



Ambiente favorable para pactar arbitrajes NUEVOS INCENTIVOS PARA INCLUIR ARBITRAJE EN CONTRATOS COMERCIALES EN VENEZUELA

**A favorable environment for freely
agreeing upon arbitration
NEW INCENTIVES TO INCLUDE ARBITRATION
CLAUSES IN COMMERCIAL CONTRACTS IN
VENEZUELA**

Gilberto A. Guerrero-Rocca*

Recientemente Venezuela ha experimentado un “boom” en materia de arbitrajes de “inversión” (ej. reclamaciones por expropiaciones, revocación de concesiones, etc.) en la misma forma que Argentina durante la década pasada, generando el interés y atención de nuestro foro jurídico conformado por escritorios, abogados y medios en general. No obstante, debemos destacar que ahora –y como nunca antes- están dadas las condiciones para generar un “boom” similar, pero en materia de **arbitraje comercial** para resolver disputas entre **empresas privadas** con ocasión al desarrollo natural y cotidiano de sus **negocios comerciales**.

Los incentivos tradicionales para optar a un arbitraje comercial: (i) rapidez; (ii) especialidad de los árbitros; (iii) la posibilidad de pactar confidencialidad; (iv) evitar las calamidades y cargas engorrosas de los tribunales; (v) disminución de instancias y gastos judiciales, entre otros, terminaban sucumbiendo -en la praxis- por la extrema “judicialización” de los procedimientos arbitrales.

Afortunadamente, la **tensión** inicial entre el Poder Judicial y el arbitraje, así como la excesiva **intervención o interferencia** del primero sobre el último han encontrado nuevos factores de mitigación o reducción, reactivando así el ánimo de los contratantes para incluir cláusulas arbitrales en sus negocios jurídicos.

¿Cuáles son en específico esos nuevos elementos en Venezuela?: (i) el reconocimiento formal y práctico por la jurisprudencia de los principios que garantizan la sana operatividad y eficacia de los arbitrajes. Ahora, si un contrato incluye una cláusula de arbitraje y alguna parte -pretendiendo desconocerla- recurre a los tribunales locales, estos tienen el deber de remitir la disputa inmediatamente a los árbitros. Igualmente, ese mismo Juez tiene el deber de abstenerse de analizar la validez o no de la cláusula arbitral o del contrato en general, como tampoco puede pronunciarse sobre si la disputa es o no susceptible de ser decidida por los árbitros. Todos esos tópicos deben resolverse exclusivamente por los árbitros de conformidad con la cláusula pactada. Ya no se puede torpedear un arbitraje pactado alegando la nulidad del contrato o de la cláusula, o invocando que la disputa no es susceptible de arbitraje; (ii) la parte que desee demandar conforme al arbitraje pactado no tiene que esperar la resolución definitiva de cualquier incidencia judicial iniciada por la parte reacia a honrar la cláusula de arbitraje. El arbitraje se puede iniciar inmediatamente, o continuar a pesar que una parte haya intentado una acción judicial en desconocimiento de la cláusula arbitral; (iii) la parte que desee demandar -vía arbitraje- conforme a la cláusula pactada, puede obtener protección provisional, cautelar o anticipada (ej. Evitar que el demandado se insolvente), mediante una solicitud formulada ante un Juez ordinario o ante el árbitro de emergencia y sin que ello signifique una renuncia a su cláusula de arbitraje o a la vía arbitral pactada; (iv) si la parte renuente a cumplir el pacto arbitral insiste en abrir nuevos flancos ante tribunales ordinarios, se puede obtener de los árbitros una medida innominada dirigida contra esa parte de “prohibición de iniciar

Recently, Venezuela has experienced an “investment arbitration boom” (for example claims due to expropriations, revoked concessions, etc.) much like in Argentina during the past decade, that has generated interest and attracted the attention of our legal forum comprising law firms, lawyers and the media in general. Nevertheless, we must highlight that now –and like never before- the conditions are in place to generate a similar “boom” but in matters relating to commercial arbitration to solve disputes among private enterprises in the course of the natural day-to-day operations of their commercial business.

The traditional incentives to opt for a commercial arbitration: (i) swiftness; (ii) specialized arbiters; (iii) the possibility of agreeing to confidential proceedings; (iv) avoiding the calamities and onerous burdens of having to go through regular court proceedings; (v) the decrease of legal instances and expenditures, among other reasons, ended up succumbing -in praxis- due to the extreme “judicialization” of arbitration proceedings.

Fortunately, the initial tension between the judiciary power and arbitration, as well as the excessive intervention or interference of the former on the latter have found new mitigating factors, thus reactivating the interest in the contracting parties in including arbitration clauses in their legal business contracts.

