que se encuentre disponible para la parte agraviada. Pero en relación a esto, se deberá entonces, buscar desarrollar de una forma mucho más profunda las nociones de principios básicos como la honestidad, la justicia natural y las concepciones domésticas de orden público, las nociones básicas de justicia⁵⁷, entre otras.

No es un secreto que en la actualidad, muchos son los ordenamientos jurídicos que han adaptados sus cuerpos legales a instrumentos con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) o algunas otros instrumentos de *soft law*, sin embargo, dependerá de cada ordenamiento y de los criterios y principios aplicables por los jueces de la vía ordinaria los que permitirán la posible ejecución de un laudo anulado bajo el derecho de la sede, ya que serán estos quienes deberán analizar si creen que deba prevalecer su derecho interno sobre los lineamientos internacionales, así como el orden público internacional sobre el orden público interno.

Lo anterior se refuerza en la idea de la discrecionalidad para la ejecución o no de esta clase de laudos que pueda tener el árbitro del lugar de ejecución, ya que los instrumentos normativos a los que ha hecho referencia a lo largo de este artículo dejan suficientemente en claro la posibilidad de negar o no la ejecución de un laudo anulado en sede; sin embargo, no es menos cierto, que lo señalado se traduce en una suerte de limbo o de inseguridad jurídica para aquellas partes interesadas, ya que no existe un criterio certero que se haya mantenido en relación con este tema dentro de la jurisprudencia nacional e internacional.

⁵⁷ José Ignacio García Cueto, Juan Soriano Llobera y Jaume Roig Hernando, “Reconocimiento Y Ejecución De Laudos Arbitrales Anulados En La Sede Del Arbitraje” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016): 110.

Recalamos que esta evaluación de criterios hecha en la vía ordinaria, al ser la encargada de colaborar con la jurisdicción arbitral en cuanto a la ejecución de los laudos, no debe ser entendido como una instancia adicional que permita la revisión del proceso, ni mucho menos del fondo de cada caso, ya que no está en discusión el carácter inapelable de los laudos arbitrales, esta revisión se limita exclusivamente a considerar la existencia de criterios suficientes como para respetar el orden público internacional y el derecho interno propio del Estado ejecutor.

LA MEDIACIÓN EL ARTE DE RESOLVER LOS CONFLICTOS CON HABILIDAD Y ELEGANCIA



MARÍA PETZOLD-RODRÍGUEZ*

Resumen: La mediación es un arte, el arte de resolver los conflictos desde la consensualidad, que implica el diálogo constructivo y el respeto a las partes, el mediador que es un tercero neutral e imparcial llevará ese proceso buscando que las partes se comuniquen con eficacia y obtengan un buen acuerdo para ambas. El objetivo principal de este estudio es identificar y estudiar las habilidades que debe poseer un buen mediador y los principios más importantes que sustentan el proceso de mediación. Con respecto a las habilidades tenemos: la gestión positiva de los conflictos, el establecimiento de normas, las habilidades comunicativas, verbigracia, la escucha activa y el uso del silencio, el saber preguntar por parte del mediador, la creatividad, la empatía y el buen manejo de las emociones. Ahora bien, los principios que deben hallarse y vivirse en la mediación son: la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad, la confidencialidad y la buena fe.

Palabras claves: mediación, mediador, partes, habilidades, principios, conflictos.

* Abogada *Summa Cum Laude* de la Universidad del Zulia. *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil de la Universidad del Zulia. Doctora en Derecho de la Universidad del Zulia. Diploma de Estudios Avanzados (Maestría) en Derecho Político y Constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España). Diplomado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos de la Universidad Rafael Belloso Chacín. Diplomado en Mediación Familiar y Comunitaria de la Universidad de Sonora (México). Profesora Titular de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Investigadora adscrita a la Sección de Metodología Jurídica del Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Profesora en la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Secretaria Docente de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (2005 - 2008). Asesora Jurídica de REPROCA Inmobiliaria.

MEDIATION THE ART OF RESOLVING CONFLICTS WITH SKILL AND ELEGANCE

Abstract: Mediation is the art of resolving conflicts through consensus, which involves constructive dialogue and respect for the parties. The mediator, a neutral and impartial third party, guides this process, seeking effective communication and a favorable agreement for both parties. The main objective of this study is to identify and study the skills that a good mediator must possess and the most important principles that underpin the mediation process. Regarding skills, we have positive conflict management, establishing norms, communication skills, such as active listening and the use of silence, effective questioning by the mediator, creativity, empathy, and the ability to handle emotions well. Furthermore, the principles that must be present and practiced in mediation are voluntariness, neutrality, impartiality, confidentiality, and good faith.

Keywords: mediation, mediator, parties, skills, principles, conflicts.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando existe un conflicto las partes perciben que sus intereses son incompatibles, es como si ambas estuvieran en posiciones diferentes y necesitan ayuda para verlo desde una perspectiva más amplia, cambiar su visión de túnel y buscar el encuentro por medio del diálogo. La mediación es un arte, el mediador es un tercero neutral e imparcial que conduce a las partes por medio de técnicas de comunicación efectiva para que logren puntos de encuentros en sus conflictos de intereses y lleguen a un acuerdo logrado por ellas mismas y mutuamente aceptado y beneficioso para ambas, es un medio alternativo de resolución de conflicto que ha tenido éxito en campos como: familiar, comunitario, empresarial, educativo, internacional, político, penal, etc.; y que se diferencia de la negociación y el arbitraje.

Ahora bien, el objetivo principal de este estudio es identificar y estudiar las habilidades que debe poseer un buen mediador y los principios más importantes que sustentan el proceso de mediación, por ello, es necesario resolver los conflictos respetando a las partes preservando su dignidad y autonomía y al mismo tiempo propiciar la comunicación y la confianza entre ellas, validando las emociones que se presenten en el proceso a través de la aplicación de técnicas, estrategias y recursos

creativos de acuerdo a cada caso, en otras palabras resolver los conflictos con elegancia por medio de esta alternativa.

Existen muchas habilidades que un mediador profesional debe poseer, por ejemplo: la gestión positiva de los conflictos, que conlleva el enfoque desde una perspectiva transformativa y constructiva del conflicto, el establecimiento de normas, es decir, el mediador debe determinar claramente las reglas que se va a seguir durante el inicio del proceso y recordarlas si no son respetadas por las partes durante su desarrollo, las habilidades comunicativas tan esenciales en este método, verbigracia, la escucha activa y el uso del silencio, la maestría de saber preguntar por parte del mediador, que es una cualidad imprescindible en esta figura, que lleva a la exploración del conflicto, sus causas, los intereses, las posiciones y a la reflexión o meditación de las partes.

En cuanto a la creatividad, que es también una habilidad esencial en la solución del conflicto, en donde las partes generan recursos creativos y diferentes fuera de la caja para conseguir un acuerdo beneficioso para ambas. Ahora bien, en cuanto a destrezas o habilidades enfocadas más hacia la emocionalidad en este método, se halla la empatía, que conlleva colocarse en la posición del otro, el mediador hará procesos empáticos con las partes y procurará que hagan lo mismo entre ellas.

En otro aspecto de este artículo también estará referido a ciertos principios que deben encontrarse y vivirse en la mediación, y son los siguientes: la voluntariedad que en la mediación es el compromiso de las partes y mediador de continuar en el proceso mientras lo deseen, la neutralidad que significa que son las mismas partes quienes van a buscar la solución al conflicto y el mediador no debe involucrarse aportando la solución del caso, debe respetar a las partes, sus procesos y sus valores, en cuanto a la imparcialidad, ésta significa que las partes deben ser tratadas de la misma manera por parte del mediador, sin discriminación o preferencias, en la confidencialidad se requiere que nada lo que se diga en el proceso de mediación puede hacerse público y por último la buena fe de las partes dentro del proceso de mediación que conlleva un comportamiento fundamentado en la honestidad, veracidad, sinceridad, lealtad, respeto, etc.

Todas estas habilidades y principios indicados son trascendentales ya que contribuyen a que este método cumpla su función, por

ello, el mediador debe tener habilidades comunicativas, emocionales, relacionales y creativas para resolver los conflictos con elegancia y profesionalismo.

El desarrollo de este trabajo se realizó por medio de una investigación documental con el apoyo de diferentes autores y está estructurado de la siguiente manera: definición de mediación, habilidades de un buen mediador, principios de la mediación, la conclusión sobre el tema de estudio y las respectivas referencias de los autores citados en el desarrollo del artículo.

1. DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN

Moore define la mediación como “la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”¹.

Para quien escribe la mediación es un arte, es una habilidad que hay que utilizarla con elegancia, ya que el mediador que es un tercero neutral e imparcial llevará ese proceso con respeto hacia las partes, buscando que las partes se comuniquen con eficacia y la obtención de un buen acuerdo en todos o algunos aspectos que se estén discutiendo dentro del conflicto.

En ese sentido, para Pereira, Botana y Fernández la mediación:

...es un arte más que una técnica. El arte en su aplicación dependerá de nuestra sabiduría para aplicar una o varias técnicas, en el punto correcto y en el momento oportuno de acuerdo con el desarrollo del proceso de mediación, teniendo en cuenta nuestras propias características como mediadores.²

Según Whatling la mediación “... no es un suceso sino un proceso, un viaje, que empieza en algún sitio, continúa con pasos ciertos e

¹ Christopher W. Moore, *El proceso de mediación: Metodos prácticos para la resolución de conflictos* (Barcelona: Granica, 1995), 44.

² María del Carmen Pereira Pardo, Vanesa Botana Castro y Beatriz Fernández Muiños. *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica* (Madrid: Dykinson, 2013), edición en EPUB, cap. 2, 12.

identificables y termina en un lugar diferente”³, por ello el mediador es el guía de ese viaje que se inicia cuando las partes lo eligen como mediador y continua con ella si así lo desean hasta llegar a un buen puerto por medio del acuerdo.

La mediación se puede clasificar en función del tipo de conflicto del que proviene (laboral, penal, mercantil, civil, familiar, internacional, intercultural, etc.), en función del acuerdo alcanzado (total o parcial), en función del permiso de las partes para transmitir la información (cerrada, o abierta), en función del organismo que la promueve (pública, privada, intrajudicial, extrajudicial), e incluso podríamos hacer otra clasificación en función de la voluntad de las partes en voluntaria u obligatoria, aunque esta última, si no se limitara a derivar a una sesión informativa exclusivamente, no se podría entender como una auténtica mediación, puesto que el modelo de mediación que tratamos se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes siendo éste el primer eje de la mediación...⁴

Para Vidal y Llinás: “...el mediador es un profesional, gestor de conflictos ajenos, que utiliza técnicas cada vez más regladas, con límites precisos y acotados, y sometido a normas deontológicas que le vinculan”⁵.

Ahora bien, ¿qué significa resolver los conflictos con habilidad y elegancia en la mediación? El arte de resolver los conflictos desde un enfoque positivo basado en el respeto, la comprensión, la comunicación efectiva, la escucha activa, la creatividad, la empatía y el manejo adecuado de las emociones, esas habilidades que hacen que los conflictos sean solucionados desde la consensualidad que “implica un componente ético, que abarca el acuerdo o conformidad en la decisión tomada, que en principio debería estar basada en un beneficio para las partes

³ Tony Whatling, *Mediación, Habilidades y Estrategias. Una Guía Práctica*. 1era. (Madrid: Narcea Ediciones, 2017), edición en Kindle, cap. 1, 21.

⁴ Pereira, Botana y Fernández, *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, cap. 2, 19.

⁵ Antoni Vidal Teixidó y Rafael Llinás Salmerón, *Guía para el mediador profesional. Caja de herramientas y apuntes específicos sobre mediación mercantil y en la empresa familiar*. 1era. (Barcelona: Gedisa, 2016), edición en Kindle, cap. 1, pos. 355-360.

involucradas”⁶ y que envuelve el compromiso de un trabajo profesional del mediador sustentados en principios como: la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad, la confidencialidad y la buena fe.

Seguidamente serán analizadas las habilidades y principios de la mediación que hemos mencionado.

2. HABILIDADES DE UN BUEN MEDIADOR:

2.1. Saber gestionar positivamente los conflictos:

“La gestión o transformación positiva de los conflictos conlleva a desarrollar procesos en el marco de la paz, la justicia, el respeto y la aceptación por mejorar las relaciones a largo plazo y las actitudes entre las partes en conflicto...”⁷. La mediación es un medio alternativo de resolución de conflicto, es un mecanismo autocompositivo, es decir, “los sujetos activos de la composición son los propios individuos que se encuentran en conflicto”⁸, ya que recae la solución del conflicto en las partes con la intervención de ese tercero (el mediador) que conduce ese proceso, como ya hemos expresado *ut supra*, es por ello que la decisión consensuada por las partes garantizará una solución más duradera en el tiempo, ya que si el acuerdo fuera impuesto de manera coercitiva habría una gran probabilidad que el mismo no fuera respetado, ya que estaríamos trabajando sobre los efectos y no las causas del conflicto⁹. La mediación involucra una gestión positiva o constructiva de los conflictos, que conlleva diálogo, comunicación asertiva, compromiso y

⁶ María Petzold Rodríguez, «Algunas consideraciones sobre los principios que sustentan el proceso de mediación en los M.A.R.C.» (Conferencia en el III Congreso Internacional UAJ, Corporación Universitaria Antonio José de Sucre, 21 de septiembre de 2023), 6. También puede consultarse a María Petzold Rodríguez, «¿Qué es el principio de voluntariedad en la mediación?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 3 (Febrero 2023): 1-8, doi: https://www.canva.com/design/DAFdfTtE8QQ/LdoY-35q_6CpkNMpSu9yiqA/view?utm_content=DAFdfTtE8QQ&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

⁷ María Petzold Rodríguez, «¿Qué es la gestión positiva del conflicto?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 1 (Julio 2022): 7, doi: https://www.canva.com/design/DAFHEN53Pkk/pk_YoB-qFryPJJopWoENig/view?utm_content=DAFHEN53Pkk&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

⁸ Cátia Marques Cebola, *La mediación* (Madrid: Marcial Pons, 2013), edición en EPUB, cap. 1, 29.

⁹ María Petzold Rodríguez, «¿Qué es la gestión positiva del conflicto?», 7.

colaboración en la creación de soluciones adecuadas para ambas partes o un ganar-ganar.

2.2. Establecimiento de normas

El mediador en la premediación y luego en el inicio del proceso en la fase de la presentación y reglas de juego, explica las normas que se deben seguir, por ejemplo, respetar el turno para hablar y el tiempo establecido para ello, el compromiso de la confidencialidad de lo que se discute y la sinceridad de lo que se dice, etc.¹⁰. Las partes deben tener claro las reglas que se van a seguir dentro del proceso, esto permite al mediador en caso de incumplimiento de alguna de ellas encausar nuevamente la mediación recordando a las partes lo que se comprometieron a seguir al inicio, restableciendo de esta forma una buena comunicación y el respeto de todas las partes y el mediador.

2.3. Habilidades para la escucha

Unas de las habilidades más significativas que debe tener un buen profesional de la mediación, es el saber escuchar, pero no escuchar de cualquier manera, sino consciente y activamente, que lo comprometen a no juzgar a las partes, sino a comprenderlas y empatizar con ellas y buscar que las mismas lo hagan entre sí, reforzando al mismo tiempo los aspectos positivos que puedan tener o que desarrollen dentro del proceso y descubriendo las posiciones y los intereses subyacentes que se mueven dentro del conflicto, desbloqueando así las posturas inamovibles de las partes que están presentes en el caso. Otro aspecto de las habilidades para la escucha es el uso del silencio, el mediador genera espacios de silencio para que las partes puedan hablar de manera más reflexiva o meditativa. Para ello existen dos técnicas que analizaremos a continuación.

