

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 11 - 2024



Principia

**Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila**



PRINCIPIA

No. 11-2024



Universidad Monteávila



CIERC
Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

© Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Principia No. 11-2024 / Diciembre 2024

Envío de convocatoria 20 de agosto de 2024

Recepción de artículos 15 de noviembre de 2024

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN-L: 2739-0055

ISSN: 2739-0055 (En línea)

ISSN: 2790-377X (Impresa)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director del CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de controversias. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Alejandro Ramírez Padrón

Director

Carlos Carieles Bolet

Subdirector Editorial

Andrés Eloy Alarcón

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Magdalena Maninat Lizarraga

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia No. 11*!

Les presentamos la undécima edición de Principia, que, como ya es tradición, incluye una selecta colección de artículos, comentarios a laudos arbitrales y una entrevista que abordan temas relevantes tanto en el ámbito académico como profesional del arbitraje y la resolución alternativa de conflictos.

Este número de Principia marca un giro editorial. En lugar de abrir con nuestra acostumbrada entrevista a figuras destacadas del mundo de los medios alternativos de resolución de conflictos, hemos optado por algo distinto: compartir los hallazgos de una investigación inédita que arroja luz sobre cómo se percibe el arbitraje en Venezuela.

El estudio, realizado por Fernando Sanquírigo Pittevil, Caterina Jordan Procopio y Rodrigo Farías Díaz explora las opiniones de tres actores clave: abogados de parte, consultores jurídicos y empresarios. ¿Confían en el arbitraje? ¿Lo prefieren frente a otros mecanismos? ¿Qué experiencias han tenido en su aplicación práctica?

Las respuestas, lejos de ser anecdóticas, revelan patrones, tensiones y oportunidades que merecen ser discutidas. Esta edición invita a reflexionar sobre el lugar que ocupa el arbitraje en nuestro país, y sobre cómo lo ven quienes lo usan, lo recomiendan o lo enfrentan.

Seguidamente, presentamos un artículo realizado por el Dr. Diego Tomás Castagnino, titulado “*Arbitraje y PyMEs: una decisión de buen gobierno corporativo*”. En donde el autor nos ofrece una visión reflexiva sobre el uso del arbitraje para la resolución de conflictos en pequeñas y medianas empresas. El enfoque no es aislado u ocasional, sino que lo aborda como una decisión de gobierno corporativo, analizando sus beneficios y teniendo en cuenta los retos inherentes a este tipo de compañías.

Asimismo, la Dra. Carmen Mencía Bastanchury contribuye con un artículo vanguardista titulado “*La incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica*”. En este trabajo, la autora analiza la relevancia de dicha prueba para la toma de decisiones objetivas en litigios complejos. Utiliza un enfoque

interdisciplinario para identificar sesgos cognitivos, como el de anclaje o confirmación, que pueden afectar esta valoración, y propone estrategias para contrarrestarlos. Concluye que el conocimiento y el control de estos sesgos son esenciales para fortalecer la imparcialidad y optimizar la función de la pericia como instrumento de justicia fundamentada.

A continuación, presentamos un artículo conjunto del Dr. Alexis Mourre y la Dra. Valentine Chessa, titulado “*¿Debemos ir más lejos en la 'extensión' del convenio arbitral a los no signatarios? Una perspectiva francesa*”. Este estudio aborda la extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes desde una perspectiva francesa. Con especial alusión al caso Kabab-Ji c. Kout Food, el artículo profundiza en la jurisprudencia francesa y la contrasta con la postura inglesa llegando a importantes conclusiones respecto al entendimiento del consentimiento para someterse a arbitraje.

Por su parte, el Dr. Rui Botica Santos y el Dr. Tiago Patrão Silva presentan un artículo titulado “*El caso 'Lassana Diarra' y sus posibles implicaciones para el sistema de control establecido por la FIFA*”. En este trabajo, los autores analizan una reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y reflexionan sobre su impacto en el ámbito deportivo internacional. El artículo ofrece una visión crítica sobre los efectos que esta decisión podría tener en el sistema de resolución de disputas y en el marco regulatorio vigente en el fútbol profesional.

Finalmente, se presenta la traducción del artículo “Arbitraje y Derecho Comparado”, del profesor René David, realizada por Fernando Sanquírigo Pittevil. Este trabajo ofrece una reflexión sobre la naturaleza del arbitraje desde la perspectiva del derecho comparado, destacando su evolución y relevancia en los distintos sistemas jurídicos. La traducción permite acercar a los lectores de habla hispana uno de los textos clásicos más influyentes para la comprensión moderna del arbitraje internacional.

Esperamos que esta undécima edición de Principia, con su diversidad de temas, sea de gran interés y utilidad para todos nuestros lectores. Agradecemos a los autores sus valiosas contribuciones, así como al equipo editorial de Principia y colaboradores, cuyo esfuerzo es fundamental para la realización de esta publicación.

¡Los esperamos en la siguiente edición!

Alejandro Ramírez Padrón

Director Editorial

Carlos Carieles Bolet

Subdirector Editorial

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de
Investigación

Contenido

Arbitraje en Venezuela: Realidad y perspectivas. Percepción del arbitraje en Venezuela. Reporte de la Encuesta 2024 del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias

Fernando Sanquírigo Pittevil, Rodrigo Farías Díaz y Caterina Jordán Procopio pág 1

Arbitraje y PyMEs: una decisión de buen gobierno corporativo

Diego Thomas Castagnino pág 15

La incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica

Carmen Mencía Bastanchury pág 43

¿Debemos ir más lejos en la “extensión” del convenio arbitral a los no signatarios? Una perspectiva francesa

Alexis Mourre y Valentine Chessa pág 77

El caso “Lassana Diarra” y sus posibles implicaciones para el sistema de control establecido por la FIFA

Rui Botica Santos y Tiago Patrão Silva pág 93

Arbitraje y Derecho Comparado

René David | Traducción de Fernando Sanquírigo Pittevil pág 111

Precedente

pág 127

Decisión del 15 de noviembre de 2024 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Relator: Claudia Madrid Martínez pág 129

Decisión del 22 de enero de 2025 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Relator: Claudia Madrid Martínez pág 139

Decisión del 16 de octubre de 2024 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Relator: Pedro Saghy pág 151

Decisión del 30 de octubre de 2024 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Relator: Pedro Saghy pág 155

Normas Editoriales de Principia

pág 161

Arbitraje en Venezuela: Realidad y perspectivas. Percepción del arbitraje en Venezuela. Reporte de la Encuesta 2024 del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias

Fernando Sanquírigo Pittevil*, Rodrigo Farías Díaz** y Caterina Jordan Procopio***

Principia No. 11–2024 pp. 1-13

Resumen: La investigación evidencia alta confianza en el arbitraje en Venezuela, aunque con menor preferencia práctica frente a medios no adversariales. Los resultados muestran brechas entre percepción y uso efectivo, influenciadas por factores judiciales y culturales. Se plantea fortalecer estrategias institucionales para consolidar el arbitraje como mecanismo clave de estabilidad comercial.