Specifically, which are these new elements in Venezuela? (i) The formal and practical recognition by the jurisprudence of the principles that guarantee the healthy operability and efficiency of arbitrations. Now then, if a contract includes an arbitration clause and one of the parties -pretending to disown it- resorts to local courts, the courts have the duty to send the dispute immediately to arbitration. Likewise, that judge is under the obligation to refrain from analyzing the validity or not of the arbitration clause or of the contract in general, and cannot pronounce himself whether the dispute is susceptible or not of being decided by the arbiters. All these topics must be exclusively solved by the arbiters, as per the clause. An agreed-upon arbitration can no longer be thrown out alleging the nullity of the contract or the clause, or invoking that the dispute is not susceptible to arbitration; (ii) the party that wishes to sue as per the agreed-upon arbitration does not have to await the final resolution of any legal instance initiated by the party that is reluctant to honor the arbitration clause. Arbitration can be initiated immediately, or can continue even when another party has attempted a legal action and fails to honor the arbitration clause; (iii) the party that wishes to sue –by way of arbitration- as per the agreed-upon clause, can obtain temporary, precautionary or anticipated protection (for instance, Avoid that the sued party declare bankruptcy), by submitting a request to a regular judge or before the emergency arbiter without this implying a waiver to their arbitration clause or the

o continuar un juicio paralelo”, so pena de ser condenada por los daños y perjuicios que ese incumplimiento le haya generado. Véase que además de los típicos incumplimientos al contrato (ej. Mora en el pago) que dan lugar al arbitraje, el solo hecho de no cumplir con la cláusula arbitral es en sí mismo un nuevo y autónomo incumplimiento al contrato; (v) inclusive, si la “hostilidad” de su contraparte es extrema al punto de pretender torpedear al arbitraje valiéndose del “amparismo judicial” (i.e. acción de amparo constitucional), la jurisprudencia ha aclarado que ese no es el camino para ello, reconociendo al recurso de nulidad como la vía exclusiva para ello. Lo anterior, aún y cuando se invoquen razones de “inconstitucionalidad”; (vi) al concluir el arbitraje la parte gananciosa puede obtener el auxilio de los tribunales ordinarios para ejecutar forzosamente el laudo favorable. El laudo de los árbitros tiene el mismo valor y fuerza legal que una sentencia de un tribunal. Contra ese laudo de los árbitros no existe otra “instancia”. No hay “apelaciones”. De allí el ahorro de tiempo y dinero que ofrece el arbitraje si se compara con los tribunales ordinarios. La parte perdedora no podrá intentar retardar la ejecución del laudo mediante un recurso de nulidad, pues para ello tiene el deber de caucionar montos que garanticen la expectativa de cobro; (vii) ¿pero qué ocurre si los árbitros me atropellan; o deciden anárquicamente; o soy sorprendido con un laudo arbitral que versa sobre un contrato que ni siquiera firmé o desconozco; o nunca me enteré que había un arbitraje en marcha? Los árbitros están obligados a decidir conforme a las leyes pactadas por las partes en el contrato, y a observar todos los principios, garantías y derechos de las partes, así como regirse por el Reglamento del Centro de Arbitraje escogido en el contrato. El laudo puede atacarse mediante el recurso de nulidad ante un Juez Superior; (viii) ¿pero si el laudo de los árbitros puede atacarse ante un Juez Superior mediante una nulidad, ello no abre un escenario de interminables conflictos judiciales que suponen más costo y tiempo?: Afortunadamente, la jurisprudencia también ha aclarado que esa posibilidad no es una apelación ni una nueva instancia, y que esa nulidad está restringida a motivos taxativos previstos en la Ley de Arbitraje Comercial (ej. Nunca se enteró del arbitraje; Ud. jamás firmó el contrato; o los árbitros decidieron en exceso o en forma manifiestamente ilegal). También –afortunadamente– la jurisprudencia ha aclarado que contra esa decisión del Juez Superior no existe recurso alguno (se elimina la Casación ante el TSJ). Simplemente, - y como cualquier otra sentencia en el país- solo sería atacable - y en circunstancias muy excepcionales- mediante la interposición de una solicitud de revisión constitucional o amparo constitucional, directamente ante la Sala Constitucional del TSJ (como única y última instancia). Circunstancia que genera ahorro de tiempo y dinero para las partes (recuérdese que la Casación comercial en Venezuela tiene el riesgo de ser “múltiple”, pero que ahora no aplica para los arbitrajes); (ix) Incluso, la jurisprudencia del TSJ ha girado a favor de admitir pactos arbitrales en un número mayor de materias en disputa, no limitando su campo a meras materias comerciales. En efecto, ahora se le admite en temas sensibles como arrendamiento, consumo, laboral, inmobiliario entre otras. Aunque en este punto debemos advertir que su uso sólo lo recomendamos en casos que involucren intereses comerciales o de impacto económico (ej. En arrendamientos