2.3.1. Escucha activa

El origen del término de escucha activa proviene del psicólogo Carl Rogers¹¹ quien la desarrolló como una forma de escuchar empática,

¹⁰ Juan Carlos Torrego (Coord), *Mediación de conflictos en instituciones educativas. Manual para la formación de mediadores*. 2da. (Madrid: Narcea Ediciones, 2001), mod. III.

¹¹ Carl Rogers y Richard Farson, Richard, *Active listening*. 1era. (Mockingbird Press, 2021), edición en Kindle.

respetuosa y conscientemente. “La escucha activa consiste tanto en oír el mensaje que se transmite como en comprenderlo”¹².

Torrego la define como:

...es la habilidad más potente, interesante y útil para mediar en cualquier conflicto.

Nos sirve para empatizar y comprender a las dos partes implicadas en el conflicto. Es muy útil para que las partes en conflicto se entiendan entre sí y para que vayan pasando de posiciones a necesidades.¹³

Para Hernández y Lesmes:

La escucha activa consiste en una forma de comunicación que transmite ideas claras sin irrumpir al receptor; se realiza con libertad teniendo en cuenta lo que piensa y sienten los demás; se demuestra cuán atento está una persona durante el diálogo, es el tipo de comunicación reflejado en las acciones del emisor, es decir, se escucha atentamente, analizando, razonando y comprendiendo la información que se está transmitiendo en la conversación de una o varias personas; se define también comunicación activa, cuando el emisor actúa coherentemente con la información dada en el diálogo, es decir, si la información... ...el receptor debe responder de acuerdo a la información que el emisor expuso... ...por ende, activa quiere decir atenta, comprendida y enfocada solo en la información que se transmite en la conversación.¹⁴

Torrego expresa las siguientes acciones para poner en práctica la escucha activa y son las siguientes: mostrar interés, parafrasear, reflejar, resumir. En la figura del mediador el mostrar interés se manifiesta en una atención real en la persona que habla, que se expresa, por ejemplo: con un lenguaje no verbal mirando a los ojos, o con afirmaciones con la cabeza y verbal con frases como: “¿puedes contarme

¹² Joseph Sorensen, *Escucha activa. Mejore sus habilidades de conversación, aprender técnicas de comunicación efectivas, lograr relaciones exitosas con 6 pautas esenciales* (2021), edición en Kindle, cap. 1, 6.

¹³ Torrego, *Mediación de conflictos en instituciones educativas...*, 75.

¹⁴ Karen Andrea Hernández Calderón y Anggy Karina Lesmes Silva, «La escucha activa como elemento necesario para el diálogo.» *Convicciones* 1, n° 9 (Enero / Junio 2018): 84, doi: file:///C:/Users/maria/Downloads/272-Texto%20del%20art%3%ADculo-564-1-10-20181028.pdf

más sobre esto?” En la clarificación como su nombre lo indica es hacer preguntas que podrían ser abiertas para hacer más claro o patente el mensaje, verbigracia, “¿y tú que hiciste en ese momento?” El parafraseo consiste en repetir en palabras propias las ideas más importantes que las partes han hablado, sirve para comprobar que se entendió el mensaje del emisor por parte de receptor, por ejemplo, “si he entendido bien lo que has dicho es”... El reflejar es en sentido estricto la escucha activa, consiste en decir con tus palabras los sentimientos que existen bajo las palabras del otro, ayuda al que habla que clarifique sus sentimientos, verbigracia, “te duele que no reconozca tu trabajo”. Y por último resumir es agrupar la información más importante tanto lo que se refiere a hechos como sentimientos, por ejemplo: “A comunicó a B la orden de compra y C no la ejecutó”¹⁵.

Hay otras habilidades específicas para escuchar con eficacia: la atención, evitar los desvíos, no juzgar, tener visión de conjunto, tomar en cuenta el contexto y la cultura, conectar con las emociones, enfrentarse en el sentido de mirar de frente a la persona que se habla, saber realizar retroalimentación, poseer un objetivo claro en la escucha y ver la escucha como una oportunidad de crecimiento, ponerse realmente en posición de escuchar al interlocutor, interrumpir mínimamente, etc.¹⁶

En conclusión, la escucha activa es aquella habilidad que debe tener el mediador *sine qua non* que conlleva la escucha consciente y plena del mensaje del interlocutor, que implica el respeto de las partes tanto de sus ideas como sus sentimientos, comprendiéndolas y empatizando con ellas y empleando diferentes acciones como: mostrar interés, parafrasear, reflejar, resumir, etc. y evitando otras como la emisión de juicios, críticas, consejos e interpretaciones, etc.

2.3.2. El uso del silencio

El silencio es una habilidad que puede ser empleada por el mediador para la reflexión de las partes y para que el mismo pueda observar el lenguaje no verbal de las mismas. Para Sorensen:

Los comunicadores hábiles son capaces de aprovechar el efecto del silencio para que hacer que los individuos hablen de temas

¹⁵ Torrego, *Mediación de conflictos en instituciones educativas...*, mod. III.

¹⁶ Sorensen, *Escucha activa*, cap. 2.

que de otro modo no estarían dispuestos a discutir. ... Esta herramienta puede permitir recoger información detallada mientras el interlocutor se dedica a rellenar las pausas de silencio. La atención debe centrarse en uno para lograr un estado de silencio atento.¹⁷

Para saber escuchar con eficacia se necesitan espacios de silencio, el silencio invita a la reflexión o meditación de las preguntas que puede realizar el mediador. El silencio también puede ser utilizado por las partes, allí el mediador debe respetar los silencios esperando que las partes se sientan en capacidad de expresar lo que deseen decir sin la presión del mediador para que hablen.

2.4. Habilidades para saber preguntar

El mediador realiza preguntas durante el proceso y esto es una habilidad muy valiosa y poderosa dentro del mismo, el preguntar es un arte, las preguntas facilitan la comunicación y el diálogo en la resolución de los conflictos, las mismas buscan la reflexión, la empatía, la clarificación y la búsqueda de soluciones, es fundamental elegir adecuadamente el tipo de pregunta y momento adecuado para hacerlas, en la mediación hay diferentes tipos de preguntas por ejemplo: preguntas abiertas, preguntas cerradas, preguntas circulares, preguntas estratégicas, preguntas reflexivas, etc. Para Whatling: “Las preguntas raramente son neutrales o carecen de valor. Inevitablemente reflejan una «meta-comunicación» que el encuestado tiene que deconstruir y entender, ya que contiene los valores profesionales y personales que el ha preguntado tiene respecto a él”¹⁸. Por ello, las interrogaciones nos permiten conocer el conflicto, sus causas, sus efectos y sus consecuencias, las posiciones, los intereses, valores y emociones que manejan las partes, las preguntas buscan soluciones creativas y procesos empáticos entre las partes. Un punto importante es el uso adecuado y ético de las preguntas por parte del mediador, las mismas no pueden utilizarse como una herramienta de manipulación o ser un elemento ofensivo o conflictual. El uso de las preguntas permite a las partes asumir su rol en la mediación para identificar, analizar y

¹⁷ *Ibidem*, cap.1, 14.

¹⁸ Whatling, *Mediación, habilidades y estrategias*, cap. 4, 62.

solucionar sus conflictos por ellas mismas con el acompañamiento del mediador por medio de los cuestionamientos de su figura.

2.5. Creatividad

En la fase de proponer soluciones en el proceso de mediación, el mediador debe alentar a las partes a ofrecer propuestas, esas ideas que las personas aportan pueden ser novedosas o creativas apartándose de lo convencional, pensando fuera de la caja, esto debe realizarse en un ambiente flexible, positivo, evitando las críticas y fomentando la construcción de nuevas respuestas que beneficien a ambas partes. Existen algunos métodos que permiten realizarlo, por ejemplo: la lluvia de ideas o brainstorming, el mapa mental, preguntas poderosas, construcción de una nueva narrativa, etc.

2.6. Empatía

La empatía es la capacidad de ponerse en la situación que la otra persona está pasando, la misma permite al mediador respetar los puntos de vista de las partes, sus sentimientos, sus necesidades y sus intereses, facilitando la comunicación y la cooperación de las partes para que logren el acuerdo. El mediador hace procesos empáticos con las partes y busca a través de preguntas que las partes lo hagan entre ellas, verbigracia, “¿cómo te sentirías si te hubiera pasado lo mismo?” “¿Qué habrías hecho tú en esa misma situación?”, las preguntas tienen como finalidad que las partes lleven un proceso reflexivo y empático entre ellas. Es importante destacar que el mediador puede comprender a las partes, pero eso no significa que esté de acuerdo con ellas.

La demostración de empatía para Whatling significa: “...buscar la capacidad de entender el mundo del otro, como si fuera posible ponerse en su piel, pero no intentar ser él”¹⁹. Para Sorensen: “...es el acto de ponerse mentalmente en la situación de otra persona. Esto puede ayudar a crear una conexión emocional entre el oyente y el interlocutor”²⁰.

El mediador debe ser empático que es una de las características de la escucha activa como ha sido mencionado primariamente, las partes se tienen que sentirse comprendidas y entendidas para que consecuentemente surja la confianza y avancen para conseguir el acuerdo.

¹⁹ *Ibidem*, cap. 1, 31.

²⁰ Sorensen, *Escucha activa*, cap. 4, 59.

2.7. El buen manejo de las emociones en la mediación

El manejar eficazmente las emociones es necesario en la mediación, las partes llegan cargadas de emociones negativas que no facilitan el enfoque del conflicto desde una perspectiva más amplia, la ira, la frustración, el resentimiento, la culpa, la rabia, etc. no les permiten buscar una solución satisfactoria, las partes muchas veces están enfrascadas en sus posiciones sin analizar lo que subyace debajo de ellas, como sus intereses, sus necesidades, sus creencias y sus valores, es por ello por lo que el mediador debe canalizar constructivamente esas emociones y validarlas y a través de una escucha activa, de la empatía, de la reformulación, del reencuadre, de la legitimación, etc. conseguir neutralizar el lenguaje y obtener una buena comunicación y buen acuerdo. Un punto importante es que el mediador también debe poseer inteligencia emocional entendida como “la capacidad de reconocer, comprender y gestionar tus propias emociones, así como las de los demás. Una persona emocionalmente inteligente es consciente de sí misma y tiene la capacidad de sintonizarse con los sentimientos de otras personas”²¹. El mediador nunca debe enfadarse o pelearse con las partes, ni tampoco debe tener una actitud impulsiva o agresiva, debe tener autocontrol, hablar asertivamente y hacer procesos empáticos. Si en algún momento el mediador estuviera a punto de perder el control una opción es suspender la sesión y pedir un receso hasta que el mediador se sienta más tranquilo o calmado.

3. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

3.1. La voluntariedad en la mediación

Las partes se encuentran en la mediación ya que desean libre y voluntariamente estar allí, las partes son las protagonistas dentro de este proceso, permanecerán en el mismo el tiempo que quieran, pudiendo abandonarlo si así lo determinaran en cualquier momento y no pasaría absolutamente nada, aunque lo ideal sería que finalizaran la mediación a través del acuerdo. En el caso de abandonarla el mediador felicitaría

²¹ James W. Williams, Inteligencia emocional. *La Transformación mental de 21 días. Para dominar sus emociones, mejorar sus habilidades sociales y lograr mejores y más felices relaciones* (2019), edición en Kindle, pos. 200.

a las partes por su colaboración e instaría a volver a la mediación si así lo desearan.

Para García el:

...hecho de que sea el mediador quien guíe y organice el proceso, o la necesaria suscripción del acuerdo en que las partes que desean someterse a mediación asumen unas reglas, no disminuye en modo alguno la autonomía de la voluntad de las partes, sino que sirve de garantía para el buen funcionamiento de la mediación. Finalmente, este principio ha de acompañar a las partes hasta la conclusión de la mediación, puesto que ha de extenderse necesariamente a la adopción o no de los acuerdos, afectando esencialmente a todo su contenido, esta es, precisamente, la diferencia fundamental con los procesos heterocompositivos. Por ello, entendemos que la libre decisión de las partes a la que se encuentra sometido el acuerdo de mediación, es la manifestación amplia del principio de voluntariedad, que ha de regir para toda la institución mediadora y sus efectos.²²

Ahora bien, el principio de voluntariedad se encuentra relacionado con el principio de la autodeterminación de las partes, es importante que las partes estén conscientes de las razones o motivos del desistiendo de la mediación, ya que en algunas oportunidades los abogados no creen o no valoran la misma y piden a sus clientes el cumplimiento de un simple requisito formal sin estimar el proceso y sus beneficios²³, empero, verbi-gracia, en las leyes norteamericanas Femenia señala que para:

salvaguardar el proceso de la imposición de algunos abogados que le indican a su cliente que se presente a la mediación, firme su comparecencia e inmediatamente se retire, algunos estados o jurisdicciones establecen que la parte atienda a la presentación

²² Leticia García Villaluenga, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n° 4 (2010): 726, doi: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>

²³ Petzold Rodríguez, «Algunas consideraciones sobre los principios que sustentan el proceso de mediación en los M.A.R.C.», 8. También puede consultarse a María Petzold Rodríguez, «¿Qué es el principio de voluntariedad en la mediación?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 3 (Febrero 2023): 1-8, doi: https://www.canva.com/design/DAFdfTtE8QQ/LdoY35q_6CpkNMpSu9yiqA/view?utm_content=DAFdfTtE8QQ&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

o discurso inicial del mediador, para que sea educada en el contenido del proceso al cual está renunciando.²⁴

Por ello, las partes no deben tener ninguna duda de lo “que están desistiendo antes de ejercer su derecho de no iniciar la mediación o no continuar en ella y no perder la oportunidad de entender en qué consiste realmente el proceso de mediación”²⁵.

En cuanto a la voluntariedad del mediador si el mismo considerara por ética profesional que el acuerdo que han conseguido las partes es desequilibrado, injusto, violatorio de derechos de orden público o que abarca materia que no puede ser objeto de transacción podría abandonar el proceso y no firmar el acuerdo²⁶.

García refiriéndose a la voluntariedad del mediador expresa:

...está claro que la voluntariedad del mediador ha de valorarse como esencial para su buena marcha, permitiéndosele dar por terminada la mediación, v. gr. en el momento en que aprecie la falta de la colaboración necesaria de alguna de las partes para continuarla, o cuando valore que no se dan las circunstancias idóneas para proseguir atendiendo a la finalidad y principios de la mediación.²⁷

En definitiva, la voluntariedad se confirma en el ejercicio de la permanencia por parte de las partes y mediador en la mediación y su finalización por medio del acuerdo obtenido por las partes.

3.2. La neutralidad en la mediación

La neutralidad es una habilidad muy interesante y retadora en los mediadores, la neutralidad se relaciona directamente con el rol pro-

²⁴ Nora Femenia, *Mediación familiar y ética: Teoría y casos prácticos*. (Creative Conflict Resolutions, 2013), edición en Kindle, cap. 8, pos. 530.