Abstract: The research reveals strong confidence in arbitration in Venezuela, though with lower practical preference compared to non-adversarial methods. Results show gaps between perception and actual use, influenced by judicial and cultural factors. Institutional strategies are needed to strengthen arbitration as a key mechanism for commercial stability.

Palabras Claves: Arbitraje comercial | Venezuela | Confianza institucional | Centros de arbitraje | Medios alternativos de resolución de conflictos | Estadística jurídica

Keywords: Commercial arbitration | Venezuela | Institutional trust | Arbitration centers | Alternative dispute resolution | Legal statistics

* Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Adjunct Professor y Senior Fellow de University of Missouri. Senior Counsel en Dentons.

** Abogado Magna Cum Laude de la Universidad Monteávila. Subdirector de Investigación del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Asociado en Dentons.

*** Abogado Cum Laude de la Universidad Monteávila. Coordinadora de proyectos del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Certificado de Derecho Internacional Privado en la Academia Internacional de la Haya. Egresada del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad Monteávila.

Sumario: I. Introducción, II. Justificación, III. Metodología Utilizada, IV. Antecedentes de la investigación, V. Demografía, A. Edad y Género, VI. Experiencia, A. Rol como árbitros, B. Participación en arbitrajes, C. Participación nacional vs. Internacional, D. Tipos de arbitraje, VII. Confianza, A. Arbitraje como institución vs. Arbitraje en Venezuela, B. Centros de arbitraje, VIII. Preferencia, A. Medios alternativos de resolución de controversias, B. Preferencia en las empresas, C. Tipos de arbitraje, D. Centros de arbitraje, IX. Conclusión

I. Introducción

La presente investigación constituye el resultado de un esfuerzo colectivo desarrollado por el equipo investigador del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC), orientado a llenar un vacío histórico en la producción académica venezolana sobre el arbitraje comercial en este país. Su elaboración no hubiera sido posible sin el acompañamiento del comité de investigación, integrado por Adriana Vaamonde y Diego Castagnino, a quienes expresamos nuestro más profundo agradecimiento por su apoyo constante, sus orientaciones técnicas y los valiosos comentarios que enriquecieron cada etapa del trabajo. La colaboración de este comité resultó fundamental para garantizar el rigor metodológico, la claridad en la interpretación de los datos y la solidez en las conclusiones alcanzadas.

Este informe se erige, en consecuencia, como una contribución académica que combina la experiencia práctica de los encuestados con la reflexión crítica del equipo investigador y de su comité asesor. La suma de esfuerzos permitió consolidar una investigación pionera, que

busca ofrecer insumos objetivos y útiles para la comunidad jurídica, empresarial y arbitral venezolana, en aras de fortalecer el conocimiento, promover el debate informado y consolidar el arbitraje como herramienta esencial de estabilidad y desarrollo en el comercio nacional e internacional.

II. Justificación

La presente investigación se justifica en la necesidad de atender un vacío notorio en el ámbito jurídico venezolano: la carencia de indicadores fiables acerca de la percepción del arbitraje comercial en Venezuela. Hasta ahora, los estudios disponibles se han limitado a apreciaciones teóricas o a recuentos aislados de decisiones judiciales, sin ofrecer una base empírica que permita evaluar de manera sistemática el funcionamiento de los mecanismos arbitrales en el país. Esta ausencia de información concreta ha generado incertidumbre y desconocimiento de datos empíricos tanto para los usuarios como para las instituciones que promueven el arbitraje.

El objetivo central de este estudio radica en llenar ese vacío mediante la recolección y análisis de datos estadísticos rela-

tivos a la experiencia, confianza y preferencias de los usuarios, atendiendo específicamente a empresarios, abogados en ejercicio y consultores jurídicos de empresas. Con esta información se pretende diseñar estrategias que fortalezcan el arbitraje, beneficiando a las instituciones arbitrales, ofreciendo herramientas a los operadores económicos y apoyando la labor de los abogados especializados. La finalidad última es consolidar el arbitraje como un instrumento esencial para la estabilidad comercial en Venezuela.

III. Metodología utilizada

La metodología aplicada en la investigación partió de la identificación de la población objetivo, conformada por tres grupos claramente delimitados: abogados de práctica privada, abogados de práctica corporativa y empresarios. La selección de los encuestados respondió a un criterio de prioridad basado en el nivel de seniority profesional, en virtud de que son precisamente quienes adoptan o rechazan el arbitraje en la práctica, moldeando con sus decisiones la evolución y consolidación de este mecanismo en el ámbito económico y jurídico.

Con el fin de obtener información precisa, se elaboró un cuestionario diferenciado por grupo demográfico, aunque con un núcleo común de preguntas relativas a experiencia, confianza y preferencia en el arbitraje, siempre manteniendo la confidencialidad de los participantes en las encuestas. Esta estructura permitió generar datos comparativos entre

cada categoría profesional. La recolección de las respuestas se realizó de octubre a diciembre de 2024, mediante un enlace en línea seguro, garantizando la confidencialidad, transparencia y fiabilidad de la información, contando con el respaldo de colegios profesionales, cámaras empresariales y las redes académicas del CIERC.

Los resultados se procesaron bajo técnicas de estadística descriptiva, incorporando intervalos de confianza al 90%, lo que asegura la validez de las conclusiones y otorga un alto nivel de fiabilidad a la interpretación de los hallazgos. Este procedimiento metodológico robusto asegura que los datos recabados no solo reflejen percepciones individuales, sino que representen tendencias reales dentro de la comunidad jurídica y empresarial, ofreciendo una base objetiva para futuros desarrollos y estrategias en materia de arbitraje comercial en Venezuela.

IV. Antecedentes de la investigación

En Venezuela no existen estudios estadísticos integrales que permitan evaluar con rigor el desarrollo del arbitraje comercial, lo cual resalta la originalidad y pertinencia de la presente investigación. Algunos trabajos previos han ofrecido datos indirectos, como *Tendencias en el arbitraje financiero en Venezuela* (2015), auspiciado por el Club Español del Arbitraje y dirigido por Fred Aarons, el cual recoge información específicamente sobre controversias financieras, o el estudio de Pedro Rengel *Jurispruden-*

cia sobre nulidad de laudos arbitrales en Venezuela (2024), que recopila criterios judiciales y evidencia, aunque de manera indirecta, porcentajes de laudos anulados en Venezuela.

