



¿A QUIÉN NO LE GUSTA EL ARBITRAJE? WHO DOESN'T LIKE ARBITRATION?

Hernando Díaz-Candia

Ya en esta columna se ha escrito sobre el arbitraje y sus indudables beneficios. Hemos visto que el arbitraje es una institución jurídica derivada de métodos políticos de resolución de controversias entre comerciantes, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, por el consentimiento de las partes y en exclusión parcial de la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante una controversia con la aplicación de normas o principios preexistentes. El arbitraje, además, no es excepcional ni inferior al Poder Judicial, aunque debe conservar ciertas propiedades que lo caracterizaron en su origen y que lo diferencian del funcionamiento del Poder Judicial, particularmente la flexibilidad en la valoración de las pruebas y en el método de razonamiento jurídico, pero sin faltar rigurosidad científica. Se ha visto, también, que los acuerdos de arbitraje deben ser interpretados de forma amplia y expansiva, tanto en sus aspectos subjetivos como en los materiales y que por acrecentar la separación del Poder Estatal, el arbitraje puede ser particularmente ideal para juzgar objetivamente la legalidad de los actos estatales.

Parece a veces difícil entender, entonces, que el arbitraje no tenga aún más aceptación de la que actualmente goza en Venezuela. Ello puede deberse, tal vez, a experiencias históricas adversas a Venezuela, según lo reseñó un reciente laudo internacional.¹ Debe reconocerse que en Venezuela existe, o al menos existió, una desconfianza histórica hacia el arbitraje. Según reseña un laudo arbitral del año 2010, esa desconfianza puede tener sus orígenes en las experiencias adversas que para Venezuela representaron los arbitrajes limítrofes con Colombia en 1891², y sobre el Territorio Esequibo (hoy República de Guyana) en 1897-1899;³ así como la intervención militar o bloqueo del año 1902 por Alemania, Italia y el Reino Unido por el cobro de deudas extranjeras, que culminó con la aceptación de «Comisiones Mixtas» como mecanismos pseudo-arbitrales que determinarían lo pagadero a los acreedores extranjeros.⁴ Tales eventos propiciaron la formulación de la doctrinas Drago y Calvo, que prohibieron el uso de la fuerza para el cobro de deudas y la limitación de la protección diplomática a los inversionistas extranjeros. Las malas experiencias pasadas deben, así, ser superadas constructivamente para generar confianza institucional en el arbitraje.

En efecto, la expansión del arbitraje puede y debe favorecerse con un proceso político, y no solo con la creación de leyes de arbitraje, y Centros de Arbitraje. Es importante que los jueces, los legisladores y los ciudadanos particulares no perciban que el arbitraje crea una suerte de Derecho paralelo, y debido a ello, un mecanismo forajido, no idóneo para lidiar con asuntos de orden público.

En sus orígenes remotos en la Europa Medieval, y posteriormente ingleses y neoyorquinos, el arbitraje comercial parece haber surgido para escapar de la jurisdicción judicial en favor de que los comerciantes resolvieran sus problemas internamente, entre ellos, pues precisamente ellos conocían mejor las reglas del mercado. Pero hoy en día el arbitraje ha progresado hacia su legalización y ha obtenido incluso reconocimiento constitucional como mecanismo para la resolución de controversias.

Para promocionar al arbitraje éste debe fundamentarse en principios universalmente válidos, como el del acceso a la verdadera justicia sustantiva y las libertades básicas del individuo frente al Estado; pero reconociéndose que ciertas áreas o parcelas de alta sensibilidad social pueden ser excluidas

Arbitration -with its undeniable benefits- has already been discussed in this column. Arbitration is a legal institution derived from political methods for the resolution of disputes among business people, by means of which a third party not connected to a state structure is constituted under exceptional circumstances into an authority pursuant to the consent of the parties, partially excluding state jurisdiction, in order to resolve a dispute in a legally binding manner by applying pre-existing norms and principles. Arbitration is not an exception nor is it inferior to the judiciary, although certain properties inherent to the origin of arbitration must remain in order to differentiate it from court proceedings, particularly the flexibility in the taking of evidence and legal reasoning methods, without setting aside scientific rigorosity. It has also been observed that arbitration agreements must be interpreted in a broad and expansive manner, both in subjective and material aspects. Also, because arbitration increases the separation from the state power, it can be particularly ideal for the objective judgment and review of state actions.