²⁵ Petzold Rodríguez, «Algunas consideraciones sobre los principios que sustentan el proceso de mediación en los M.A.R.C.», 9. También puede consultarse a María Petzold Rodríguez, «¿Qué es el principio de voluntariedad en la mediación?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 3 (Febrero 2023): 1-8, doi: https://www.canva.com/design/DAFdfTtE8QQ/LdoY35q_6CpkNMpSu9yiqA/view?utm_content=DAFdfTtE8QQ&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

²⁶ *Idem*.

²⁷ García Villaluenga, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», 726.

tagónico de las partes o su autonomía de la voluntad de las partes, las mismas partes deben llegar por ellas mismas a la solución del conflicto por medio del acuerdo, el mediador es simplemente es un facilitador, por eso muchas veces también es llamada negociación asistida, es quien dirige el proceso por medio de diversas destrezas, alguna de ellas las hemos mencionado anteriormente, como por ejemplo: la escucha activa, mensaje en primera persona, el uso de preguntas, etc. no impone la solución, no se involucra. “Hablar de neutralidad es hablar del respeto del mediador a lo que son y traen las partes y del lugar que el tercero ha de ocupar respecto del conflicto que presentan.”²⁸.

Y sigue la misma autora:

...la neutralidad no sólo viene vinculada al hecho de que el mediador no ha de imponer la solución del conflicto a las partes, sino, también, a que los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben constituir un obstáculo al proceso. El respeto a las partes en sentido amplio, que se extiende al de sus creencias, necesidades y circunstancias, es el que ha de guiar la actuación del mediador durante todo el proceso y, por supuesto, también el resultado final del mismo, ya que el mediador no debería intentar influir en el contenido de las decisiones que adopten las partes²⁹.

Whatling (2017) expresa sobre este punto:

Los mediadores deben permanecer neutrales en todo momento hasta el resultado final del proceso. Normalmente ayudarán a los participantes a identificar y explorar las opciones disponibles y su viabilidad, y cuando sea conveniente, les facilitarán información, pero no consejo, sobre lo que las partes desean saber³⁰.

Es importante destacar que nunca se puede hablar de una neutralidad absoluta ya que la influencia del mediador siempre va a existir, lo que se establece son límites a esa influencia, en otras palabras, las partes tienen el rol principal o protagónico en la decisión a tomar, el mediador simplemente actúa como un guía. La consensualidad en la mediación es un rasgo característico en ella, presente también en todos

²⁸ *Ibidem*, 730.

²⁹ *Ibidem*, 732.

³⁰ Whatling, *Mediación, habilidades y estrategias*, cap. 1, 20.

los medios alternos de resolución de conflicto, entendida ésta como el diálogo o la comunicación asertiva, un estilo de enfrentamiento de los conflictos desde el compromiso y la colaboración, que conlleva un paradigma desde una gestión o transformación del conflicto hacia la oportunidad y en búsqueda de decisiones equilibradas de un ganar-ganar en contraposición de un estilo de enfrentamiento del conflicto partiendo desde la competitividad de un ganar-perder.

Otra arista acerca de la habilidad de la neutralidad del mediador es su componente ético a la pregunta ¿es correcto firmar cualquier tipo de acuerdo ya que lo prioritario es la autonomía a la voluntad de las partes? La respuesta es no, “...los mediadores no serán neutrales en casos de desequilibrios significativos en las posiciones de fuerza o asuntos de seguridad (abuso infantil, violencia de género, amenazas de violencia o intimidación)”³¹. Por ética profesional el mediador debe expresar diáfano a las partes que el acuerdo que se firma es perjudicial o desequilibrado o incluso nulo legalmente, si las partes aun así lo firman el mediador puede negarse a avalarlo e incluso renunciar a la mediación expresando así su discordancia con el mismo. Por ello, insiste el mismo autor refiriéndose a los mediadores: “...deberían recibir formación para gestionar adecuadamente este tipo de temas y actuar conforme a la legalidad, incluyendo, si es necesario, la terminación segura del proceso y la participación eventual de las autoridades competentes”³².

3.3. Imparcialidad en la mediación

El mediador debe tratar a las partes de manera igualitaria, equitativa o justa, el mediador de ninguna forma puede crear alianzas, preferencias, favoritismos o discriminaciones con una de las partes y esto se exterioriza por ejemplo: en el número de reuniones privadas o *caucus*, si el mediador realiza una reunión privada con una parte debe hacerlo con la otra independientemente que la solicite o no, en el tiempo de las intervenciones de las partes, que debe ser igual, las retroalimentaciones positivas del mediador debe darse para ambas partes en desarrollo del proceso, etc. El mediador debe ser muy cuidadoso en no abrir posibles

³¹ *Ibidem*, cap. 1, 20-21.

³² *Ibidem*, cap. 1, 21.

percepciones equivocadas de las partes sobre la falta de equilibrio de su figura como mentor de ese proceso y estar consciente y atento de sus actuaciones, verbigracia: en el uso del lenguaje que utiliza, sus afirmaciones y sus gestos, debe procurar utilizar un lenguaje lo más neutral posible para evitar malas interpretaciones de las partes.³³

García opina que el: "...carácter del principio de imparcialidad viene íntimamente vinculado a la obligación del mediador de garantizar el equilibrio de las partes y el derecho fundamental de éstas a la igualdad a lo largo de todo el proceso"³⁴. Para Femenia la imparcialidad significa: "... no tener favoritismo o tendencia, ya sea por palabras o hechos, hacia un lado y sostener un compromiso de servir a todas las partes y al mismo proceso, en vez de servir los intereses de una sola de las partes"³⁵.

En el caso de la Ley española 5/2012, 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en referencia a este principio: "Se considera circunstancias que pueden afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses, en todo caso.

- a) Todo tipo de relación personal contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En estos casos el mediador podrá aceptar continuar la mediación solo cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a largo de todo el procedimiento.³⁶

³³ Petzold Rodríguez, «Algunas consideraciones sobre los principios que sustentan el proceso de mediación en los M.A.R.C.», 11-12. También puede consultarse a María Petzold Rodríguez, «¿Qué es el principio de voluntariedad en la mediación?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 3 (Febrero 2023): 1-8, doi: https://www.canva.com/design/DAFdfTtE8QQ/LdoY35q_6CpkNMpSu9yiqA/view?utm_content=DAFdfTtE8QQ&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

³⁴ García Villaluenga, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», 727.

³⁵ Femenia, *Mediación familiar y ética: Teoría y casos prácticos*, cap. 8, pos. 522-523.

³⁶ Pereira, Botana y Fernández, *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, cap. 2, 44.

La imparcialidad del mediador es imprescindible, genera la confianza en las partes y un acuerdo equilibrado y justo. Las partes tienen el derecho de expresar al mediador su disconformidad por la falta de equilibrio o justicia dentro del proceso si así lo consideraran, si la actuación del mediador no es corregida o aclarada podrían solicitar el cambio de este.

3.4. Confidencialidad en la mediación:

La confidencialidad en la mediación significa que ni el mediador ni las partes pueden comentar nada de lo que se discuta dentro del proceso fuera del mismo “...teniendo como excepción de este principio que las partes lo autoricen, es decir, salvo acuerdo contrario de las partes o que se viole la ley si se respetara el acuerdo de confidencialidad”³⁷. En los procesos de mediación se firma el acuerdo de confidencialidad por escrito y al inicio, específicamente en el discurso de apertura, algunos mediadores lo realizan verbalmente, nuestra recomendación es que siempre se realice por escrito y al comienzo de la mediación y no al final, este acuerdo lo firman los mediadores y las partes.

El principio de confidencialidad es esencial en la mediación, garantiza que las partes puedan hablar con confianza del conflicto que se discute y que el mediador y las partes puedan indagar y conocer lo que subyace en sus posiciones, como serían sus intereses, necesidades y valores, que, en muchas ocasiones, no son solo materiales sino inmateriales también.³⁸

García analiza un punto interesante:

Ciertamente, si el principio de voluntariedad implica que en cualquier momento del proceso las partes pueden desistir del mismo, quedando abierto el acceso a la vía jurisdiccional, se ha de garantizar que el tercero que interviene en dicho proceso guarde secreto sobre los hechos y circunstancias que le han sido en él

³⁷ Petzold Rodríguez, «Algunas consideraciones sobre los principios que sustentan el proceso de mediación en los M.A.R.C.», 12. También puede consultarse a María Petzold Rodríguez, «¿Qué es el principio de voluntariedad en la mediación?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 3 (Febrero 2023): 1-8, doi: https://www.canva.com/design/DAFdfTtE8QQ/LdoY35q_6CpkNMpSu9yiqA/view?utm_content=DAFdfTtE8QQ&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

³⁸ *Ibidem*, 13.

confiados, no pudiendo ser llamado a declarar como testigo en el juicio, así como que las partes no puedan utilizar en un posterior proceso judicial los hechos reconocidos a lo largo de la mediación.³⁹

La confidencialidad permite a las partes hablar con sinceridad y libertad en el proceso como hemos indicado *ut supra*, las palabras que se digan en el mismo no podrán ser utilizadas en la jurisdicción ordinaria civil, mercantil o arbitral. Este principio posee excepciones, como, verbigracia, violación de la ley o el orden público, abuso de niños o niñas o adolescentes o ancianos⁴⁰.

3.5. La buena fe en la mediación

La buena fe es un principio jurídico (*bona fides*) pero también es un principio ético, que conlleva que las actuaciones de las partes se basen en honestidad, veracidad, sinceridad, lealtad, respeto, comprensión y compromiso, sin engañar, ocultar o perjudicar a alguien. La buena fe es necesaria en la mediación, como hemos dicho, el mediador buscará generar confianza entre las partes y las mismas deben estar en la mediación voluntariamente comprometiéndose a dialogar de forma constructiva, aportando la información relevante en el caso y respetando las normas dadas en el discurso de apertura. En principio las partes están en el proceso de mediación fundamentadas en la buena fe, porque quieren estar allí, por ello, conductas que reflejen falta de ética, deslealtad, artimañas o triquiñuelas en el desarrollo del proceso y consecuentemente afecte a este principio de *bona fides*, por ejemplo, mentir, insultar a la otra parte o al mediador, sabotear el proceso, tener comportamientos desafiantes o utilizar la mediación como una estrategia dilatoria o de presión son inaceptables, para ello el mediador debe estar dotado de los recursos necesarios para implementar las acciones que crea convenientes.

³⁹ García Villalunga, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», 733-734.

⁴⁰ Petzold Rodríguez, «Algunas consideraciones sobre los principios que sustentan el proceso de mediación en los M.A.R.C.», 13. También puede consultarse a María Petzold Rodríguez, «¿Qué es el principio de voluntariedad en la mediación?», *Boletín de Medios Alternos de Resolución de Conflicto*, N° 3 (Febrero 2023): 1-8, doi: https://www.canva.com/design/DAFdfTtE8QQ/LdoY35q_6CpkNMpSu9yiqA/view?utm_content=DAFdfTtE8QQ&utm_campaign=designshare&utm_medium=link&utm_source=publishsharelink

tes para encausar la mediación si es lo beneficioso o la suspensión del proceso sino se corrige el comportamiento bien sea temporal o definitivamente. La buena fe conlleva la búsqueda del establecimiento de un acuerdo beneficio para ambas partes, que fortalece su cumplimiento y su durabilidad.

CONCLUSIONES

Los conflictos son inherentes a la realidad humana, los seres humanos tenemos una cosmovisión diferente de la vida y esto genera conflictos, ahora bien, las estructuras direccionales basadas en la verticalidad son cada vez más escasas, en consecuencia, las directrices desde la horizontalidad se hacen cada vez más presentes, lo que conlleva sin solución de continuidad, el empleo de una gestión constructiva o transformativa de los conflictos que permiten solucionarlos desde el diálogo y la comunicación efectiva, por ello, una de las formas de hacerlo desde este enfoque es por medio del proceso de mediación, la mediación es el arte de resolver los conflictos con habilidad y elegancia, la mediación respeta a las partes, su dignidad, su autonomía, promueve la comprensión y el compromiso, busca que el acuerdo logrado por las partes este fundamentado en un ganar-ganar y que por lo tanto sus intereses sean cubiertos al menos parcialmente.

Entonces, en conclusión podemos indicar que una de las habilidades y principios que desarrollan su esencia son los siguientes: el mediador debe guiar el proceso con destrezas comunicacionales que implican el establecimiento de normas que conduzcan el proceso y que permitan a las partes conocer que está permitido o no hacer en la mediación, una escucha atenta y consciente entendida ésta como escucha activa, el uso adecuado del silencio por parte del mediador, dejando a las partes la posibilidad de la reflexión y la meditación ante los hechos, el mediador debe saber estar en silencio y observar el lenguaje verbal y no verbal de las partes, otro punto importante en la comunicación en el proceso, es el saber hacer las preguntas adecuadas en el momento propicio por parte del mediador, el preguntar es un arte, las preguntas facilitan la comunicación y la resolución de los conflictos, es una herramienta muy poderosa en la mediación.

En cuanto a la creatividad en la solución de los conflictos que implica la búsqueda de pensamientos divergentes, para la obtención de una solución satisfactoria para ambas partes que conlleve la satisfacción de sus intereses. Asimismo, habilidades como la empatía y manejo adecuado de las emociones contribuyen a que las partes puedan comprenderse y poder hablar desde la asertividad validando sus emociones.

Ahora bien, la mediación también se sustenta en principios como: la voluntariedad, las partes y el mediador están en el proceso de mediación porque libre y voluntariamente así lo quieren, pudiendo abandonarlo si así lo desearan y no pasaría absolutamente nada.

El principio de neutralidad se cimienta en el rol protagónico o la autonomía de la voluntad de las partes que deben llegar por sí mismas a la solución del conflicto a través del acuerdo, el mediador no impone la solución, no se involucra, empero, por ética profesional el mediador debe advertir claramente que el acuerdo que han llegado las mismas es perjudicial o desequilibrado o incluso nulo legalmente, por ello, si las partes firman el acuerdo el mediador podría negarse a hacerlo e incluso renunciar a la mediación.

El principio de imparcialidad en el proceso de mediación es imprescindible, el mismo genera confianza en los participantes y acuerdos equilibrados, en la mediación las partes deben ser tratadas de manera igualitaria, equitativa o justa, no deben existir alianzas, preferencias, favoritismos o discriminaciones, lo que conlleva que el mediador debe estar muy atento a sus actuaciones, a su lenguaje verbal o no verbal para no abrir posibilidades de percepciones desacertadas por parte de las partes.

La confidencialidad como principio debe ser respetado tanto por el mediador como por las partes, la confidencialidad significa que no se puede expresar nada de lo que se diga durante el proceso de mediación fuera del mismo y para ello se firma un acuerdo de confidencialidad, teniendo como excepción que las partes lo autoricen, o que se viole la ley si se respetara dicho acuerdo.

Por último, tenemos el principio de buena fe o *bona fides*, que es un principio jurídico y ético, que conlleva que las actuaciones de las partes estén fundamentadas en la honestidad, veracidad, sinceridad, lealtad, respeto, comprensión y compromiso.

Una vez analizadas algunas habilidades y principios considerados más importantes que resguardan el proceso de mediación se concluye que los mismos son necesarios en la mediación, esa resolución de los conflictos por medio de un tercero es un arte que requiere habilidad y elegancia envuelve técnicas, estrategias, profesionalismo, pero especialmente una vocación de servicio que se realiza con paciencia y empatía adaptándose a las necesidades de las partes por medio del diálogo y la cooperación.