Por su parte, los Centros de Arbitraje venezolanos han manejado y divulgado cifras en presentaciones privadas, pero dichas estadísticas resultan aisladas, no verificables y carentes de parámetros que permitan comparaciones confiables con investigaciones académicas. En el ámbito internacional, destacan encuestas como las promovidas por Queen Mary University en alianza con firmas especializadas, cuyo enfoque es global y de alcance comparativo. Estos *surveys* incluyen una muestra demográfica semejante a la nuestra –abogados privados, abogados corporativos y empresarios–, lo que permite tomar sus resultados como referencia, aunque sin sustituir la necesidad de un estudio adaptado a la realidad venezolana.

V. Demografía

La recolección de datos permitió obtener 92 respuestas válidas, de las cuales el 40,22 % correspondió a consultores jurídicos, el 11,96 % a empresarios y el 47,83 % a abogados en ejercicio. Dentro de este último grupo, el 38,89 % trabaja en firmas de abogados, el 15,28 % ejerce de manera independiente y el 45,83 % se desempeña como consultor jurídico. Estos porcentajes configuran una muestra suficientemente equilibrada y representativa para efectos de la

investigación, lo que refuerza la solidez del análisis estadístico realizado.

La relevancia de esta composición se aprecia al compararla con estudios internacionales de referencia. Queen Mary University, a través de sus reportes periódicos, ha recogido cifras similares aunque en un contexto de más de cincuenta países. En particular, el Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (2018) consolidó 922 respuestas, de las cuales un 47 % provenía de abogados de práctica privada, un 10 % de abogados corporativos y un 20 % de empresarios u otros actores. La semejanza en la distribución confirma la pertinencia de la muestra de esta investigación.

Si bien la encuesta de Queen Mary tiene un enfoque global y eminentemente internacional, su estructura metodológica resulta un punto de contraste valioso para la presente investigación. El hecho de que nuestro estudio logre reunir 92 respuestas únicamente dentro del contexto venezolano constituye un logro significativo, pues ofrece un panorama específico sobre las percepciones del arbitraje comercial en el país. Así, los hallazgos obtenidos adquieren una relevancia local comparable en términos de rigor y representatividad a los estándares internacionales.

A. Edad y Género

Los resultados de género evidencian una marcada predominancia masculina en el arbitraje venezolano. En el segmento de

abogados de firmas, el 79,52% son hombres frente a un 20,48% de mujeres; en los consultores jurídicos, 66,66% son hombres y 33,33% mujeres; y entre los empresarios, 70% son hombres y 30% mujeres. En términos globales, el 73,20% de la muestra corresponde a hombres, mientras que apenas el 26,8% a mujeres, reflejando una brecha evidente en la participación femenina en el sector arbitral.

Para validar esta tendencia, se efectuó un análisis comparativo con listas oficiales de árbitros de instituciones venezolanas, confirmándose cifras similares: en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 84% son hombres y 16% mujeres; mientras que en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje los porcentajes alcanzan 84,3% de hombres y 15,7% de mujeres. Estas cifras corroboran que la preeminencia masculina no solo se refleja en nuestra encuesta, sino también en la composición institucional de los cuerpos arbitrales en el país.

En cuanto a la distribución etaria, los datos son consistentes con el propósito de medir población con capacidad de decisión. Solo el 6,2% corresponde a personas de 30 años o menos, mientras que 19,8% se ubica entre 31 y 40 años, 30,9% entre 41 y 50 años, 23,5% entre 51 y 60 años, y 19,8% tiene 61 años o más. Al agrupar a los mayores de 41 años, se obtiene un 74,2% del total, lo que confirma la concentración de poder decisorio en los segmentos de mayor edad.

El cruce de variables entre edad y género revela un patrón constante: en todos los segmentos predomina la participación masculina, aunque con ligeras variaciones. En el grupo de 30 años o menos, 60% son hombres y 40% mujeres; en el de 31 a 40 años, 75% son hombres y 25% mujeres; entre 41 y 50 años, 76% son hombres y 24% mujeres; de 51 a 60 años, 73,68% son hombres y 26,32% mujeres; y en el segmento de 61 años o más, 68,75% son hombres y 31,25% mujeres. Este comportamiento confirma una presencia minoritaria, aunque sostenida, de mujeres en todos los rangos etarios.

VI. Experiencia

A. Rol como árbitros

Del total de respuestas válidas, se determinó que el 40,7% de los encuestados no son árbitros, mientras que el 57,3% afirmó desempeñar dicha función, sin que ello implique necesariamente pertenecer a listas formales de árbitros. Dentro de este grupo, el 46,81% ejerce en firmas de abogados, el 34,04% actúa como consultor jurídico y el 19,15% corresponde a abogados en libre ejercicio, lo que refleja la diversidad de trayectorias profesionales de quienes integran la comunidad arbitral en Venezuela.

En relación con la pertenencia a listas institucionales, los resultados muestran que el 72,34% está inscrito únicamente en listas nacionales, el 2,13% en internacionales, y un 25,53% en ambas, lo que significa que un 27,66% de los árbitros

venezolanos encuestados mantiene alguna vinculación internacional. No obstante, en términos prácticos, la mayoría desarrolla su actividad predominantemente en el ámbito local, confirmando el carácter interno del arbitraje en la práctica profesional venezolana.

La data también evidencia que el 89,36% de quienes se identifican como árbitros ha sido nombrado al menos una vez, mientras que un 10,64% nunca ha tenido la oportunidad de actuar efectivamente en esa calidad. En cuanto al nivel de experiencia, el 45,65% declaró haber participado en uno a cinco arbitrajes, el 21,74% entre seis y diez, el 13,04% entre once y quince, y apenas un 8,70% en más de dieciséis casos. Estos resultados permiten concluir que, aunque existe una base significativa de profesionales designados como árbitros, la experiencia acumulada en número de arbitrajes sigue siendo limitada en términos absolutos.

En lo relativo a la condición en que los encuestados han sido designados como árbitros, los resultados reflejan una diversidad de roles que evidencia la amplitud de la experiencia acumulada. El 71,4% indicó haber sido nombrado como co-árbitro, mientras que un 66,7% manifestó haber actuado como árbitro único, el 54,8% como árbitro de emergencia y el 50% como presidente del tribunal. Estos datos muestran una participación heterogénea y equilibrada en las distintas modalidades de designación arbitral.

B. Participación en arbitrajes

Los resultados obtenidos en relación con la suscripción de cláusulas arbitrales muestran que el 93,2% de los encuestados ha pactado cláusulas de arbitraje en sus contratos, mientras que solo el 6,8% manifestó no haberlo hecho. Este dato inicial revela una marcada tendencia a incluir el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en la contratación mercantil venezolana, lo que confirma la presencia de la institución en la práctica jurídica y empresarial, aunque su aplicación concreta requiere un análisis más detallado.