It is therefore difficult to understand that arbitration is not more widely accepted than it actually is in Venezuela. This perhaps may be due to adverse historic experiences in Venezuela, as pointed out by a recent international arbitral award. It must be recognized that in Venezuela there is -or at least was- an institutional and historic mistrust against arbitration. According to an arbitration award of 2010, that mistrust may have its origins in the adverse experiences in Venezuela in geographical border arbitrations with Colombia in 1891 and above all the Esequibo territory (today the Republic of Guyana) in 1897-1899 as well as the 1902 military intervention or blockade by Germany, Italy and the United Kingdom for the collection of foreign debts, which ended with the acceptance of «mixed commissions» as pseudo-arbitration mechanisms that determined the amounts payable to the foreign creditors. These events fostered the Drago and Calvo doctrines which forbade the use of force for the collection of debts and limits on the diplomatic protection to foreign investors. The bad experiences of the past must therefore be overcome constructively in order to generate institutional trust in arbitration.

The expansion of arbitration can and must be favored through a political process and not only through the creation of arbitration laws and arbitration centers. It is important for judges, legislators and individual citizens not to perceive arbitration as creating a sort of parallel body of Law and an outlaw mechanism that is not well-suited for dealing with public affairs.

In its remote origins in medieval Europe and later in England and New York, commercial arbitration seemed to have arisen to escape a legal jurisdiction in favor of business people resolving their problems internally among themselves, because, it was thought, that business people knew market rules better. Nowadays, however, arbitration has progressed towards full legal recognition and has even attained constitutional standing in Venezuela as a mechanism for the resolution of disputes.

In order to promote arbitration, the institution must be based on universally valid principles such as the access to true substantive justice and the basic freedoms of individual before a government apparatus, but always recognizing that certain areas of high social sensibility may be excluded specifically from arbitrability, albeit not generically, due to reasons of social sensibility and public policies. Arbitrability, however, must not be established by deciphering what is the public order or public policy but by balancing the public interest and institutional trust in arbitration, bearing in mind the social relevance of a specific issue.

Reciprocal collaboration must exist between the arbitration system and the judiciary so that both work in achieving the common good and for citizens to have access to substantive justice based on the election of a mechanism for the resolution of disputes that does not favor formalistic reasoning nor extreme positivism, and that integrates or amalgamates the facts with the law on a case-by-case approach. For these purposes, arbitrators must attempt to issue decisions that will be culturally accepted and therefore compulsorily enforced by the judiciary if necessary. Secondly, when judges review arbitral decisions, they must not assume that the

del arbitraje, de manera específica y no genérica, por razones de confianza y políticas públicas. La arbitrabilidad no debe establecerse descifrando el orden público, sino balanceando el interés público y la confianza institucional en el arbitraje, teniendo en cuenta la trascendencia social de una materia.

Entre el sistema arbitral y el Poder Judicial debe existir una colaboración recíproca, de manera que ambos trabajen en la realización de una obra y el logro de un fin común: que los ciudadanos puedan acceder a la justicia sustantiva, con base en la elección de un mecanismo de resolución de controversias que propicia razonamientos no formalistas ni extremadamente positivistas, integrando o amalgamando los hechos con el derecho en laudos arbitrales casuísticos. A tal efecto, primero, los árbitros deben procurar emitir laudos que sean bien recibidos y por lo tanto ejecutados forzosamente por el Poder Judicial si es necesario y, segundo, los jueces al revisar laudos arbitrales no deben asumir que los árbitros tenían que razonar, interpretar el derecho y determinar los hechos igual que lo hubiese hecho el Poder Judicial. Es necesario que los árbitros reconozcan un verdadero carácter persuasivo a los precedentes judiciales sustantivos y que los jueces sean moderados, condescendientes y jurídicamente corteses con el criterio y discernimiento de los laudos arbitrales.

Hay que reconocer que el arbitraje no es ideal para todas las controversias, pues el mismo implica —entre otras cosas— sufragar inversiones tales como honorarios de árbitros y de centros administrativos que no se sufragan de forma inmediata en jurisdicciones judiciales, así como la constitución de tribunales no permanentes o tal vez accidentales. Pero debe recordarse, también, que para el arbitraje no es esencial que las partes renuncien a derechos, excepto el que se refiere a accionar ante los tribunales judiciales lo que han convenido en someter a arbitraje. Tampoco es esencial para el arbitraje que se repartan bienes, derechos o intereses entre las partes, de manera que ninguna resulte totalmente vencida. El arbitraje puede y debe darle toda la razón a quien en efecto la tenga.