CONSIDERACIONES SOBRE LA MEDIACIÓN EN VENEZUELA: COMENTARIOS DESDE EL DERECHO COMPARADO



SEBASTIAN ZABALETA*

Resumen: La mediación es un método autocompositivo emergente, de vasta trascendencia jurídica y social que contribuye a alcanzar la paz social. Es por ello que este artículo pretende analizar el uso de la mediación como un medio no adversarial en la resolución de controversias, partiendo de su génesis legal en el foro, en antagonismo con la arraigada cultura litigiosa venezolana, mientras cavilamos respecto a sus avances en la doctrina comparada.

Palabras clave: Mediación, Sistema Judicial, Derecho Comparado, Justicia Alternativa.

CONSIDERATIONS ON MEDIATION IN VENEZUELA: COMMENTS FROM COMPARATIVE LAW

Abstract: Mediation is an emerging self-compositive method of vast legal and social transcendence that contributes to achieve social peace. Therefore, this article intends to analyze the use of mediation as a non-adversarial method of dispute resolution, starting from its legal genesis in the forum, in antagonism with the deep-rooted Venezuelan litigious culture, while we reflect on its advances in comparative doctrine.

Keywords: Mediation, Judiciary System, Compared Law, Alternative Justice.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo entero la mediación se ha venido desarrollando, en distintas épocas y momentos clave, su impulso ha sido justificado por la

* Sebastian Zabaleta es abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, Abogado en Consultores Jurídicos: Ayala, Dillon, Fernández & Chavero y Asistente de Investigación del Centro para la Integración y el Derecho Público.

naturaleza humana y por la necesidad de generar un desahogo en la justicia tradicional. Aunque el futuro de la mediación sigue siendo incierto, no es menos cierto que, tal como expondremos a lo largo de este artículo, ha resultado ser un medio alternativo con un impacto significativo.

Las líneas que siguen son el fruto de un trabajo de reflexión que consistió en analizar las razones por las que la mediación funciona en otros países y que tal vez puedan ser un marco de referencia para su aplicación a nivel nacional. Ciertamente es que aún existen muchos debates por resolver, no obstante, en el presente trabajo se podrán apreciar las razones principales que permiten que la mediación sea eficaz en otros países.

De esa manera, serán recorridos algunos de los antecedentes históricos que acompañan a este medio alternativo, para adentrarnos en un somero análisis, con el propósito de observar la regulación venezolana y las regulaciones internacionales en la materia, lo cual pondrá de manifiesto las diferencias más significativas que distancian la mediación en Venezuela de la de otros países.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO UN MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

a. Antecedentes Históricos de la Mediación como Ápice de su Naturaleza Jurídica

El origen histórico de la mediación se remonta al inicio de la historia de la humanidad, ya que resulta tan de vieja data como lo es el conflicto, inherente al ser humano debido a su complejidad; una simbiosis propia del hombre como ser gregario, por supuesto, siempre buscando responder ante el conflicto bajo la premisa: "...el uso de la razón por encima del uso de la fuerza..."¹.

Así, desde sus inicios, la mediación se erige como el arte de promover puntos de consenso entre dos partes en conflicto, donde esas dos partes deciden confiar en la asistencia de un tercero para encontrar los puntos en los que sea posible lograr un acuerdo y poner fin a la

¹ María Boqué, *Cultura de mediación y cambio social*, (Gedisa: Barcelona, 2003), 19.

controversia. Generando entonces un método de resolución de conflictos que sustentado en el mutuo acuerdo, puede generar una solución sin necesidad de emplear una representación adversarial.

La historia de la mediación puede ser rastreada a la antigua Roma, cuando un gobernador sumerio pudo evitar una guerra por el litigio de unos territorios al emplear la mediación², así como en la cultura china, específicamente en la doctrina confucionista, lo cual perdura hasta la actualidad³.

La mediación continuó manifestándose en la cultura occidental, lo cual puede verse reflejado en las tradiciones de los primeros cristianos, la iglesia católica, los cuáqueros y otros⁴. Tal es el caso de los Estados Unidos, pues los primeros cuáqueros promovieron tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales, sin recurrir al litigio⁵. Pero los más conocidos en el país americano provienen de los procedimientos de resolución de conflictos originados durante la revolución industrial; de manera que, para finales de la década de los sesenta la sociedad estadounidense consolidó un gran interés por las formas alternativas de resolución de conflictos, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales⁶.

Ahora bien, para Martínez de Murguía⁷, la mediación tiene una presencia muy importante en el sistema legal de los Estados Unidos y sus tribunales de justicia, tanto en el plano local como estatal, recurriendo cotidianamente a la mediación o al arbitraje como paso previo al juicio. En ese sentido, *The Civil Justice Reform Act*, aprobada por el Congreso en 1990, instó a cada juzgado de distrito a que diseñara planes para

² Gema Vallejo Pérez, *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos En Derecho Romano: Especial Referencia a La Mediación*, (Dykinson: Madrid, 2018), 16.

³ Mauricio Rios Lagos, “La Mediación en China Continental: Orígenes y Regulación Actual”, *Ars Boni Et Aequi*, No. 2, (2018): 87-111.

⁴ María Isabel Viana, “La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas”, (trabajo de grado, Universidad de Valencia, 2011) 23-49, disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/24577>.

⁵ Los cuáqueros son un movimiento protestante a la iglesia católica que promueven y defienden la justicia, la vida sencilla y el pacifismo.

⁶ Mauro Cappelletti, “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, en *The Modern Law Review*, Vol. 56 (1993): 282–296.

⁷ B. Martínez de Murguía, *Mediación y Resolución de Conflictos. Una guía introductoria*, (Paidós: México, 1999), 160-161.

introducir los medios alternativos con el fin de promoverlos, hecho que incluso influyó en otros ámbitos como el Derecho Administrativo mediante la aprobación de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990⁸. Es así como las prenombradas normas constituyeron un estímulo para que se insertaran en el sistema judicial americano hasta la actualidad, puesto que mediante la promulgación de la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1996 los tribunales federales de distrito se encontraban obligados a incluir un programa de medios alternativos de resolución de conflictos, al servicio de los ciudadanos.

Por su lado, en Europa la proliferación de un movimiento semejante al estadounidense resultaba, en su momento, compleja por diversas razones⁹: (i) el peso de la tradición a favor de la justicia ordinaria, (ii) el mito de la unidad de jurisdicción, que puede verse erosionada por la existencia de otros medios que atentan contra el monopolio de los jueces de la República, y (iii) la arraigada cultura adversarial en los sistemas de *civil law*. Con la excepción de la experiencia inglesa, que por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos¹⁰ ha acogido con mayor intensidad los medios alternativos de resolución de conflictos.

Es así como la mediación no ha dejado de penetrar en los sistemas de justicia alrededor del mundo, llegando cada vez a un mayor número de países y expandiendo sus ámbitos de aplicación, cubriendo en la actualidad todos aquellos ámbitos de interrelación humana donde exista espacio para el conflicto, como en aspectos familiares, laborales, empresariales, educativos, organizacionales, comunitarios, políticos, judiciales, extrajudiciales, internacionales y sanitarios.

En consecuencia, la naturaleza de la mediación se sustenta en el mutuo acuerdo de las partes que deciden resolver su disputa con la asistencia de un tercero. Si bien podría decirse que su consagración en textos positivos, junto con la promoción de la mediación por medio de instancias obligatorias en sede judicial, implica una suerte de manifestación

⁸ Administrative Dispute Resolution Act de 1990, de 15 de noviembre de 1990.

⁹ Para ahondar más al respecto sugerimos a: Blankenburg y Taniguchi, “Informal Alternatives to and within Formal Procedures”, en *Justice and Efficiency: General Reports and Discussions*, (Boston: Kluwer Law and Taxation, 1989).

¹⁰ Carolina Macho, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVII* (Ministerio de Justicia de España: 2014), 963.

de la jurisdicción estatal, aunque al ser un medio autocompositivo nunca debe desconocerse su origen consensual¹¹.

b. Aproximación conceptual

Habida cuenta del desarrollo histórico de la mediación y su naturaleza jurídica nos corresponde ahora analizar su concepción teórica, características y sus elementos distintivos como medio alternativo de resolución de conflictos.

Para ello, es importante mencionar la definición de la mediación de John Haynes, según la cual:

...la mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo de estas resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas...¹²

De esta manera, la mediación se distingue de los medios adversariales por su búsqueda de la preservación de la relación entre las partes, así como por crear un foro para la toma de decisiones resolutorias donde no se superponen los intereses de una parte sobre la otra.

La mediación sustituye el tradicional “gana-perder” en las disputas por un “ganar-ganar”¹³, presentando como ventajas la celeridad y una reducción sustancial de los costos en la resolución del conflicto¹⁴. Es por esto que la mediación se perfila en la actualidad como un medio de resolución de conflictos que permite no solo ponerle fin a una determinada disputa mediante el consenso de las partes involucradas, sino también precluir el mecanismo jurisdiccional, bien sea en su fase de

¹¹ María Cristina Di Prieto, *Autocomposición. Modos y Métodos de Superación de Conflictos. Conciliación*, Anuario del CIJS (Córdoba: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2023). La autora entiende por autocomposición a la pacífica y directa solución de las controversias que consiste en la subordinación, recíproca o unilateral del interés de cada una o una sola de las partes del litigio, al de la otra que está en conflicto y, no a la imposición de una decisión de un tercero frente a ellas.

¹² John M. Haynes, *Fundamentos de la Mediación Familiar*, (Madrid: Gaia, 1995), 29.

¹³ Manuel de Armas Hernández, “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educación*, No. 32 (2003): 127.

¹⁴ José Alberto Ramírez León, “La mediación en Venezuela: Una mirada al presente y futuro”, *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, No. 1, (2020): 120-121.

inicio o de ejecución¹⁵, o bien para prevenir una posible disputa pudiendo anticipar tensiones, identificar conflictos subyacentes y despejar malentendidos, preservando así la relación de los involucrados.

Es oportuno mencionar que, no existe uniformidad en la doctrina sobre las diferencias entre la Mediación y la Conciliación, llevando a que en la práctica nacional¹⁶ e internacional¹⁷ se utilicen ambos términos de manera indistinta. Tal como lo sostiene, Gil Echeverry en el foro nacional de la simple lectura de la Constitución, en efecto, se puede inferir que se han concebido instituciones distintas, sin embargo, el legislador y el operador judicial utiliza los vocablos de manera sinónima¹⁸.

No obstante, podemos identificar del sector de la doctrina que afirma que son dos figuras divergentes que la principal diferencia radica en el rol que asume el tercero imparcial frente a la controversia, si este promueve e insta a las partes al uso de las fórmulas de arreglo creadas por él, o si, por el contrario, no lo hace¹⁹. Ahora bien, debido a la falta

¹⁵ Susana San Cristóbal, *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil...*, 48.

¹⁶ José Alberto Ramírez León, “La mediación en Venezuela: Una mirada al presente y futuro...”, 119. Afirma, muy acertadamente que en el caso venezolano marcar una distinción entre los términos resulta innecesario ya que, lo cierto es que en análisis de nuestro ordenamiento jurídico no se desprende que existan diferencias entre ellos y, asimismo, los reglamentos de los dos principales centros de arbitraje de Venezuela usan los vocablos de manera alternativa para referirse al mismo medio de resolución.

¹⁷ *Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*, Singapur, 18 de diciembre de 2018, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf, cuyo artículo 2.3 reza: “Se entenderá por “mediación”, cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya enablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución.”, así como también expresó, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) reconociendo que los términos conciliación y mediación como intercambiables tal como se desprende de las Notas Explicativas de Mediación y en los textos de trabajo del proyecto de redacción de la Convención. En este mismo sentido, las Notas orientativas sobre la mediación publicadas por la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, refieren que los términos “conciliación” y “mediación” designan en algunos casos procesos fundamentalmente idénticos y, en otros, procesos similares pero que presentan ligeras diferencias.

¹⁸ Jorge Gil, “La conciliación en Venezuela, una deuda pendiente”, *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Montevideo* (2022): 65.

¹⁹ Adriana Arboleda, “Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia”, *Civilizar*, Vo.17, No.33 (2017): 85-86.

consenso es claro que en virtud de que ambos términos tienen la misma naturaleza y consecuencias jurídicas resulta inoficioso establecer una diferenciación.

En tal sentido, se evidencia que la mediación se caracteriza²⁰ por: (i) la voluntariedad de las partes en someterse a la guía de un tercero imparcial a los fines de llegar a un acuerdo común que las beneficie respecto a la controversia acaecida; (ii) la imparcialidad y neutralidad del mediador quien no debe tener interés sobre alguna de las partes o el objeto del conflicto, así como también, debe garantizar el equilibrio y la igualdad de las partes durante el proceso; (iii) la flexibilidad, ya que se adapta a las necesidades de las partes y a las peculiaridades de las controversias; (iv) la confidencialidad, lo que permite generar un espacio de confianza entre las partes para que definan sus necesidades y puedan llegar a un acuerdo para solucionar la controversia; y (v) la buena fe, que supone una colaboración honesta y leal entre las partes, exteriorizada en comportamientos razonables y coherentes entre sí, cuyo objetivo es la búsqueda de un acuerdo mutuamente satisfactorio.

En definitiva, la mediación es un proceso que se rige por la voluntad de las partes, donde la posibilidad de atender su conflicto reside únicamente en ellas, ya sea para evitarlo o dirimirlo, teniendo como objetivo la solución pacífica de la controversia a través de un proceso colaborativo y constructivo, en el cual gozan de la asistencia de un mediador, quien no impone la resolución a las partes, tal como sucede en la vía jurisdiccional, con el fin último de alcanzar un acuerdo.

c. El resultado de los procesos de mediación

Como ya hemos comentado, los procesos de mediación usualmente concluyen con la emisión de un acuerdo que satisface los intereses de las partes, en aras de prevenir o concluir una controversia, siendo este el escenario deseable que comprueba el éxito de la mediación²¹.

El acuerdo resultante toma la forma de un negocio jurídico (contrato o acta) o de un título ejecutivo (sentencia, laudo arbitral o título

²⁰ Leticia García Villaluenga, “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Cíviles y Mercantiles”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 4 2010): 723-733.

²¹ Miguel Virgós Soriano y Cristián Gual Grau, “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 20 (2008).

autónomo)²², donde las partes solventan sus desavenencias y establecen sus derechos y obligaciones con el propósito de regular su relación a futuro. Cabe resaltar que la forma que toma el producto de la mediación depende, en gran medida, de la regulación normativa²³; que a su vez responde a la gran interrogante vinculada a la mediación: ¿Los acuerdos producto de la mediación son vinculantes y pueden ser ejecutados?

La cristalización del acuerdo al que han llegado las partes, como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, es un producto de la voluntad libre, consciente y espontánea expresada por ellas; por cuanto dicho acuerdo tiende a garantizar una resolución de la controversia con el objetivo de restablecer el equilibrio jurídico entre las partes²⁴.

Es por ello que el resultado de la mediación tiene una estructura bifronte²⁵: (i) en el contractual, debido a que el producto de la mediación

²² Esta afirmación responde a los desarrollos expansivos de la mediación y a la proyección de sus efectos jurídicos que depende de la existencia de un marco regulatorio que, en mayor o menor medida, producen las siguientes vertientes, por un lado, en aquellos supuestos que el producto de la mediación tome forma de un negocio jurídico puede denotar que la solución al conflicto se originó fuera del andamiaje jurisdiccional en sentido amplio y; por el otro, en relación a que este tome forma de un título ejecutivo, se evidencia que: (i) el proceso de mediación se dio en el marco de un proceso judicial o arbitral bien sea como una etapa inicial, previa y obligatoria o alternativa a la contienda propiamente dicha o bien para ponerle fin a la misma, dicho acuerdo de mediación termina tomando forma de una sentencia o un laudo y, (ii) en el caso que el acuerdo de mediación tome forma de un título autónomo este tiende a presentarse como un acto jurídico propio y característico pudiendo ser homologado o dotado de fe pública para dotarlo de fuerza ejecutiva.