Al indagar sobre la materialización de esas cláusulas, se preguntó a consultores jurídicos y empresarios (con el fin de obtener data únicamente por parte de las empresas) si habían participado efectivamente en procedimientos arbitrales. El 61,7% respondió afirmativamente y el 38,3% negativamente, lo que demuestra que, si bien la suscripción de cláusulas es elevada, su activación en arbitrajes concretos no alcanza el mismo nivel. Asimismo, en cuanto a la frecuencia de participación, un 65,70% refirió haber intervenido en entre cero y cinco arbitrajes, un 17,10% en seis a diez, y otro 17,20% en más de once, evidenciando una concentración significativa en experiencias limitadas.

En términos generales, el 76,83% de la muestra ha estado involucrada en arbitrajes y el 23,17% no lo ha estado. Al segmentar la data por grupos, se observa que el 94,87% de los abogados en ejer-

cicio ha participado en procedimientos arbitrales, frente al 70,59 % de los consultores jurídicos y apenas un 22,22% de los empresarios. Consideramos que esta diferencia sugiere que la práctica arbitral en Venezuela se encuentra fuertemente vinculada al quehacer profesional de los abogados, mientras que los empresarios participan de manera más esporádica, lo que incide en la percepción de utilidad del mecanismo en el sector económico.

C. Participación nacional vs. internacional

El estudio también exploró la experiencia arbitral en clave nacional e internacional bajo tres dimensiones: participación en Centros de Arbitraje, distinción entre arbitrajes nacionales e internacionales, y vinculación con la sede del procedimiento.

En cuanto a instituciones, los encuestados reportaron mayor intervención en centros venezolanos (65.5%): CEDCA (32,7%), CACC (31,5%) y CCCAM (1,3%), seguidos por ICC (16,7%), AAA/ICDR (7,3%), CIADI (4%), TAS/CAS (2%), y otros (4,7%).

Respecto de la vinculación nacional e internacional de los arbitrajes, un 31,7 % indicó haber participado únicamente en procedimientos nacionales, un 7,9 % exclusivamente en internacionales, mientras que la mayoría, un 60,3 %, declaró haber intervenido en ambos. Este dato revela que la práctica arbitral venezolana, aunque arraigada en instituciones

locales, mantiene un vínculo importante con foros internacionales, confirmando una doble dimensión del arbitraje en la práctica profesional de los usuarios encuestados.

En relación con la sede de los arbitrajes, el análisis arrojó dos perspectivas. A nivel general, un 61% participó en arbitrajes con sede fuera de Venezuela y un 39% lo hizo únicamente dentro del país. De ese 61% total, el 50% declaró haber tenido entre una y tres experiencias internacionales, un 18,2 % entre cuatro y siete, un 13,6% entre ocho y nueve, y un 18,2% en más de diez ocasiones, lo que sugiere un grupo reducido pero altamente experimentado en sedes extranjeras.

Al segmentar la información en la demografía de árbitros, el 76,1% manifestó haber actuado únicamente en arbitrajes con sede en Venezuela, mientras que un 23,9% declaró experiencia como árbitro en el extranjero. Dentro de este último grupo, un 30% participó entre uno y tres casos, un 20% entre cuatro y seis, un 30% entre siete y nueve, y un 20% en más de diez procedimientos. Estos resultados muestran que, aunque la función arbitral venezolana se concentra en el ámbito doméstico, existe una minoría con proyección internacional significativa.

D. Tipos de arbitraje

En cuanto a los tipos de arbitraje, los resultados reflejan una marcada prevalencia del arbitraje institucional frente al ad

hoc. En términos absolutos, un 93,65% de los encuestados ha participado en procedimientos administrados por instituciones arbitrales, mientras que un 77% señaló haber intervenido en arbitrajes ad hoc. Esta diferencia sugiere que, en la práctica venezolana, existe una preferencia consolidada hacia esquemas organizados bajo el amparo institucional, considerados generalmente más seguros y con mayores garantías de transparencia y control procedimental.

En lo relativo a la distinción entre arbitrajes de derecho y de equidad, la tendencia es aún más clara. Un 82,9 % de los participantes afirmó no haber intervenido nunca en arbitrajes de equidad, mientras que solo el 17,1 % declaró haber participado en entre uno y tres casos de esa naturaleza. Este hallazgo confirma que, dentro de la cultura arbitral venezolana, predomina el arbitraje de derecho como mecanismo preferido para la resolución de controversias, en concordancia con la tradición jurídica nacional y la práctica internacional comparada.

La perspectiva cambia ligeramente al considerar la experiencia específica de los árbitros. En este grupo, un 23,9 % señaló haber participado en arbitrajes de equidad y un 76,1 % nunca lo ha hecho. De quienes sí han intervenido en esta modalidad, el 90,9 % indicó haberlo hecho en entre uno y tres casos, mientras que solo un 9,1 % reportó experiencia en entre cuatro y seis arbitrajes de equidad. Estos datos permiten concluir que el arbitraje de equidad se mantiene como

una figura excepcional en Venezuela, aplicada en situaciones puntuales y reservada a un reducido número de profesionales con experiencia en funciones arbitrales.

VII. Confianza

A. *Arbitraje como institución vs. arbitraje en Venezuela*

Los resultados sobre confianza en el arbitraje revelan una aceptación casi unánime de la institución. El 98,9% de los encuestados afirmó confiar en el arbitraje, señalando como principales razones la celeridad del procedimiento (41%) y la especialidad técnica de los árbitros (41%), seguidas por la confidencialidad (9%) y otros factores (9%). Este hallazgo confirma que el arbitraje es percibido como un mecanismo idóneo para resolver controversias, dotado de atributos que lo diferencian claramente de la justicia ordinaria.

Cuando el análisis se centra en el arbitraje en Venezuela, se observa una ligera disminución: el 90,9% manifestó confiar en él, lo que representa una reducción de casi diez puntos respecto de la confianza respecto de la institución. Las causas de confianza en el plano local se explican principalmente por la labor de los centros de arbitraje (75%), seguidos de la *lex arbitri* (14%), la calidad de los árbitros (5%) y, paradójicamente, la percepción de inaccesibilidad del gremio (2%), valorada en sentido positivo como garantía de seriedad, además de otros motivos (4%).

Al segmentar los grupos evaluados (empresarios, consultores jurídicos y abogados en ejercicio) por la sede del arbitraje, emergen diferencias significativas entre los grupos evaluados. Mientras el 56,41% de los abogados en ejercicio expresó mayor confianza en arbitrajes con sede extranjera, un 77,78% de los consultores jurídicos manifestó preferir sede venezolana. En la misma línea, un 60% de los empresarios se inclinó por arbitrajes con sede en Venezuela. Estos datos reflejan una asimetría de confianza: los actores más expuestos a controversias internacionales (abogados en ejercicio) privilegian la sede extranjera, mientras que consultores y empresarios se muestran más proclives al marco doméstico.