arbitration proceedings agreed upon; (iv) if the party that is reluctant to comply with the arbitration pact insists in opening new flanks at regular courts, an innominate measure aimed against that party can be obtained under “prohibition to initiate or continue a parallel trial”, and can be convicted for the damages and prejudices arising from noncompliance thereof. Notice that apart from the typical noncompliance of the contract (for instance, delayed payment) which give rise to arbitration, the mere fact of not complying with the arbitration clause is in itself a new and autonomous noncompliance of the contract; (v) even, if the “hostility” of their counterpart is extreme, to the point of throwing out arbitration availing themselves of “legal shelter” (i.e. constitutional shelter action), the jurisprudence has clarified that this is not the way, recognizing the appeal for annulment as the exclusive path. The foregoing, even when citing “unconstitutional reasons”; (vi) upon the conclusion of arbitration the winning party can obtain aid from regular courts to forcibly execute the favorable award. The award issued by the arbiters has the same legal value and force as a sentence issued by a court. There is no other “instance” against the award issued by the arbiters, no “appeals”. Therein the savings in time and money offered by arbitration if compared to regular courts. The party that lost cannot attempt to delay the execution of the award by means of an appeal for annulment, since they are obliged to post bonds to guarantee the expectation of collection; (vii) but what happens if arbiters grossly abuse me? or make anarchic decisions? or I am surprised with an arbitration award on a contract I have not even signed or know nothing about? or I was never told that an arbitration proceeding was in course? Arbiters are obliged to decide as per the laws agreed upon by the parties in the contract, and to observe all the principles, warranties and rights of the parties, and abide by the Regulations of the arbitration center selected in the contract. The award can be attacked by means of an appeal for annulment at a superior judge; (viii) but what if the award issued by the arbiters can be contested by a superior judge by means of an annulment, and this opens up a scenario of endless legal conflicts that imply more costs and time? Fortunately, jurisprudence has also clarified that that possibility is not an appeal nor a new instance, and that this annulment is restricted to taxative motives as per the law of commercial arbitration (for instance, One party never knew of the arbitration; You never signed the contract; or the arbiters decided an excessive or manifestly illegal award). Also –fortunately– jurisprudence has clarified that against this decision by the superior judge there is no appeal possible (the quashing or reversal by the SCJ is eliminated). In simple terms - and as with any other sentence issued in the country- it can only be contested - and under very exceptional circumstances- by filing a motion requesting a constitutional revision or constitutional shelter, directly at the constitutional court of the SCJ (as the sole and last recourse). This is a circumstance that generates



comerciales o industriales, no de vivienda. O en contratos laborales cuando se trate de trabajadores internacionales, de confianza o con habilidades o destrezas altamente especializadas como deportistas o artistas). Allí los árbitros tienen el deber de aplicar las leyes especiales por la materia, debiendo actuar en la misma medida que lo haría un juez local.

En definitiva, hoy por hoy existen suficientes razones para estimular la inclusión de cláusulas de arbitraje al momento de celebrar negocios jurídicos comerciales, dado que las partes cuentan ahora con múltiples herramientas para garantizar la sana operatividad y desarrollo del mecanismo alternativo seleccionado, lo que se traduce en un ahorro sustancial de tiempo y dinero al momento de dirimir conflictos o disputas en el ámbito comercial.

savings in time and money for the parties (remember that commercial cassation in Venezuela includes the risk of being "multiple", but which now does not apply to arbitrations); (ix) Even, jurisprudence in the SCJ has turned in pro of admitting arbitration pacts in a vaster number of subject matters under dispute, not limiting its field of action to mere commercial matters. In effect, it is now admitted in sensitive topics such as leasings, consumption, labor issues and real estate affairs, among others. Although on this point we must warn that its use is only recommended in cases involving commercial interests or of economic impact (for instance, in commercial or industrial and not housing leasings or rentals. Or in labor contracts in the case of international employees, high-level employees or employees with highly specialized abilities or skills such as sports people or artists). In those cases, the arbiters are in the duty of applying the special laws in those matters, and must act as a local judge would.

To sum up, there are sufficient reasons nowadays to stimulate the inclusion of arbitration clauses when celebrating commercial legal businesses, given that the parties now have multiple tools to guarantee the healthy operations and development of the alternative mechanism selected, which translates into savings of time and money when settling commercial conflicts or disputes.

*Prof. de Arbitraje (Universidad Católica Andrés Bello, UCAB)

CEDCA

2da. 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

@CEDCAorg