²³ La realidad es que la regulación distintiva dota de fisonomía jurídica a la mediación en vista de que se establecen los principios rectores del proceso, y se esclarecen cuestiones tales como: controles éticos, la obligación o no de acudir a la mediación como paso previo de la vía jurisdiccional, los efectos de la suspensión, caducidad o prescripción en los procesos de mediación y su relación con los procesos judiciales, la naturaleza de del producto de la mediación y sus requisitos, así como si estos gozarán de fuerza vinculante propia o si requieren homologación judicial o ser elevados a escritura pública para ello y la posibilidad de recurrir dichos acuerdos. En su defecto, la ausencia de la misma reduce su naturaleza como un medio alternativo a la administración de justicia ya que, el proceso de la mediación sería reflejo pálido de su génesis, sin mayor trascendencia jurídica, el producto de la mediación y sus efectos quedarían supeditados a la materialización de actos jurídicos variables o análogos como la transacción judicial o extrajudicial, para ahondar al respecto sugerimos: Silvia Barona, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, (Tirant lo Blanch: Valencia, 2013)

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Social, Sentencia No. 584, de 17 de octubre de 2002.

²⁵ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. IV, Las Particulares Relaciones Obligatorias* (Madrid: Civitas, 2010), 711-712.

es un negocio jurídico que tiene fuerza de ley entre las partes; y (ii) en el procesal, en razón de que el acuerdo de mediación podrá hacerse valer en un eventual litigio que tuviera por objeto las cuestiones resueltas en el acuerdo, mediante la formulación de la cuestión previa pertinente.

Visto lo anterior, puede concluirse que el producto de la mediación constituye una expresión de la posibilidad de autocomponer los conflictos surgidos, trascendiendo la concepción clásica del monopolio del Estado en la administración de justicia²⁶ y disipando los problemas clásicos de la justicia tradicional, por supuesto, limitado por la disponibilidad de la materia, el orden público y las leyes imperativas, presentándose así como una manifestación de voluntad de las partes que crea derechos y obligaciones.

3. UNA PERSPECTIVA DE LA MEDIACIÓN EN VENEZUELA HACIA EL DERECHO COMPARADO

a. La mediación en Venezuela

En la actualidad, no existe en Venezuela una ley especial que sirva de marco para el desarrollo de la mediación como un medio alternativo de resolución de conflictos²⁷, empero, nuestra Carta Magna²⁸ en su artículo 253 establece que el sistema de justicia venezolano está compuesto por los medios alternativos de justicia, mientras que en su artículo 258 consagra un mandato constitucional al Poder Público, que consiste en promover dichos medios.

Como consecuencia de lo anterior, se evidencia del análisis de nuestro ordenamiento jurídico la existencia de diversas leyes que consagran la complementariedad de los procesos de mediación en sede judicial, así como también normas que establecen la promoción de los medios alternativos, de las cuales se destacan las siguientes: la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal²⁹, la Ley para

²⁶ Edgar Ardilla, “Hacia un nuevo contexto en la administración de justicia”, en *¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?*, (Medellín: Corporación Región, 2006), 50.

²⁷ María Alejandra González Y., “Entrevista a James-Otis Rodner”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* (2021): 41.

²⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.680, de 30 de diciembre de 1999.

²⁹ Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, Gaceta Oficial No. 39.913, de 02 de mayo de 2012, ver artículos: 2, 3, 31 y ss.

la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda³⁰, la Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas³¹, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras³², la Ley Orgánica Procesal del Trabajo³³, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes³⁴, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁵, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁶ y el Código de Procedimiento Civil³⁷.

Del análisis de las prenombradas normas, se evidencia que solo se limitan a crear instancias de mediación o conciliación en vía judicial para una solución temprana del conflicto, además de coadyuvar y cumplir con el mandato constitucional de promoción de los medios alternativos, instando a los operadores judiciales a su implementación en cualquier estado y grado de la causa. Sin embargo, ninguna de esas normas, dotan a la institución de fisonomía propia, disminuyendo así su autonomía como medio alternativo particular y característico al supeditarse a las contiendas judiciales.

Si bien es posible señalar diversas decisiones del máximo tribunal en las que, en cumplimiento del mandato de la Carta Magna, se ha decretado la creación de instancias de mediación y conciliación en distintas etapas y grados del proceso, es necesario destacar los casos que se han suscitado en la Sala de Casación Social³⁸ y en la Sala

³⁰ Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, Gaceta Oficial No. 6.053, de 12 de noviembre 2011, ver artículos: 101 y ss.

³¹ Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, Gaceta Oficial No. 39.668, de 06 de mayo de 2011, ver artículos: 7, 8 y 9.

³² Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras, Gaceta Oficial No. 6.076, de 07 de mayo de 2012, ver artículos: 464 y 473.

³³ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Gaceta Oficial No. 37.504, de 13 de agosto de 2002, ver artículos: 6, 15, 17, 18 y ss.

³⁴ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Gaceta Oficial No. 5.859, de 10 de diciembre de 2007, ver artículos: 450, 454 y ss.

³⁵ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial No. 6.684, de 19 de enero de 2022, ver artículo: 88.

³⁶ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Gaceta Oficial No. 39.451, de 22 de junio de 2010, ver artículo: 6.

³⁷ Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial No. 4.209, de 18 de septiembre de 1990, ver artículos: 257, 258, 261 y 262.

³⁸ Véase por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Social, Sentencia No. 584, de 17 de octubre de 2002; Sentencia No. 802, de 09 de junio de 2008; Sentencia No. 113, de 28 de marzo de 2023; y Sentencia No. 250, de 22 de junio de 2023.

Político-Administrativa³⁹, los cuales se han celebrado mediaciones bajo la dirección de la propia Sala y su Magistrado ponente o bajo la dirección de un Mediador *ad hoc*, donde únicamente se han fijado parámetros para el desarrollo del proceso y acordado la homologación de los resultados de los procesos en cuestión.

No cabe duda que en Venezuela existe un interés fundamental en los medios alternativos de resolución de conflictos, lo que ha quedado asentado por el máximo intérprete de la constitución, la Sala Constitucional⁴⁰, que ha reconocido la existencia de un derecho fundamental⁴¹ consistente en la posibilidad de emplear los medios alternativos de resolución de conflictos debido a su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia y, en ese orden, cualquier acto que menoscabe dicho derecho es inconstitucional⁴².

Ciertamente, se evidencia de un cúmulo de decisiones que el cumplimiento de la obligación constitucional impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos en el foro venezolano, pero se observa que, el desarrollo del derecho fundamental se ha concentrado en la promoción del arbitraje, dejando a los demás medios alternativos relegados, lo cual se aleja de las tendencias en el derecho comparado.

No obstante, los reglamentos de los principales Centros de Arbitraje del país, como el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas⁴³ y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje⁴⁴, consagran disposiciones sobre el desarrollo del proceso de mediación o conciliación que

³⁹ Véase por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Auto para Mejor Proveer No. 140, de 13 agosto de 2015; Auto para Mejor Proveer No. 162 del 08 de octubre de 2015; Sentencia No. 813, de 8 de diciembre de 2022; y Sentencia No. 470, de 1 de junio de 2023.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1541, de 17 de octubre de 2008; y Sentencia No. 1784, de 30 de noviembre de 2011.

⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1136, de 13 de julio de 2011.

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702, de 18 de octubre de 2018 y; Sentencia No. 1067, de 31 de noviembre de 2010.

⁴³ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, *Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC)* (2022), ver artículos: 104 al 112.

⁴⁴ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, *Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)* (2020), ver artículos: 5 al 11.

dotan de caracteres propios a la institución, entre ellas destacan las referidas a: la cláusula modelo de mediación, la solicitud de mediación y sus requisitos, los deberes de imparcialidad del mediador, el proceso de designación del mediador, el producto de la mediación y sobre todo, la posibilidad de convertirlo en un laudo a los fines de dotarlo de fuerza ejecutiva. En concreto, la mediación no es una figura distante ni lejana al foro venezolano, pero está limitada al marco de los procesos judiciales, usualmente, como un paso previo y obligatorio, rara vez como una alternativa y salida a la típica contienda adversarial en nuestro sistema judicial. Pues, no ha sido desarrollada, ni dotada de autonomía propia mediante una normativa especial, sistemática y marco en contraste con otros foros, tal como lo apreciaremos en las próximas líneas.

b. La mediación en el Derecho Comparado

i. Unión Europea

En las dos últimas décadas, la Unión Europea ha provisto a la mediación de un marco regulatorio común, fomentando el empleo de esta institución que busca la solución amistosa de los conflictos interpersonales; sin embargo, la mediación no se ha desarrollado por igual en los Estados miembros, algunos han dotado de un sistema legislativo completo, mientras que otros han mostrado escaso interés en su desarrollo legislativo. A pesar de sus divergencias existentes entre los países que conforman la Unión respecto de los ámbitos de aplicación, la mediación sigue despertando cada vez más interés como alternativa a los métodos de la justicia ordinaria.

De esta manera, los esfuerzos que ha emprendido la Unión Europea por ofrecer una mediación que ayude a subsanar los problemas clásicos de la justicia ordinaria se han materializado en los siguientes textos: el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁴⁵, el Código de Conducta

⁴⁵ *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Comisión Europea, de 19 de abril de 2002. Su objetivo se basó en una amplia consulta de los medios alternativos sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Tras analizar el panorama global, el Libro Verde hizo notar la desigual implantación de los ADR en Europa, además de la diversidad de los modelos que se están empezando a utilizar en los distintos sectores profundiza en el

Europeo para Mediadores⁴⁶ y la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁷; esta última provocó un *boom* legislativo para el desarrollo y regulación de la mediación en los países de la Unión.

Ahora bien, podemos resaltar que hay países de la Unión, por ejemplo, Italia, donde el legislador con el fin de reducir el número de expedientes judiciales, ha apostado por la mediación obligatoria, ampliando considerablemente la tipología de controversias que deben pasar por un intento de mediación. En el caso italiano se emplea en materia de copropiedad, derechos reales, sucesión hereditaria, arrendamiento, comodato, indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica o de injuria a través de la prensa u otros medios de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros, *so pena* de la inadmisibilidad de la demanda⁴⁸. En Italia la mediación tiene carácter institucional, es decir, solo puede ser realizada a través de instituciones especializadas públicas o privadas⁴⁹ y cuenta con un régimen legal especializado⁵⁰.

desarrollo de estas formas de solución a los litigios, que no debe considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, será más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del juez o del arbitraje, tendiente a encontrar respuestas al delicado equilibrio entre la necesidad de mantener la flexibilidad de estos procesos garantizando al mismo tiempo su calidad, y su articulación armoniosa con los procedimientos judiciales.

⁴⁶ *Código de Conducta Europeo para Mediadores*, Comisión Europea, de 06 de abril de 2004. A efectos del Código, este viene a establecer de manera breve, varios principios que son aplicables a todo tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales o de las organizaciones de mediación.

⁴⁷ *Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Parlamento Europeo y Consejo de Europa de 21 de mayo de 2008. Esta Directiva guió el punto de partida para que los legisladores de los Estados miembros iniciarán el desarrollo legislativo de la mediación y su implementación para la solución amistosa de litigios, concibiendo una serie de disposiciones normativas orientadas a caracterizar de autonomía a la institución, al respecto de: su aplicación en los ámbitos civiles y mercantiles en litigios transfronterizos, el carácter facultativo u obligatorio de la mediación previa al proceso; la admisibilidad en procesos de las pruebas que tengan su origen en la mediación, la incidencia que el recurso a la mediación ha de tener respecto de los plazos de caducidad y prescripción y el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación.

⁴⁸ Lidia Domínguez, “La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 11 (2012): 139-157.

⁴⁹ Debidamente inscritas ante el Registro del Ministerio de Justicia.

⁵⁰ Senado de la República Italiana, Ley No. 162, de 10 noviembre de 2014; Decreto Legislativo No. 130, de 6 de agosto de 2015; y otras.

Por su lado, en el caso de España, la institución es regulada por la Ley 5/2012⁵¹, consolidando una regulación general sobre la misma que vino a incorporar en el derecho español la Directiva 2008/52/CE, dicha Ley fue complementada por el Real Decreto 980/2013⁵², así como por diversos preceptos de la norma adjetiva civil. La regulación española, permite que el proceso de mediación se desarrolle al margen de un litigio o durante el mismo, inclusive pudiendo suspender un proceso en curso para que las partes se sometan a mediación, extendiéndose al ámbito penal⁵³ y laboral.

Sea cual sea el país de la comunidad europea, la mediación se ha institucionalizado como un complemento a la realización de la justicia en la consolidación de la paz social, denotando así la cooperación que debe existir entre la justicia alternativa y ordinaria. En los países de la Unión, existen peculiaridades claras en cuanto a la regulación de la institución; de igual forma, la tendencia apunta a la estructuración de un marco regulatorio que impregna a los procesos de mediación con preceptos independientes y eficaces para que los particulares tengan la posibilidad de acudir a un medio por el cual materialicen una solución amistosa, rápida y definitiva al conflicto que enfrentan⁵⁴.

ii. Países Anglosajones

Como comentamos *supra*, los medios alternativos de resolución de conflicto están arraigados en los sistemas anglosajones, teniendo un gran desarrollo y aceptación respecto a ellos en sus jurisdicciones.

En ese sentido, debe mencionarse la experiencia de Estados Unidos, en dicho país, la mediación, junto con otros medios de resolución

⁵¹ Jefatura de Estado, Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de julio de 2012; y Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004.

⁵² Ministerio de Justicia de España, Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre de 2013.

⁵³ Jefatura de Estado, Ley 7/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, de 27 de abril de 2015. En el mismo sentido, vale la pena mencionar los esfuerzos legislativos en comunidades autónomas para promover la mediación de disputas familiares: Véase por ejemplo: Ley 1/2009 de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 27 de febrero 2009; Ley 9/2011 de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma Aragón, de 24 de marzo de 2011; y Ley 1/2007 de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, de 21 de febrero de 2007; entre otras.

⁵⁴ Para ahondar en los regímenes de regulación sobre la mediación dentro de la comunidad europea ver: Portal Europeo de e-Justicia recomendamos, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: https://e-justice.europa.eu/64/ES/mediation_in_eu_countries .

alternativa, gozan de una importante presencia en lo civil, comercial y laboral, desde el Movimiento de las ADR⁵⁵, siendo el avance más notorio en la materia la *Uniform Mediation Act* de 2001⁵⁶, luego de las controversias que trajo consigo la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998⁵⁷.

La *Uniform Mediation Act* intentó proponer un marco uniforme para el desarrollo de la mediación, comportando formas muy variadas de composición e incluso mixtas, generalmente llevadas a cabo en el ámbito extrajudicial. Esta ley tuvo como principal finalidad uniformar determinadas cuestiones referentes a la mediación, que han sido tratadas de formas distintas en cada estado, bien sea, porque muchos legisladores estatales no han comprendido del todo cómo era exactamente un proceso de mediación, o porque incluso hay estados que aún no tienen una regulación propia en torno a esta institución⁵⁸.