En cuanto a las razones de desconfianza hacia el arbitraje en Venezuela, las respuestas se concentraron en dos aspectos concretos. El 88,9% de los encuestados señaló la intervención del poder judicial como el factor que más erosiona la confianza, lo cual confirma la percepción de riesgo frente a la intromisión jurisdiccional. El restante 11,1% atribuyó su desconfianza a la actuación de los centros de arbitraje. Este resultado evidencia que la institucionalidad arbitral goza de aceptación, pero enfrenta un obstáculo crítico en la relación con el aparato judicial.

B. Centros de arbitraje

Aunque un 11,1 % de los encuestados manifestó desconfianza en el arbitraje venezolano atribuyéndola a la actuación

de los centros, los datos revelan una aparente asimetría al analizar de manera directa la confianza en dichas instituciones. En términos generales, el 97,4 % afirmó confiar en los centros de arbitraje, y este porcentaje apenas varía cuando se consulta únicamente a los árbitros, entre quienes el nivel de confianza alcanza el 95,7 %. Estos resultados muestran que la percepción negativa es minoritaria y aislada.

Al profundizar en la calificación de la labor desempeñada por los centros de arbitraje en Venezuela, la mayoría de los encuestados valoró positivamente su desempeño. Así, un 31,6 % los calificó como “muy buenos” y un 55,3 % como “buenos”, mientras que apenas un 11,8 % los consideró “regulares” y un reducido 2,6 % como “malos”. Ninguno de los encuestados los catalogó como “muy malos”. Esta misma distribución se repite casi de forma idéntica entre quienes ejercen funciones de árbitros, lo que confirma que la institucionalidad arbitral venezolana cuenta con un respaldo sólido en términos de legitimidad y desempeño percibido.

VIII. Preferencia

A. Medios alternativos de resolución de controversias

Al preguntar a los encuestados cuál medio de resolución de controversias prefieren, las respuestas se distribuyeron de manera plural: un 34,1% optó por “depende”, un 27,3% por “arbitraje”, un 17% por “mediación/conciliación”, un

15,9% por “negociación”, un 3,4% por “litigio” y un 3,4% declaró no tener preferencia. Entre los abogados en ejercicio, la tendencia se mantiene, aunque con ligeras variaciones: un 41,5% respondió “depende” y un 31,7% eligió “arbitraje”, confirmando una mayor inclinación profesional hacia este mecanismo.

El elevado porcentaje de respuestas en la categoría “depende” concluimos que refleja un conocimiento estratégico de los mecanismos disponibles, evidenciando que los usuarios en Venezuela tienden a escoger la vía más adecuada en función de las particularidades de cada caso. Esta percepción se refuerza al analizar la preferencia sobre el uso combinado de mecanismos junto al arbitraje: solo un 9,6% se inclinó por emplear exclusivamente el arbitraje, frente a un 42,3% que prefiere combinarlo con otros medios y un 48,1% que lo haría dependiendo del caso concreto.

De este 90,4% que acepta la combinación o flexibilidad, un 45,4% señaló que preferiría complementarlo con mediación o conciliación, un 36,4% con negociación, un 13,6% dejó la elección sujeta al caso específico y un 4,5% declaró no tener preferencia definida. Consideramos que estos resultados evidencian una clara preferencia por mecanismos no adversariales de resolución de conflictos, lo que apunta hacia una cultura de resolución más colaborativa en el ámbito empresarial y jurídico venezolano.

Finalmente, dentro del 27% que expresó preferencia exclusiva por el arbitraje, las razones principales se orientaron hacia su eficiencia (70,97%), seguidas por el conocimiento práctico de su funcionamiento (16,13%) y, en menor medida, por la confianza que inspira la institución (12,90%). Concluimos que este hallazgo confirma nuestra hipótesis que la elección del arbitraje responde sobre todo a consideraciones de eficacia y utilidad, más que a factores subjetivos de credibilidad o prestigio.

B. Preferencia en las empresas

Cuando se consultó a las empresas –considerando conjuntamente a empresarios y consultores jurídicos– sobre cuál medio de resolución de controversias consideran más apropiado, los resultados reflejaron una clara inclinación hacia mecanismos no adversariales: un 39,1% optó por mediación o conciliación, un 30,4% por arbitraje, un 28,3% por negociación y solo un 2,2% por litigio. Así, el 67,4 % de las respuestas se concentró en opciones que privilegian la cooperación, la eficiencia y la preservación de relaciones comerciales frente a la confrontación jurisdiccional.

Dentro del 30,4% que identificó al arbitraje como el medio más adecuado para las empresas, las razones principales fueron su celeridad (40,7%), la confidencialidad del procedimiento (25,9%), la especialidad de los árbitros (18,5%), los costos (11,1%) y, en menor medida, la determinación del derecho aplicable (3,7%). Estos datos confirman que la va-

loración empresarial del arbitraje se fundamenta en aspectos pragmáticos vinculados a la rapidez, la reserva y la calidad técnica del proceso, más que en consideraciones formales.

Al contrastar la preferencia con la utilización efectiva de los medios de resolución de controversias, se observa una curva distinta. El 43,5% de las empresas reportó emplear principalmente la negociación, un 32,6% la mediación o conciliación, un 8,7% el arbitraje, un 13% el litigio y un 2,2% otros medios. La tendencia hacia mecanismos no adversariales se mantiene (76,1%), aunque se evidencia una discrepancia relevante: el litigio, que apenas registra un 2,2% de preferencia, alcanza un 13 % en su uso real, mientras que el arbitraje, con un 30,4% de preferencia, desciende a un 8,7% en su utilización efectiva.

Concluimos que esta divergencia entre preferencia y uso práctico revela un desfase estructural en la práctica empresarial venezolana: pareciera que, si bien las empresas reconocen al arbitraje como un mecanismo apropiado y deseable, recurren con mayor frecuencia al litigio que puede pensarse es por factores externos como la disponibilidad, los costos iniciales o la inercia institucional. Ello plantea un reto para las instituciones arbitrales y los profesionales del sector, quienes deben diseñar estrategias para cerrar la brecha entre la valoración positiva y la utilización efectiva del arbitraje.

C. Tipos de arbitraje

En materia de preferencia respecto de la sede del arbitraje, los encuestados mostraron una ligera inclinación hacia Venezuela: un 55,6% manifestó preferir que el arbitraje tenga sede en Venezuela, frente a un 44,6% que optó por una sede internacional. Este dato resulta revelador al compararse con la confianza en el arbitraje venezolano, que alcanza un 90,9%, lo que evidencia que la confianza institucional no necesariamente se traduce en una preferencia práctica por establecer la sede en el país.