El arbitraje reviste una flexibilidad intrínseca que no es incompatible con el concepto de orden público, ni acarrea el desconocimiento del Derecho aplicable. Pero es una institución que permite a las partes escoger, legítimamente, que el método de razonamiento jurídico y valoración de las pruebas que se empleará para la resolución de su disputa no esté necesariamente aprisionado por visiones excesivamente positivistas, formalistas ni exegéticas. En el arbitraje no debe darse preponderancia a requisitos externos o aspectos de expresión en los actos jurídicos, ni a cuestiones procedimentales en contraposición al fondo del pleito o causa, pues ello sería un formalismo indebido.

Pensamos que si a quienes ya les gusta el arbitraje colaboran constructiva y amablemente en pregonar lo anterior, se iniciaría un camino para que no quede alguien, en la sociedad civil ni en los Poderes Públicos, a quien no le guste el arbitraje.

arbitrators had to reason and interpret the law and establish the facts exactly as the judiciary would do. Arbitrators must recognize the truly persuasive nature of substantive legal precedents from the judiciary, but judges need to be moderate, condescending and legally courteous towards the criterion and discernment reflected in arbitral decisions.

It must be recognized that arbitration is not ideal for all types of disputes, since it implies —among other things— the payment of fees and administrative expenses, which are not directly paid by the parties when litigation before the judiciary; as well as the constitution of non-permanent or accidental tribunals. But one must also remember that in arbitration it is not essential for the parties to waive their substantive rights, except that which refers to activating the judiciary with respect to a specific matter. Neither is it essential in arbitration that rights or interest among the parties be equitably split so that neither party fully loses in reality. Arbitration can and must give the right to the party who in effect must legally have it.

Arbitration carries an intrinsic flexibility which is not incompatible with the concept of public order or public policy; and does not necessarily imply setting aside or disregarding applicable law. It is an institution that allows the parties to legitimately choose that the method for legal reasoning and the taking of evidence that is employed for the resolution of the dispute must not be imprisoned by excessive positivism or formalistic and exegetic views. In arbitration, external requirements of form must not be the prevailing aspects. Neither should be the aspects relating to the manner of expressing legal actions nor procedural issues, as opposed to the merits of the case.

Those already in favor of arbitration should collaborate constructively and appropriately to preach its positive aspects: then the road would be paved to achieve a point in which nobody in our civil society or in the public powers dislikes arbitration.

¹Laudo arbitral (decisión sobre jurisdicción) de fecha 10 de junio de 2010 en el caso Mobil Corporation et al. vs la República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI ARB/07/27, p. 36. Consultado en <http://www.worldbank.org/icsid> en febrero de 2010.

²El problema limítrofe sobre la península de la Guajira fue sometido a arbitraje ante la Corona Española visto el fracaso del Tratado Pombo-Michelen. La entonces reina regente María Cristina, dictó el laudo en 1891, el cual estableció la línea fronteriza a partir del Mogote de los Frailes, en la costa occidental del golfo de Venezuela. Cfr.: <http://www.rena.edu.ve/SegundaEtapa/HISTORIA/problemas.html>, consultado en junio de 2010.

³El Tratado de Washington, con base en el cual se realizó el arbitraje fronterizo sobre la entonces denominada Guayana Británica, fue suscrito por Inglaterra y Venezuela en la ciudad de Washington, EE.UU., en febrero de 1897, mientras que el laudo arbitral fue emitido en 1899. Cfr. Rojas, Armando: Venezuela Limita al Este con el Esequibo. Caracas. Oficina Central de Información (OCI), 1965, pp. 4-8.

⁴Este denominado bloqueo pacífico dio origen a la célebre frase del presidente Cipriano Castro: «¡Venezolanos! ¡La planta insolente del extranjero ha profanado el sagrado suelo de la patria!», probablemente inspirada en una frase previa (de 1825) del general argentino Carlos María de Alvear. Cfr. Diccionario de Historia de Venezuela, 2.ª edición. Caracas. Fundación Empresas Polar, 1997. Consultado en: <http://www.fundacionempresaspolar.org/nosotros/historia/cipcastr.html> en junio de 2010.

CONTACTENOS

25a. Avenida de Campo Alegre, Torre Credival Piso 6. Caracas
Teléfono / Phone: 263.08.33, Ext.: 220 - 221 - 152
www.cedca.org.ve info@cedca.org.ve