Por ello, se normativizaron aspectos fundamentales de la mediación, definiendo cada uno de los elementos básicos que la componen y estableciendo estándares en torno al funcionamiento de la institución, dotando de uniformidad a la mediación para que ésta sea íntegra, procurando las garantías mínimas que deben hacerse efectivas en su desarrollo, ya que sin ellas no sería una buena alternativa a la justicia tradicional, todo ello, sin afectar las características que han hecho de la mediación una herramienta tan ventajosa, como su flexibilidad y facilidad para adaptarse a la variedad de disputas interpersonales que surgen día a día.

⁵⁵ Luego de una explosión en las contiendas judiciales en el último siglo que colapsó el sistema judicial y generó un retardo excesivo en los tribunales; frente a ello, surgió en los Estados Unidos, el llamado Movimiento de las ADR con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los tribunales, como una auténtica última instancia. Para ahondar más al respecto: Carolina Macho, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”..., 935.

⁵⁶ Uniform Law Commission, *Uniform Mediation Act*, de 17 de agosto de 2001.

⁵⁷ En concreto, no contenía ninguna norma relativa a la forma de aplicar los programas de ADR por parte de los tribunales, dejando plena discrecionalidad a los jueces en lo referente al desarrollo de estos métodos alternativos esta falta de regulación, por un lado, se vio por algunos como parte de la desjudicialización de procesos que son flexibles y alternativos a la justicia ordinaria, y por otro lado, otros entendían que existían determinadas garantías que, efectivamente, debían ser reguladas.

⁵⁸ Carolina Macho, “Origen y Evolución de la Mediación: El Nacimiento del Movimiento ADR en Estados Unidos y su Expansión a Europa”..., 959.

Por su parte, Inglaterra no ha promulgado una ley sobre mediación, ni tampoco se ha considera la mediación como un paso previo obligatorio a la jurisdicción civil, ya que su regulación medianamente se suscribe a las *Civil Procedure Rules*⁵⁹, siendo así que existe el *Civil Mediation Council* como organismo regulador y punto de contacto para el gobierno, el Poder Judicial, la profesión jurídica y la industria en la materia junto al Ministerio de Justicia que es responsable de fomentar la política de mediación civil y familiar⁶⁰. Principalmente, los ámbitos de la mediación inglesa se extienden a las disputas familiares, civiles, comerciales y de consumo, pudiendo ocurrir en cualquier etapa de una disputa, incluso antes de que se inicie el procedimiento⁶¹.

En los países anglosajones, no cabe duda que la resolución por acuerdo entre las partes conforma la cultura jurídica existente e incluso es natural. En ese sentido, existen más formas de resolución alternativa que en los países del *Civil Law*, así, además de los ya tradicionales medios como el arbitraje, la mediación o la conciliación, otras formas de resolución son la evaluación imparcial, la encuesta neutra, la determinación por un experto y la mediación-arbitraje (Med-arb)⁶².

iii. Países Latinoamericanos

En los países de tradición civilista siempre se ha hecho más patente la renuencia a los medios autocompositivos de resolución de conflictos por tener un mayor apego a lo establecido en las leyes, al formalismo y a la codificación. No obstante, el movimiento expansionista de los medios alternativos ha penetrado los sistemas de la región, logrando un gran impacto en los sectores legales, políticos y financieros.

Podemos observar que, en países como Ecuador, la mediación tiene un reconocimiento constitucional⁶³; siendo conveniente mencionar que

⁵⁹ A los efectos procesales, estas incluyen una especie de código procesal, cuyo objetivo es que los tribunales gestionen activamente las causas de manera justa, tal labor implica la necesidad de fomentar la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos, si así lo considera apropiado el operador judicial, así como también a los abogados de las partes.

⁶⁰ Para ahondar más al respecto ver: Portal Europeo de e-Justicia recomendamos, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ew-es.do?member=1

⁶¹ Helena Soletó, “La mediación en la Unión Europea”, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, (Madrid: Tecnos, 2007), 191

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, de 20 de octubre de 2008, artículo 190.

la Ley de Arbitraje y Mediación⁶⁴, se encarga de regular la mediación institucional e independiente pudiendo tomar lugar en el marco o no de un proceso adversarial y asimismo, esta normativa se ha encargado de regular los estándares de los procesos de mediación, en lo referido al registro de los centros de mediación para su operatividad, el efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada del acta de mediación y sobre la capacitación que requieren los mediadores en su cargos.

Además, se destaca del texto de la norma, la consagración de la mediación comunitaria en referencia específica a una serie de comunidades, concretamente a las indígenas, a las afroecuatorianas y a las organizaciones barriales a los fines de atender sus desavenencias cotidianas.

Por su lado, en el caso de Argentina, la Ley No. 26.589 de Mediación y Conciliación⁶⁵ establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, salvo en las acciones penales, acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción; causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; amparos, hábeas corpus, hábeas data, interdictos y medidas cautelares, entre otras.

Ahora bien, teniendo Argentina un sistema de gobierno republicano y federal, existen 15 jurisdicciones en la que se ha establecido la mediación obligatoria, previa al inicio del proceso judicial en materia civil y de familia; en las demás jurisdicciones de sus provincias, la mediación como paso previo a la jurisdicción constituye una alternativa voluntaria de las partes. El sistema de mediación argentino está dotado de una amplia regulación en la materia⁶⁶, abarcando el ámbito penal, familiar y laboral, encontrándose conectada con los operadores de justicia, es decir, que el Poder Judicial participa pero no administra en razón de que la administración y el control de gestión de la institución está a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

⁶⁴ Congreso Nacional de Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, de 14 de diciembre de 2006, artículos 44 al 59.

⁶⁵ Congreso de la Nación de Argentina, Ley No. 26.589 de Mediación y Conciliación, de 14 de abril de 2010.

⁶⁶ Para ver la regulación referente ver: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, Mediación y métodos participativos de resolución de conflictos, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/mediacion/normativa>

En general, los medios alternativos de resolución de conflictos han penetrado la realidad de modernización que requiere la justicia en Latinoamérica; pese a ello, su desarrollo y autonomía aún se encuentra en auge en la región, especialmente en el caso de la mediación⁶⁷. Cabe recordar que el poder de los particulares para autocomponer sus conflictos constituye una manifestación de la sociedad democrática, ya que a través de ello se consolida uno de sus pilares fundamentales: la libertad individual.

4. EL CÓMO DE LA MEDIACIÓN

a. La fisonomía propia de la mediación

La mediación ha sido vista desde distintos lentes, y por tanto ha operado bajo metodologías variadas en numerosos países, sin embargo, un punto que parece relevante para lograr la eficiencia de la mediación en una estructura social compleja es la fisonomía propia que pueda alcanzar la práctica en virtud de las normas que la regulan; o lo que es lo mismo, la autonomía de la mediación desde la norma.

Es preciso mencionar a Jequier Lehedé, para quien en muchas ocasiones el conflicto entre los hombres es percibido como uno más grande de lo que realmente es⁶⁸, y precisamente al fomentar e implementar el uso de la mediación es necesario dotar de un carácter propio, claro y seguro a la práctica.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos el *Uniform Mediation Act* del 2001⁶⁹ que recoge las prácticas más relevantes en materia de mediación en el país⁷⁰, prevé líneas claras para el manejo ético de la

⁶⁷ Para un análisis más extenso: Gladys Álvarez y Elena Highton, “La mediación en el panorama Latinoamericano”, en Biblioteca Virtual del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, disponible en: <https://www.google.com/url?q=https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/837/gladys-alvarez.pdf?sequence%3D1%26isAllowed%3Dy&sa=D&source=docs&ust=1695690338708823&usg=AOvVaw3XLMeOIsEh9CT9tt2SoHNk>.

⁶⁸ Eduardo Jequier Lehedé, “La ejecución del acuerdo de mediación en asuntos civiles y comerciales. Una revisión impostergable” *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. 31, No. 2 (2018).

⁶⁹ Ver supra nota 63.

⁷⁰ Hemos tomado como referencia para el país norteamericano el *Uniform Mediation Act*, pero deseamos hacer la nota al pie de que tan solo 13 países han adoptado esta ley de acuerdo con: Uniform Law Commission, “2001 Mediation Act. Enactment History”, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=45565a5f-0c57-4bba-bbab-fc7de9a59110#LegBillTrackingAnchor>

mediación (§9), la separabilidad de la cláusula compromisoria para la mediación (§14), e incluso refiere directamente a la Ley Modelo en mediación como marco aplicable a las mediaciones internacionales (§11).

Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador⁷¹, establece la tipología de la mediación, dividiéndola en la práctica institucional y la independiente, de conformidad con el artículo 44; además, la ley ecuatoriana hace énfasis en la posibilidad de que el Estado sea parte en los procesos de mediación, mientras que el artículo 46 prevé una línea de acciones bajo las cuales las partes pueden comprometerse en mediación. Curiosamente este artículo enuncia la vía convencional, pero la ley otorga la facultad al juez en los procedimientos ordinarios de llamar a la mediación, ora porque lo requiriera alguna de las partes, ora porque así decide decretar de oficio.

Finalmente, en España la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles⁷² establece la suspensión de los lapsos de caducidad de cualquier acción al momento de ser presentada la solicitud de mediación, de conformidad con su artículo 4; y en la misma línea de ideas, concluido el procedimiento de mediación, el acuerdo resultante podrá ser ejecutado bajo ciertos presupuestos, entre los cuales se incluye la publicidad del acuerdo, ello según lo dispone el artículo 25.

Al observar, sin exhaustividad, todos estos ejemplos de legislación comparada, se observa que la mediación es vista de una forma distinta en venezolana. Para empezar, en Venezuela la mediación se promueve en el contexto de una disputa conocida en sede judicial y no desde lo extrajudicial⁷³, de manera que las disposiciones en la legislación venezolana hacen una breve mención de la opción de mediación, más no ahondan ni permiten el desarrollo de una cultura institucional, como por ejemplo sí sucede con el arbitraje.

Con lo anterior puesto de manifiesto, lo que realmente queremos señalar es que en Venezuela hay un vacío legal que promueva, en forma segura y eficiente, la mediación que tanto bien pensamos puede hacer a nuestro sistema. Pues si bien es cierto que nuestro aparato normati-

⁷¹ Ver supra nota 71.

⁷² Ver supra nota 58.

⁷³ Jorge Gil, “La conciliación en Venezuela, una deuda pendiente”, *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Montevila*, No. 6, (2022): 69-71.

vo impulsa la mediación, no es menos cierto que la forma en la que funciona hoy en día termina siendo una opción, en ocasiones, un tanto forzada.

De lo anterior se puede concluir que , un acertado paso hacia la implementación y promoción de la mediación en el entorno legal venezolano puede ser la creación de marco legal que otorgue líneas claras sobre (i) los lineamientos éticos que deben ser respetados durante la mediación, (ii) un procedimiento estandarizado para la designación de mediadores, (iii) disposiciones en relación con la formación del acuerdo de mediación y (iv) el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de esos procedimiento de mediación⁷⁴.

b. La promoción activa de la mediación: ¿Un problema o una solución?

Al pensar en la expresión promoción activa de la mediación sólo podemos pensar en dos cosas: (i) la mediación obligatoria para ciertas demandas o controversias y (ii) la inclusión de la mediación como opción expresa en determinadas leyes o mecanismos. Este apartado estará dedicado al análisis y repercusión de ambos métodos de fomento de este medio alternativo.

La mediación obligatoria o el *compulsory mediation* ha sido una cuestión que ha cobrado relevancia con el paso del tiempo, pues la motivación más grande ha sido intentar la vía de la mediación en controversias que tengan un valor determinado, de manera que el objetivo es la descongestión del sistema judicial mediante un método relativamente más rápido y eficaz que el litigio ordinario.

No obstante, la mediación obligatoria supone una contradicción lógica: ¿qué sentido tiene forzar a dos partes en conflicto a intentar dirimir su controversia a través de un medio que requiere el consenso? De hecho, un famoso caso en Reino Unido observa este predicamento y dice textualmente que si el tribunal intenta forzar a las partes para que vayan a una mediación a la que ya se opusieron, tal intento no rendiría ningún

⁷⁴ Cfr. Destacamos el siguiente trabajo en el que se mencionan los múltiples problemas de la mediación: Dina Primera Robertis, “Influencia de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos laborales y en especial las mediaciones de los trabajadores, incoadas en el circuito judicial laboral de Puerto Cabello, Estado Carabobo” (trabajo de grado, Universidad de Carabobo, 2014): 64-65.

fruto distinto al de producir más costos para las partes y posiblemente posponer una solución de la disputa⁷⁵. Es instintivo concluir que forzar la mediación sólo nos llevaría a un escenario contraproducente como en ocasiones ocurre en el caso venezolano.

En ese sentido parte de la doctrina internacional ha afirmado que la mediación obligatoria violaría el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁶, que es equivalente a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁷ y al artículo 26 de la Constitución venezolana⁷⁸. No obstante, según Feehily, ya hay varios fallos de altos tribunales que confirman la procedencia de la mediación obligatoria sin necesidad de que ello sea una conducta incompatible con el artículo 6 de la Convención Europea⁷⁹. Sin embargo, existe un número de circunstancias en las que forzar la mediación pudiera llegar a ser un enfoque valioso al conflicto que permita ahorrar tiempo y dinero.

De lo antes expuesto se evidencian las diferencias de ambas posturas respecto de la obligatoriedad de la mediación, por un lado la implementación de mediación obligatoria plantea dudas respecto a su compatibilidad con el derecho de acceso a la justicia e incluso sobre la eficiencia de dicha mediación; mientras que la mediación obligatoria cada día se coloca como una propuesta más atractiva para hacer más eficiente la resolución de conflictos interpersonales e incluso como medio para garantizar el acceso a la justicia.

Para determinar si es viable la obligatoriedad de la mediación, es necesario analizar los siguientes factores, (i) existen foros que han reportado que la mediación obligatoria no necesariamente reduce los índices de éxito en los procesos de mediación⁸⁰; (ii) forzar la mediación es una

⁷⁵ *Halsey v. Milton Keynes* [2004] 1 WLR 3002, disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>.

⁷⁶ *Convención Europea de Derechos Humanos*, Consejo de Europa, 3 de septiembre de 1953, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa.

⁷⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, 18 de julio de 1978, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenc%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

⁷⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999.

⁷⁹ Ronán Feehily, “Creeping compulsion to mediate, the Constitution and the Convention” *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 69, No. 2 (2018): 133.

⁸⁰ Ver por ejemplo: Ministero della giustizia, *Mediazione Civile. Statistiche del 2021*. Disponible en: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202021.pdf>; también: Civil Justice Council, *Compulsory ADR report* (Junio

afirmación que implica grises y detalles que pueden pasar por desapercibidos⁸¹; y,(iii) existen casos comprobados en los que la mediación obligatoria ha rendido frutos⁸².

En consecuencia, parece que en la experiencia comparada ha existido un fomento activo -y hasta agresivo- de los medios alternativos de resolución de conflictos, siendo que tal acercamiento se ha traducido en un alivio para los sistemas judiciales.

En el caso venezolano puede que la mediación obligatoria no sea el remedio apropiado, o al menos no el más adecuado de los disponibles. Sin embargo, lo que sí es una realidad es que desde los tribunales venezolanos y desde el poder legislativo se pueden hacer mayores esfuerzos para promover la mediación e incluso otros medios alternativos de cara a facilitar la resolución de conflictos.

c. Comentarios sobre la cultura del litigio

La educación que recibe el abogado promedio se encuentra altamente enfocada en la resolución de conflictos por medio del litigio⁸³, si bien en Venezuela existe muy poca información o estudios serios al respecto, es posible, por medio de un somero análisis al pensum de las distintas Universidades nacionales, determinar que en nuestro país no existe un enfoque dirigido al entendimiento del conflicto en la educación legal.