Dentro del 44,6% que no prefiere un arbitraje con sede en Venezuela, el 8,9% indicó que su elección depende del caso concreto, el 2,2% manifestó preferir siempre una sede fuera del país, un 11,1% se inclinó por Estados Unidos de América, otro 11,1% señaló jurisdicciones amigables al arbitraje, un 4,4% eligió Francia y un 6,7% mencionó otras opciones. Estos resultados nos llevan a concluir que, aunque la confianza general es elevada, la búsqueda de neutralidad, previsibilidad y solidez institucional motiva a muchos usuarios a optar por sedes extranjeras.

Respecto de la modalidad institucional o ad hoc, un 80,52% de los encuestados expresó preferencia por el arbitraje institucional, un 10,38% lo condicionó al caso específico, un 6,49% no mostró preferencia definida y solo un 2,60% se inclinó por el arbitraje ad hoc. Entre los árbitros, esta curva se intensifica: el

90,3% manifestó preferir el arbitraje institucional, confirmando que quienes poseen experiencia directa en la conducción de procesos valoran particularmente las ventajas de un esquema reglado y asistido por una institución.

Las razones que explican la preferencia por el arbitraje institucional se centran en la organización del procedimiento (30,3%), la seguridad y confianza derivadas de un marco normativo establecido (28,2%), la reputación de los centros de arbitraje (17,6%), la celeridad (12,7%) y la posibilidad de elegir árbitros (11,3%).

Cabe destacar la disonancia entre confianza y preferencia: aunque el 97,4% confía en los centros de arbitraje, solo un 17,6% los señaló como razón principal de su preferencia; y aunque un 41% confía en el arbitraje por su celeridad, apenas un 12,7% citó este factor como motivo de elección de este tipo de arbitraje. Esto nos parece indicar que, más allá de la confianza, los usuarios privilegian la certeza y la organización procedimental como elementos diferenciadores en su decisión efectiva.

D. Centros de arbitraje

Los datos recabados evidencian una marcada preferencia por los centros de arbitraje en Venezuela: un 85,33% de los encuestados optó por ellos frente a un 14,66% que señaló preferir centros extranjeros. Entre las razones que sustentan esta inclinación destacan los costos (28,9%), la confianza en el centro (19,7%), la ubicación geográfica

(19,7%), la especialidad de los árbitros (11,8%), el reglamento aplicable (9,9%), el tiempo de resolución (7,2%) y, en menor medida, otros factores (2,6%).

En contraste, quienes prefieren centros de arbitraje en el extranjero lo hacen principalmente por la confianza en la institución (33,3%), la especialidad de los árbitros (16,7%), la ubicación (12,5%), el reglamento (12,5%) y otros motivos diversos (25%). Estos resultados muestran que, mientras la elección local está motivada por factores prácticos y económicos, la internacional se orienta hacia elementos vinculados a la reputación y calidad técnica de las instituciones arbitrales.

Al profundizar sobre los factores que los encuestados consideran relevantes para seleccionar un centro de arbitraje, se destaca en primer lugar la composición de las listas de árbitros (29,03%), seguida de las tarifas (26,45%), la ubicación del centro (19,35%), el método de elección de los árbitros (16,77%), el reglamento (4,52%), la capacidad administrativa del centro (2,52%) y, finalmente, otros criterios (1,30%). Esto parece confirmar que los usuarios priorizan tanto la calidad técnica como la accesibilidad económica en su decisión.

En cuanto a la preferencia entre los centros venezolanos, la diferencia es contundente: el 85,53 % se inclinó por el CEDCA frente a un 14,47 % que eligió el CACC. Esta tendencia se mantiene incluso entre los árbitros consultados, de

los cuales el 80,43 % favoreció al CEDCA y el 19,57 % al CACC.

En el ámbito internacional, la distribución no es más equilibrada: un 48,68 % manifestó no tener preferencia por ningún centro en particular, un 46,05 % se inclinó por la ICC, mientras que el resto señaló otras instituciones como CIAM, ICDR, LCIA y SCC.

IX. Conclusión

La investigación realizada pone de manifiesto la necesidad de suplir un vacío histórico en el ámbito arbitral venezolano: la ausencia de indicadores confiables que permitan conocer y medir la realidad de este mecanismo. A través de una metodología robusta, con un muestreo representativo de empresarios, consultores jurídicos y abogados, se logró obtener información inédita sobre la experiencia, confianza y preferencias de los usuarios. Este esfuerzo constituye un aporte fundamental para el desarrollo del arbitraje como institución en el país.

Los resultados evidencian un nivel muy alto de confianza en el arbitraje como institución, alcanzando casi unanimidad entre los encuestados, aunque dicha confianza disminuye levemente al referirse al arbitraje en Venezuela. La diferencia nos parece revelar que los problemas no radican en el mecanismo en sí, sino en factores asociados a la relación con el poder judicial y a la percepción de ciertas instituciones. Este hallazgo es esencial para entender los retos que enfrenta el arbitraje en el plano local.

En materia de preferencias, los datos muestran una clara inclinación hacia los medios no adversariales de resolución de conflictos, en especial la mediación y la conciliación, que pareciera que resultan más atractivos para las empresas. No obstante, el arbitraje mantiene un lugar destacado como mecanismo eficiente, especializado y confiable, aunque persiste una brecha entre la preferencia manifestada y su utilización efectiva. Este desfase concluimos que obedece a factores estructurales y culturales que limitan su uso real en comparación con la negociación o incluso con el litigio.

Finalmente, los hallazgos ponen en evidencia tanto fortalezas como desafíos. Entre las primeras, destacan la confianza generalizada en los centros arbitrales y la valoración positiva de la especialidad y celeridad del arbitraje. Entre los retos, se encuentra la necesidad de reducir la brecha entre la percepción favorable y el uso práctico, además de fortalecer la proyección internacional de Venezuela como sede arbitral. Este estudio ofrece, así, un punto de partida objetivo para diseñar estrategias que consoliden el arbitraje como herramienta clave de seguridad jurídica y estabilidad comercial.

Arbitraje y PyMEs: una decisión de buen gobierno corporativo

Diego Thomás Castagnino*

Principia No. 11–2024 pp. 15–41

Resumen: El presente artículo analiza la viabilidad y conveniencia del arbitraje como herramienta de resolución de conflictos en pequeñas y medianas empresas (PyMEs), desde una perspectiva de buen gobierno corporativo. A partir de un enfoque doctrinal y comparado, se exponen las ventajas del arbitraje—celeridad, confidencialidad, especialización—y su compatibilidad con los principios de transparencia, previsibilidad y gestión del riesgo jurídico. Se examinan además las principales barreras que enfrentan las PyMEs para adoptar el arbitraje, como la percepción de altos costos y la falta de asesoría especializada, y se presentan buenas prácticas implementadas en distintas jurisdicciones. El estudio concluye que el arbitraje, adecuadamente incorporado, no solo mejora la gestión de conflictos, sino que también fortalece la institucionalidad empresarial y contribuye al desarrollo sostenible de las PyMEs.

Abstract: This article examines the viability and advisability of arbitration as a dispute resolution tool for small and medium-sized enterprises (SMEs), from the standpoint of good corporate governance. Drawing on doctrinal and comparative perspectives, it highlights the advantages of arbitration—speed, confidentiality, specialization—and its compatibility with core governance principles such as transparency, predictability, and legal risk management. The article also explores the main barriers SMEs face in adopting arbitration, including perceptions of high costs and lack of legal guidance, and identifies best practices implemented across various jurisdictions. The study concludes that properly implemented arbitration not only enhances conflict management, but also strengthens corporate institutional frameworks and contributes to the sustainable development of SMEs.

Palabras Claves: Arbitraje | PyMEs | Resolución de conflictos | Buen gobierno corporativo | Cláusulas arbitrales | Gobernanza empresarial.

* Doctor en Derecho Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, UCAB. Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Alta especialización en compliance, Universidad Complutense de Madrid. Curso superior de Arbitraje, Universidad CEU San Pablo. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC, CEDCA en Venezuela y LIDECO en Uruguay. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CIArb. Email: diego.castagnino@gmail.com

Keywords: Arbitration | SMEs | Dispute resolution | Corporate governance | Arbitration clauses | Business governance.

Sumario: I. Introducción, II. El arbitraje como mecanismo eficiente de resolución de conflictos, A. Rapidez en la resolución de controversias, B. Confidencialidad, C. Especialización del tribunal arbitral, D. Eficacia transnacional, E. Control de costos y flexibilidad procesal, III. Buen gobierno corporativo: principios aplicables a las PyMEs, A. Gestión del riesgo jurídico, B. Formalización de procesos decisorios, B. Protección del interés social y de los stakeholders, C. Mejora en la percepción externa y acceso a financiamiento, IV. Resolución de disputas en PyMEs y su relación con la gobernanza corporativa, A. El arbitraje como manifestación del buen gobierno corporativo, B. El arbitraje y la cuestión terminológica en los instrumentos de buen gobierno corporativo, 1. Función preventiva, 2. Función organizacional, 3. Función reputacional, V. Barreras y desafíos para las PyMEs en el uso del arbitraje, A. Percepción de altos costos, B. Falta de conocimiento o asesoría especializada, C. Acuerdos de arbitraje mal redactados o ineficaces, D. Falta de familiaridad y buenas prácticas, VI. Experiencias comparadas y buenas prácticas, A. América Latina: desarrollo progresivo y adaptaciones institucionales, B. Europa: institucionalización y cultura arbitral consolidada, C. Asia: innovación tecnológica y accesibilidad digital, D. Lecciones y factores comunes de éxito, VII. Conclusiones

I. Introducción

Las pequeñas y medianas empresas (PyMEs¹) constituyen el motor económico de muchas naciones, particularmente en América Latina, donde representan el 99,5% de las empresas, y casi nueve de

cada diez empresas pertenecen a la categoría de microempresas. Además, las PyMEs contribuyen con aproximadamente el 60 % del empleo productivo formal². A pesar de su relevancia económica y social³, las PyMEs suelen enfrentarse a

¹ A lo largo del presente trabajo se utilizará el término “PyMES” el cual incluye a las “MiPYMES”. PyMES es un acrónimo que se refiere a pequeñas y medianas empresas, mientras que MiPYMES incluye también a las microempresas, ofreciendo una visión más completa del espectro empresarial en regiones como Latinoamérica. Las microempresas constituyen la mayoría del tejido empresarial en la región y su inclusión en la categoría permite un análisis más profundo y preciso de los desafíos y oportunidades que enfrentan estas empresas. Tal y como lo resalta el CIAL, sin esta distinción, se corre el riesgo de subestimar la importancia y la fragilidad de las microempresas, que, a menudo, son la base del empleo y la economía local. <https://es.cialdnb.com/blog/la-guia-definitiva-de-las-mipymes-en-latinoamerica>

² OCDE, Índice de Políticas para PyMEs: América Latina y el Caribe (OCDE, 2024). Disponible en: https://www.oecd.org/es/publications/2024/07/sme-policy-index-latin-america-and-the-caribbean-2024_d0ab1c40.html

³ Para más contexto sobre su relevancia, vale la pena señalar que según los datos del CIAL, las MiPYMES son fundamentales para la economía latinoamericana. En México, por ejemplo, se distribuyen de la siguiente manera: el 95.4% son microempresas, el 3.6% pequeñas empresas y el 0.8% medianas empresas. Este panorama revela la gran predominancia de las microempresas dentro del tejido empresarial mexicano. Existen cerca de 4.1 millones de MiPYMES en México, y estas representan el 78% del empleo nacional y el 42% del Producto Interno Bruto (PIB). Sin embargo, su supervivencia es un desafío constante: el 80% de las MiPYMES mexicanas cierra sus puertas antes de los primeros 5 años, y el 90% antes de una década. A nivel re-

múltiples desafíos institucionales, entre ellos, la gestión eficiente de controversias comerciales y societarias. En un entorno cada vez más competitivo y jurídicamente complejo, la adopción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje, se proyecta como una manifestación concreta del buen gobierno corporativo.

El arbitraje, tradicionalmente asociado a grandes operaciones comerciales y corporaciones transnacionales, ha ido ampliando su espectro de aplicación. El arbitraje comercial internacional ha demostrado una capacidad única para ofrecer soluciones eficaces, neutrales y adaptadas a las necesidades de las partes, particularmente en contextos donde la desconfianza hacia el sistema judicial ordinario es elevada. Esta característica lo convierte en una herramienta valiosa también para las PyMEs, siempre que se integre de forma estratégica en su estructura de gobernanza.

Por su parte, el buen gobierno corporativo —entendido como el conjunto de prácticas y principios que orientan la gestión ética, transparente y responsable de las empresas— no es exclusivo de las grandes corporaciones ni debe limitarse a empresas que formen parte de sectores

regulados. El gobierno corporativo en las empresas, independientemente de su tamaño, debe ser concebido como una estructura de incentivos orientada a alinear los intereses de los gestores con los de los propietarios y otros stakeholders⁴. Esta noción incluye la gestión proactiva del riesgo jurídico y la previsión de mecanismos eficaces para resolver disputas, como lo es el arbitraje.

La incorporación de acuerdos de arbitraje en los estatutos sociales (arbitraje societario) o en contratos comerciales con clientes, proveedores y contratistas (arbitraje comercial) puede ser considerada como una práctica de gestión empresarial moderna, alineada con los principios del buen gobierno corporativo, al permitir una resolución especializada, menos confrontacional y más eficiente de los conflictos.