Lo anterior es algo perfectamente entendible, pues desde el primer año o semestre de la educación de los futuros abogados se les explica con minucioso detalle la complejidad del sistema judicial y de la resolución ordinaria de conflictos, lo que implica el manejo de normas sumamente amplias, una gran cantidad de procedimientos especializados y el

2021), disponible en: <https://judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/07/Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report.pdf>.

⁸¹ *Ibid.* En Reino Unido, por ejemplo, la promoción de la mediación se engloba en la de los medios alternativos en general, de manera que junto con la mediación se han promovido una variedad de mecanismos alternativos como (i) Early Neutral Evaluation, (ii) Financial Dispute Resolution appointments, (iii) el Small Claims Protocol, entre otros.

⁸² Por mencionar un ejemplo, el *Ontario Mandatory Mediation Program* ha sido acogido de manera positiva, mostrando buenos resultados: Ontario Bar Association, *Expanding Mandatory Mediation in Ontario*, disponible en: <https://www.oba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=4f756ca7-2962-417b-aec6-18e1ae760d12>

⁸³ John S. Murray, Alan Scott Rau y Edward F. Sherman, *Processes of Dispute Resolution. The Role of Lawyers*, (s/l.: Foundation Press, 1989), 35 y ss.

entendimiento de problemas cotidianos que vienen revestidos en varias capas del grosor jurídico.

El enfoque tradicional en la educación jurídica lleva a un resultado, que más allá de ser una suerte de predisposición al litigio, es el desconocimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación o la conciliación. Resultando pues, en un escepticismo sobre la eficacia de la resolución alternativa, en una falta de fe en lo beneficiosa que puede ser la mediación.

La idea mencionada en el párrafo anterior, encuentra fundamento en la percepción del conflicto que es inculcada desde los inicios de la educación jurídica, tal como se señaló al inicio de esta sección. Puesto de otra forma, la percepción subjetiva que tenga el abogado, como profesional en ejercicio que cumple una función en la sociedad, representa un elemento fundamental para la viabilidad de la mediación como método de resolución de conflictos.

Cómo consecuencia de esa afirmación, algunos autores han afirmado con concienzuda certeza que los abogados son los porteros de la mediación (*gatekeepers*)⁸⁴, pues es una verdad para toda la comunidad jurídica que el ir a un proceso de mediación depende en gran medida de la disposición del abogado sobre el tema, así como de la voluntad de cliente, claro está. El constante reconocimiento en el rol de los abogados en la promoción, desarrollo y paso de la mediación como un mecanismo eficiente de resolución alternativa de conflictos, ha sido reconocido en una variedad de circunstancias.

En particular, existen tres teorías que han justificado la aparente falta de fe en la mediación que se pudo o puede seguir apreciando en la comunidad del derecho, entre ellas: (i) la renuencia del cliente, por cuanto existe la posibilidad de que en el contexto el cliente sea reacio a acudir a la mediación; (ii) la conducta motivada por el dinero, como elemento relevante en la facturación que realiza el profesional del derecho contrastado con el litigio; y (iii) el escepticismo sobre la mediación⁸⁵.

Por un lado y en un primer sentido, es posible explicar los problemas por los cuales la mediación no es utilizada con más frecuencia desde la

⁸⁴ Bobbi McAdoo y Nancy A. Welsh, “Does ADR really have a place on the lawyers’ Philosophical Map?” *Journal of Public Law & Policy*, No. 18 (1997): 391-392.

⁸⁵ Bryan Clark, *Lawyers and Mediation* (Springer, 2012) Edición en PDF, 29-64.

perspectiva del cliente, pues como explica Clark, existen una variedad de escenarios en los que clientes han rechazado la viabilidad de la mediación, ora por preferencia, ora por ignorancia⁸⁶. En cualquiera de los casos, el cliente es el que juega el papel preponderante en el rechazo de la mediación⁸⁷.

En el segundo de los sentidos abordados, algunos han puesto de manifiesto que el prospecto financiero de cara al uso de medios alternativos como la mediación puede influir negativamente en los honorarios del abogado, provocando que no recomiende a su cliente que opte por el medio alternativo⁸⁸. Aunque en la otra cara de la moneda, se encuentre la afirmación de que en la mediación existe un potencial inexplorado para la producción de dinero⁸⁹.

En el tercero y último de los sentidos, el principal obstáculo de la mediación se manifiesta en el escepticismo que rodea a la práctica. Pues existen comentarios sobre los miedos que rodean a la mediación, sobre la eficiencia, sobre el tiempo, sobre la imparcialidad del mediador, entre otras ideas que no pueden estar mas alejadas de la realidad; en los países de la comunidad europea, por ejemplo, es posible apreciar como la promoción realizada desde las políticas públicas han fomentado el uso y la eficiencia de la mediación⁹⁰.

Lo que tienen en común las tres teorías que intentan explicar por qué en algunas ocasiones se ha perjudicado la opción de la mediación frente a otros medios de resolución de conflictos, es que de una forma u otra

⁸⁶ *Ibid*, 35-37.

⁸⁷ Aunque en la misma línea de ideas, algunos autores afirman que otro problema que podría obstaculizar el paso de la mediación es una visión abogado-céntrica, que de una forma u otra termina por afectar la autonomía o la capacidad del cliente en la posibilidad de involucrarse genuinamente en el procedimiento de mediación, ver: Jacqueline Nolan-Haley, "Lawyers, clients, and Mediation" *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, No. 5 (1998): 1377-1379.

⁸⁸ Bryan Clark, *Lawyers and Mediation*... 40.

⁸⁹ Aachman Shekhar, "Mediation in the Modern Legal Practice: An Overlooked Money-Maker?" *LSE Law Review Blog*, 5 de octubre de 2021, consultado el 9 de noviembre de 2023, disponible en: <https://blog.lselawreview.com/2021/10/mediation-modern-legal-practice-overlooked-money-maker>.

⁹⁰ Marco Giacalone y Seyedeh Sajedeh Salehi, "An empirical study on mediation in civil and commercial disputes in Europe: the mediation service providers perspective" *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, No. 2 (2022). Ver también comentarios en este sentido: Stephan Prayer, "Why is mediation not used more often as means of alternative dispute resolution" *European Parliament's Committee on Legal Affairs* (2012).

encuentran fundamento en la educación tradicional que los profesionales de hoy, y en especial el profesional en derecho, reciben respecto del conflicto, impactando directamente en su percepción sobre la conveniencia, el prospecto financiero y la confianza en la mediación.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

De este breve estudio es posible subrayar algunas conclusiones relevantes para la consideración nacional. No cabe duda que la mediación ha ganado popularidad con el paso del tiempo, tampoco existe desacuerdo respecto al auge que ha tenido, pues definitivamente ha logrado descongestionar el sistema judicial de aquellos países que han logrado implementar un verdadero sistema de mediación, o de medios alternativos en general.

El caso venezolano es particular, pues nuestro país no tiene un marco normativo que otorgue robustez a un medio alternativo distinto al arbitraje; lo que sí posee es, como fue destacado a lo largo de este trabajo, una serie de normas que permiten impulsar la mediación en sede judicial.

Para países como Italia, Canadá, España, Irlanda e Inglaterra imponer una etapa previa de mediación a las partes no contradice de manera alguna el acceso a la justicia, este argumento reposa en dos verdades, a saber: (i) está en el mejor interés de las partes en conflicto y de la sociedad resolver la controversia en una etapa primeriza del litigio y (ii) las partes siempre pueden optar por alejarse del medio alternativo.

Distinto es el caso de Venezuela, donde la realidad judicial se ha vuelto difícil de manejar y sin duda necesita de una suerte de desahogo, Siendo la implementación de la mediación el mecanismo más adecuado para este fin. No obstante, si se desea que la mediación tenga éxito, es necesario que se despejen algunas dudas sobre su funcionamiento jurídico, solo con un funcionamiento certero y claro se podrá implementar a gran escala la panacea que ha servido a otros sistemas. De ahí que sea necesario otorgar fisonomía propia a la mediación, de definir los contornos del medio alternativo, pues de lo contrario solo se fomentaría un escepticismo sobre la eficacia del medio que jamás llevaría a su inclusión.

Es importante destacar que el mandato constitucional que descansa en nuestro texto fundamental no puede traducirse en una mediación forzada. Se puede considerar que el legislador puede aprovechar las bondades de la mediación si genera verdaderos espacios de promoción, de la mano de un marco lo suficientemente robusto para generar un impacto en la justicia venezolana.

Finalmente, es importante mencionar que el cambio requerido para la implementación de la mediación no solo debe ser emprendido desde los tribunales, sino también desde las casas de estudios del país. Aunque claro está que ya existen esfuerzos por promover los medios alternativos de resolución de conflictos desde los pupitres nacionales, es evidente que aún queda mucho por hacer sobre un fenómeno que bien podría ser sistemático.

No obstante, no es la intención de este trabajo sugerir que se prescindiera de la educación tradicional, pero sí es importante que el abogado venezolano comprenda el conflicto a través de las distintas oportunidades en las que sea posible ahorrar tiempo, dinero y esfuerzo. Esta es una realidad que se ha venido presentando en Venezuela, sin embargo, la evasión del litigio que es instintiva para el jurista venezolano no consiste en una preferencia o aprovechamiento de los medios alternativos como la mediación, sino en la alternativa más favorable que resulta ser la negociación.

**BREVES REFLEXIONES
SOBRE LA EXPROPIACIÓN
EN EL ARBITRAJE
DE INVERSIÓN COMO
CONSECUENCIA DE
LAS REGULACIONES
DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS PARA
DISMINUIR LAS MUERTES
AL AÑO POR ENFERMEDADES
NO TRANSMISIBLES**



EURIBEL CANINO B.*

Resumen: El presente trabajo de investigación pretende analizar brevemente las consecuencias jurídicas de la entrada en vigencia de la reforma a la Ley de Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados- Información comercial y sanitaria, publicada el 5 de abril de 2010 de los Estados Unidos Mexicanos, su impacto en el ejercicio de la libertad económica de los inversionistas extranjeros, así como la posible expropiación derivada de tales regulaciones, analizando desde el punto de vista práctico y en base a antecedentes de expropiación de marcas en arbitraje de inversión, las implicaciones y las consecuencias para Estado sede y para el inversionista la sobre regulación o carencia de la misma.

Palabras Clave: Derecho a regular, expropiación, arbitraje de inversión.

**EXPROPRIATION IN INVESTMENT ARBITRATION AS
A CONSEQUENCE OF THE REGULATIONS OF THE UNITED
MEXICAN STATES TO REDUCE DEATHS PER YEAR
FROM NON-COMMUNICABLE DISEASES.**

Abstract: This research paper aims to analyze the legal consequences of the entry into force of the reform to the Law on General Labeling Specifications for Prepackaged Foods and Non-Alcoholic Beverages-Commercial and Sanitary Information, published on April 5, 2010

* Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello, con estudios de posgrado en Derecho Mercantil en la misma casa de estudios y egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

of the United Mexican States, its impact on the exercise of the economic freedom of foreign investors, as well as the possible expropriation derived from such regulations, analyzing from a practical point of view and based on precedents of trademark expropriation in investment arbitration, the implications and consequences for the host State and for the investor the over-regulation or lack thereof.

Keywords: Right to regulate, expropriation, investment arbitration.

I. ENFERMEDADES NO TRANSMISIBLES Y LAS RECOMENDACIONES EMANADAS DE LA OMS.

En el año 2021, de acuerdo a información suministrada en el portal web de La Organización Mundial de la Salud (OMS)¹, cuarenta y un millón de personas fallecen al año como consecuencia de enfermedades no transmisibles, de acuerdo a lo indicado en dicho portal, este número de fallecidos representan al menos el 71% de las muertes producidas al año.

De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), enfermedad no transmisible “se refiere a un grupo de enfermedades que no son causadas principalmente por una infección aguda, dan como resultado consecuencias para la salud a largo plazo y con frecuencia crean una necesidad de tratamiento y cuidados a largo plazo”²

Al tratarse de enfermedades cuyo origen no es el resultado de una infección sino como consecuencia de factores como la genética, factores ambientales y hábitos alimenticios y vinculados con la actividad física, la OMS ha emitido diversas recomendaciones con el propósito de evitar un incremento de estas enfermedades, procurando evitar que desde edades muy tempranas se expongan a los niños a alimentos que favorecen el desarrollo de estas.

Un claro ejemplo de este tipo de recomendaciones sería el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna que pretende limitar o regular su comercialización, procurando con este Código, que no se induzca a error que favorezca la compra de alimentos

¹ «Enfermedades no transmisibles» Organización Mundial de la Salud, acceso el 25 de julio de 2022, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/noncommunicable-diseases>

² «Enfermedades no transmisibles» Organización Panamericana de la Salud (OPS), acceso el 20 de julio de 2022, <https://www.paho.org/es/temas/enfermedades-no-transmisibles>

que podrían resultar nocivos para la salud de los lactantes, esto debido a que la mayoría de las formulas y alimentos para bebés que se comercializan contienen ingredientes perjudiciales como azúcares y aceites no aptos para su consumo en esas edades, y que además, el consumo prolongado por largos periodos de tiempo podrían desencadenar enfermedades metabólicas en lactantes, sobrepeso y desarrollo de diabetes.

Así como se ha procurado limitar la forma en la que se comercializan los sucedáneos de leche materna, evitando que se utilicen elementos que induzcan al error al consumidor, tales recomendaciones se han extendido a otra serie de productos que se comercializan cada día a nivel global, entre esta serie de productos podríamos encontrar los cigarrillos, alimentos y bebidas “infantiles”, y otros alimentos y bebidas no clasificados por rango de edad, considerados como factores de riesgo para el desarrollo de enfermedades no transmisibles.

Cada día incrementa la preocupación de Organizaciones como la OMS y la Organización de las Naciones Unidas por reducir el impacto de las enfermedades no transmisibles, los cuales no solo impactan la salud del que las padece o de su entorno, sino que también son consideradas como una piedra de tropiezo para la sostenibilidad ambiental, es por ello que en el marco de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, el tercer objetivo de dicha Agenda para el Desarrollo Sostenible, era el de “Garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades es esencial para el desarrollo sostenible”³ donde se propone como una de las metas del objetivo “3.4 Para 2030, reducir en un tercio la mortalidad prematura por enfermedades no transmisibles mediante la prevención y el tratamiento y promover la salud mental y el bienestar”⁴

Para cumplir el objetivo de reducir en un tercio la mortalidad prematura, se requiere la participación activa de los Estados, no solo con actividades de concientización sobre este tipo de enfermedades y cómo prevenirlas, sino que en muchos casos los Estados deberán tomar acciones más restrictivas en pro de alcanzar tales objetivos, dichas acciones podrán ser vistas como limitaciones a empresas del rubro de la salud

³ «Objetivos de Desarrollo Sostenible» Naciones Unidas, acceso el 24 de julio de 2022. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>

⁴ Ídem.

para evitar una comercialización inadecuada de productos altamente nocivos para la salud.

No obstante, valdría la pena preguntarse qué ocurre en aquellos casos donde algún Estado por adoptar las recomendaciones limita a las marcas en la forma como comercializan sus productos a tal punto que afecte la forma de reconocimiento de estas, ¿estaríamos ante un caso de expropiación de esa marca?

Con el fin de dar respuesta a este planteamiento, en este trabajo nos centraremos en la situación particular de los Estados Unidos Mexicanos. Esta Nación en el ejercicio de su soberanía dio inicio a la adopción de recomendaciones de la OMS con el objeto de reducir las muertes al año que ocasionan las enfermedades no transmisibles.

Uno de los primeros pasos de los Estados Unidos Mexicanos fue la reforma a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010, contentiva de las especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados que había sido publicada en el año 2010, dicha reforma se publicó el 27 de marzo de 2020 en el Diario Oficial de ese país. La modificación de la norma de etiquetado de alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasadas pretende limitar el uso de etiquetas en aquellos productos que tengan en su empaquetado uno o más sellos de advertencia por exceso de calorías, azúcares, sodio, grasas trans o saturadas, con el propósito de evitar que tales empaques induzcan al consumo de productos altos en sodio, azúcares o edulcorantes que puedan resultar nocivos para la salud del consumidor.

Dicha limitante, exige a aquellas marcas que fabriquen productos alimenticios que incluyan en su empaque más de un sello de advertencia a eliminar de sus empaques referencias a personajes infantiles, animaciones, mascotas y otra serie de elementos, tal como se indica en el artículo que se transcribe a continuación:

4.1.5 Los productos preenvasados que ostenten uno o más sellos de advertencia o la leyenda de edulcorantes, no deben: a) incluir en la etiqueta personajes infantiles, animaciones, dibujos animados, celebridades, deportistas o mascotas, elementos interactivos, tales como, juegos visual – espaciales o descargas digitales, que, estando dirigidos a niños, inciten, promueven o fomenten el consumo, compra o elección de productos con exceso de nutrimentos críticos o con edulcorantes. (Omissis).

La exclusión de elementos gráficos como los que se indican en la norma antes citada, podrían afectar de manera directa la forma en la que el consumidor se identifica con la marca, así como la manera en la que la marca es reconocida por sus consumidores, lo que implicaría una disminución de sus ventas, y aunque pareciera que este es el propósito de la OMS y de las Naciones Unidas por ser una de las formas de reducir las enfermedades no transmisibles, es necesario plantearse las implicaciones legales y jurídicas para la marca en los Estados que adopten dichas recomendaciones, ya que cada Estado tiene la libertad de adoptar las medidas que estime necesarias para el cumplimiento de tales objetivos.

Por último, es necesario mencionar que del análisis de la norma de los Estados Unidos Mexicanos que regula la comercialización de los productos y establece parámetros para su etiquetado, se observa de la lectura del primer considerando del instrumento jurídico, que una de las razones de hecho de la necesidad de reforma de la Ley es la responsabilidad del Estado de garantizar que los productos que se comercializan en dicho territorio cuenten con la adecuada información nutricional que permita a las personas elegir los productos de una manera consciente⁵, dicha responsabilidad que debe ser garantizada por el Estado la abordaremos en el siguiente punto de este trabajo.

II. EL DERECHO A REGULAR DE LOS ESTADOS.

Cuando dos países tienen interés en estrechar vínculos comerciales y jurídicos, es usual que entre estos se celebren tratados bilaterales de inversión, con el objeto de promover la inversión entre los nacionales de cada Estado, mediante el establecimiento de normas claras que protejan la inversión y los derechos de los inversionistas, regulando de forma clara y transparente los derechos tanto de los inversionistas como del Estado sede, preservando el ejercicio de su soberanía y ofreciendo a las partes mecanismos adecuados para solucionar los eventuales conflictos que surjan en el desarrollo de la inversión.

⁵ MODIFICACIÓN a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados- Información comercial y sanitaria, publicada el 5 de abril de 2010. https://www.dof.gob.mx/2020/SEECO/NOM_051.pdf

En este orden ideas, el artículo 2.4 del Acuerdo de Cooperación antes identificado, establece que el “Acuerdo no puede de ninguna manera limitar los derechos y beneficios que un inversionista de una Parte tiene de conformidad con la legislación nacional o internacional aplicable, en el territorio de la otra Parte”⁶.

Si bien cada Estado es soberano para dictar normas dentro de su territorio, las regulaciones que estos hagan no pueden resultar discriminatorias para sus nacionales o sus inversionistas. Este deber de igualdad en la regulación interna podemos verlo reflejado en el Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa de Brasil y los Estados Unidos Mexicanos de 2018 que establece que:

Artículo 5 No Discriminación

1. Sin perjuicio de las excepciones establecidas por su legislación en la fecha en que el presente Acuerdo entre en vigor, una Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte y sus inversiones, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas y sus inversiones. Lo dispuesto en este Artículo no impide la adopción y aplicación de nuevos requisitos o restricciones legales a los inversionistas y sus inversiones siempre y cuando no sean discriminatorios. Se considerará que un trato es menos favorable si modifica las condiciones de competencia a favor de sus propios inversionistas y sus inversiones en comparación con los inversionistas de la otra Parte y sus inversiones.

El caso de la reforma de la ley de empaquetado mexicana bajo estudio en este trabajo, la intervención del Estado para limitar a las marcas que comercializan productos alimenticios y bebidas no alcohólicas en el uso de elementos que puedan inducir en error al consumidor al considerar que es un producto inocuo para la salud que tal reforma implica, es lo que el Doctor José Ignacio Hernández precisaría como el derecho a regular de los Estados.

⁶ «Acuerdo De Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (República Federativa Del Brasil, 2015)» Suprema Corte de Justicia de la Nación, acceso el 25 de julio de 2022. <https://legislacion.scjn.gob.mx/buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=HyhCeKo-VXreNENmlWqWmGXmafUBdqngB3vxgwkhuBuqzkMa5jEyj3C9mL77IX1bA16N/jBH+DYL+SRSm1yKQQA>

La regulación abarca a cualquier forma de intervención del Estado que, a partir de ese análisis económico, impone límites al ejercicio de actividades empresariales. Esto abarca tanto el poder de regulación traducido en Leyes, como la potestad de regulación, traducida en los actos –normativos o particulares- de la Administración, por medio de los cuales ordena y limita el ejercicio de actividades empresariales.

De allí que la expresión “derecho a regular” alude a cualquiera de estas formas de intervención del Estado en la economía. Por lo tanto, la expresión “derecho a regular” empleada en el Derecho Internacional de Inversiones hace referencia, precisamente, a la intervención del Estado en la economía, como manifestación de su soberanía⁷.

Es importante mencionar, que de acuerdo a lo indicado por el doctor Hernández en su artículo, el derecho a regular de los Estados pretende limitar el ejercicio de actividades económicas, no obstante, en arbitraje de inversión, cuando el Estado sede en el ejercicio de su derecho a regular limita la actividad económica de los inversores, vale la pena preguntarse hasta qué punto esa regulación puede implicar una afectación directa a la libertad del ejercicio económico del inversor o la expropiación de la marca.

No obstante, para el doctor Hernández, los tratados bilaterales de inversión suscritos entre Estados contienen estándares de protección que sirven de garantías reconocidas en los Tratados a favor del inversor que limitan el derecho a regular de los Estados receptores de la inversión⁸. Así las cosas, los tratados bilaterales de inversión podrían evitar que en el ejercicio del derecho a regular de los Estados, estos limitaran de una manera excesiva el ejercicio económico de los inversionistas.

No obstante, para Hildegard Rondón de Sansó hay dos aspectos fundamentales que deben tomarse en cuenta sobre el derecho a regular, el primero de ellos es que resulta necesario reconocer que el Estado tiene un poder regulatorio, el cual no solo se trata de una potestad discrecional el ejecutar dicho poder, sino que el Estado debe ejercerlo para

⁷ José Ignacio Hernández G. «Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones», *Revista Electrónica de Direito* (2017), 12.

⁸ *Ibidem*, 13

obtener sus fines; el segundo aspecto, referido a que negar el poder regulatorio del Estado supondría un riesgo al ejercicio de las potestades públicas y evitaría que este pueda dictar medidas con el fin de tutelar sus intereses⁹.

Esta forma de ver el derecho a regular de los Estados propuesta por Rondón de Sansó permite analizar la actividad regulatoria como una necesidad para proteger los intereses del Estado y garantizar el cumplimiento de objetivos específicos como nación, y no como una sanción que busca limitar de manera constante el ejercicio de libertades económicas de sus nacionales e inversionistas extranjeros.

III. ARBITRAJE DE INVERSIÓN POR EXPROPIACIÓN DE MARCA COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE LOS ESTADOS DE REGULAR

Los tribunales arbitrales han clasificado las medidas expropiatorias de diferentes maneras, en el entendido que tales medidas son consideradas expropiación indirecta por los Estados receptores de la inversión¹⁰.

A los efectos de este trabajo, nos centraremos en lo que Hildegard Rondón de Sansó define como expropiación regulatoria, según la cual “se produce cuando una medida gubernamental adoptada con en el poder regulatorio que corresponde a todo Estado tiene tal impacto sobre el valor económico de la inversión que puede considerarse como un acto expropiatorio”¹¹. Continúa la autora indicando que este tipo de expropiaciones son usuales cuando se trata de medidas que deben los Estados adopta en materia de salud, ambiente, moral, cultura o incluso relativas a la economía de esa Nación, por tanto, es una expropiación que se enmarca dentro de una planificación del Estado receptor de la inversión que pretende alcanzar una serie de objetivos en pro del bienestar de sus ciudadanos.

⁹ Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión* (Caracas, 2010), 81

¹⁰ *Ibidem*, 79.

¹¹ *Ídem*.

Para el abogado Francisco González de Cossio, la expropiación en el derecho internacional no es ilegal por sí misma, no obstante, se requiere que dicha expropiación cumpla una serie de requisitos para que sea lícita, a saber: que sea por causa de un interés público, que sea realizada en forma no discriminatoria, y, debe existir una compensación pronta, adecuada y efectiva¹².

Resulta de gran importancia el último de los requisitos de licitud de la expropiación indirecta indicado por González de Cossio, según el cual es necesario la existencia de una compensación a la parte afectada de dicha expropiación, y esto resulta relevante porque si bien no se considera la expropiación como algo ilícito, es una responsabilidad de los Estados compensar al inversionista que ve afectada su inversión o su economía como consecuencia de la actividad regulatoria del Estado.

Respecto al derecho a regular de los Estados frente al arbitraje de inversión, es necesario mencionar el caso CIADI Philip Morris vs. Uruguay, en el cual Philip Morris inversionista Suizo en Uruguay demandó a este último, por expropiación indirecta de la marca y presuntas violaciones al tratado bilateral de inversión entre Suiza y Uruguay por regulaciones dictadas por el Estado sede que afectaron directamente a la empresa.

Respecto a este caso, para el doctor José Ignacio Hernández el objeto principal consistía en determinar si talo regulación constituía o no una violación a dicho tratado, tal como se transcribe a continuación¹³:

De allí que el objeto básico de ese caso consistía en determinar si la regulación dictada por la Administración en materia de tabaco constituía una violación al TBI aplicable, lo que pasaba, entre otros aspectos, por determinar su razonabilidad y racionalidad. Precisamente, el laudo arbitral comentado negó que las medidas administrativas cuestionadas violasen el TBI, partiendo de la deferencia a favor del poder de policía del Estado sede.

¹² Francisco González de Cossio, «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión», *Revista Internacional de Arbitraje* (2006) <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/MEDIDAS%20EQUIVALENTES%20A%20EXPROPIACION%20EN%20ARB%20DE%20INVERSION.pdf>

¹³ José Ignacio Hernández, «Balance y Perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones», en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (Centro para la Integración y el Derecho Público CIDEP, N° 10, Caracas 2016).

Así, el Tribunal Arbitral concluyó que la protección a la salud ha sido considerada una manifestación esencial del poder de policía del Estado sede. Por ello, reiteró que como regla, la regulación adoptada por el Estado para atender políticas públicas, como el derecho a la salud, debe presumirse conforme al Tratado.

De acuerdo a la cita anterior, se observa que los tribunales arbitrales de inversión reconocen la necesidad de los Estados de ejercer su soberanía a los fines de aplicar regulaciones que si bien pueden afectar económicamente a los inversionistas extranjeros, pretender proteger un interés superior como lo sería el de la salud, medio ambiente, o incluso cultural, o, en palabras del doctor Hernández, “reconoce la necesidad ponderar debidamente la soberanía del Estado sede para regular la actividad del inversor”¹⁴

De lo antes expuesto, podemos concluir que en el caso bajo estudio en este trabajo, es decir las regulaciones de los Estados Unidos Mexicanos al etiquetado de marcas de alimentos y bebidas que se comercializan en ese territorio, es una regulación lícita a las empresas que ejercen su actividad económica en dicho país.

Adicionalmente, debe mencionarse que actualmente no se tiene conocimiento que empresas de alimentos hayan iniciado demandas contra el Estado mexicano por la regulación a las marcas, no obstante, si se presentara alguna demanda por expropiación indirecta a las marcas, sería necesario que se reitera que la decisión del Estado de reformar la ley de etiquetado obedece al cumplimiento del objetivo número tres de la Agenda 2030 según la cual se pretende reducir en un tercio las muertes al año por enfermedades no transmisibles, lo que enmarca a la actividad de dicho Estado de proteger la salud de su colectividad.

IV. CONCLUSIONES.

Con el propósito de aclarar alguna de las preguntas planteadas en este trabajo, las empresas cuyo ejercicio de sus actividades económicas se vieran limitadas o afectadas por las diversas regulaciones que un Estado puede hacer, podrían demandar al Estado sede por expropiación.

¹⁴ *Ibidem*, 85.

A pesar de lo anterior, es importante recordar que en todo caso, la expropiación debe cumplir tres aspectos importantes para que sea lícita, es decir, debe ser por causa de un interés público -en el caso bajo estudio sería la salud-; que se realice en forma no discriminatoria –lo vemos en el supuesto de manera clara, cuando la reforma de la ley de etiquetado va dirigida a todas las empresas que comercialicen productos dentro del territorio mexicano- y, que exista una compensación pronta, adecuada y efectiva, este último requisito no podemos verificar si se cumplió en el caso concreto, no obstante podría ser una de las reclamaciones en caso que un inversionista demandara al Estado, podrían solicitar la indemnización por la falta de pago oportuno.

Por último, resulta necesario reiterar que los estados en el ejercicio de su soberanía y con el fin de alcanzar objetivos propuestos pueden limitar el ejercicio de la actividad económica de sus nacionales y de inversionistas extranjeros, siempre que tales limitaciones no resulten discriminatorias entre el nacional del Estado sede y el inversor extranjero.

Tal como se indicó en este trabajo, limitar el derecho a regular de los Estados podría implicar un riesgo al ejercicio de las potestades públicas que este tiene y, en consecuencia, evitar que este pueda proteger sus intereses y cumplir con sus políticas públicas.

Por tanto, aunque pueda considerarse una posible violación a los tratados, la cual no resulta el tema central de este tratado, y que además se considere que hubo expropiación, las regulaciones de este Estado obedecen a una situación crítica de salud pública que incluso afecta la sustentabilidad del medio ambiente y sobre la que es necesario tomar correctivos adecuados y tempranos para disminuir la cantidad de muertes y enfermos al año como consecuencia de las enfermedades no transmisibles.



www.camaradecaracas.com

  @camaradecaracas   Cámara de Caracas

www.arbitrajeccc.org

   arbitrajeccc