En este contexto, resulta pertinente examinar si la inclusión del arbitraje en la estrategia legal de las PyMEs puede ser considerada una manifestación del buen gobierno corporativo. Esta interrogante constituye el eje central del presente artículo, el cual se propone analizar la compatibilidad entre el arbitraje y la naturaleza jurídica y económica de las PyMEs, identificar sus ventajas, advertir sobre

gional, la situación refleja patrones similares. En Latinoamérica, el 99% de las empresas son MiPYMES. Estas son el motor del 60% del empleo formal y contribuyen al 25% del PIB regional. No obstante, la sostenibilidad sigue siendo un reto considerable: solo el 45% de las MiPYMES en la región sobreviven los dos primeros años. En Colombia, apenas el 63% de las MiPYMES logran superar el primer año de vida, y en Argentina, el 75% deja de existir después de tres años de actividad. <https://es.cialdnb.com/blog/la-guia-definitiva-de-las-mipymes-en-latinoamerica>

⁴ Para una comprensión más profunda sobre las teorías que estudian (rectius: justifican) el buen gobierno corporativo, véase: Manuel Alfonso Garzón Castrillon, “El concepto de gobierno corporativo”, *Visión de Futuro* 25(2) (2021): 162 y ss.

posibles obstáculos y ofrecer recomendaciones prácticas para su implementación, todo ello con base en un enfoque jurídico riguroso y comparado.

II. El arbitraje como mecanismo eficiente de resolución de conflictos

El arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias de carácter privado, mediante el cual las partes acuerdan someter sus disputas a la decisión de un tercero imparcial —el árbitro o tribunal arbitral—, cuya decisión es definitiva y obligatoria. Este acuerdo puede estar previsto contractualmente, derivar de una obligación legal (arbitraje obligatorio⁵) o de una disposición estatutaria (arbitraje societario o estatutario). La eficacia del arbitraje ha sido ampliamente reconocida por la doctrina como una alternativa legítima y funcional frente a la jurisdicción ordinaria, particularmente en contextos donde se requiere rapidez, confidencialidad y especialización técnica.

Tal y como lo han señalado autores como Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Kröll⁶, la característica principal del arbitraje es que se trata de un medio elegido por las partes, teniendo control definitivo sobre el sistema de resolución de disputas. En efecto, la autonomía de las partes permite determinar la forma, estructura, sistema y demás particularidades del procedimiento arbitral⁷, permitiendo su adaptación a la complejidad de sus relaciones contractuales o societarias.

Esta flexibilidad es particularmente útil en las relaciones comerciales de las PyMEs, caracterizadas por vínculos personalizados, necesidades puntuales y estructuras de gobernanza menos rígidas que las de las grandes corporaciones. Entre las principales ventajas del arbitraje, la doctrina y la práctica reconocen:

A. Rapidez en la resolución de controversias

A diferencia de los procesos judiciales ordinarios, que suelen prolongarse por años en sistemas colapsados o burocrati-

⁵ El arbitraje obligatorio no es común, aunque Araque Benzo en el contexto del ordenamiento jurídico venezolano identifica dos supuestos en materia laboral, indica el autor referido que: “Ejemplo de arbitraje legal puede encontrarse en la legislación laboral venezolana cuando se dan facultades al Ejecutivo Nacional para ordenar el sometimiento a arbitraje de un conflicto laboral que haya dado origen a una huelga que ponga en peligro la seguridad de la población, o cuando, al concluir una Reunión Normativa Laboral sin que se haya logrado ningún acuerdo, a menos que los sindicatos participantes manifiesten su intención de ir a la huelga”, véase Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 19-20. En otros países, existen expresiones concretas del arbitraje obligatorio que además no dependen de potestades discrecionales, tal como ocurre con el artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala que indica que a falta de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que tiene lugar con ocasión de la terminación de un contrato agencia, distribución o representación, el monto a resarcir será determinado por árbitros.

⁶ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003), 4.

⁷ Ídem.

zados, el arbitraje permite establecer cronogramas procesales más ágiles. En muchos centros arbitrales, como la CCI o el CAM Santiago, se han establecido reglas aceleradas o procedimientos simplificados especialmente diseñados para causas de menor cuantía o para empresas con recursos limitados.

B. Confidencialidad

La privacidad del procedimiento arbitral permite a las partes proteger su información estratégica, lo cual es especialmente relevante para las PyMEs, cuyas operaciones podrían verse afectadas por la divulgación pública de litigios. Como señalan Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, “la privacidad del proceso arbitral y la confidencialidad que rodea al proceso son atractivos poderosos para las empresas e instituciones que pueden verse involucradas (frecuentemente en contra de su voluntad) en procedimientos legales”⁸. En efecto, “[p]ueden existir secretos comerciales o prácticas competitivas que deben ser protegidas o también puede haber, simplemente, una renuncia a que los detalles de una disputa comercial (o de alguna decisión mal tomada) sea materia de publicidad adversa”.

C. Especialización del tribunal arbitral

El arbitraje permite a las partes seleccionar árbitros con conocimientos técnicos

o jurídicos específicos, lo cual garantiza una resolución más precisa y contextualizada del conflicto. La posibilidad de elegir árbitros que comprendan la lógica del negocio representa una de las principales razones por las cuales el arbitraje ha sido adoptado por las empresas más innovadoras.

D. Eficacia transnacional

Gracias al régimen de la Convención de Nueva York de 1958, los laudos arbitrales son reconocidos y ejecutables en más de 170 países, lo que otorga seguridad jurídica a las operaciones internacionales, incluso para PyMEs en expansión o exportación. Born subraya que esta eficacia ejecutiva es uno de los mayores atractivos del arbitraje internacional frente al carácter limitado de las sentencias nacionales⁹.

E. Control de costos y flexibilidad procesal

Aunque existe una percepción de que el arbitraje puede resultar costoso, diversos estudios han demostrado que, cuando se estructura adecuadamente, puede ser más eficiente en términos económicos que la vía judicial, especialmente si se consideran los costos indirectos del litigio (pérdida de clientes, paralización de operaciones, tiempo del personal directivo, etc.). Las reglas de arbitraje simplificado, como las del Centro de Arbitraje y Mediación de la

⁸ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, Redfern y Hunter sobre Arbitraje Internacional (Fogueras, 2020), 69.

⁹ Gary Born, International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, 2009), 76.

OMPI¹⁰ o del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), han sido diseñadas precisamente para atender las necesidades de empresas de menor tamaño.

En suma, el arbitraje ofrece un marco normativo y procedimental que responde de forma efectiva a los intereses de las PyMEs, siempre que éstas cuenten con asesoría adecuada para su incorporación estratégica en contratos, estatutos sociales o acuerdos entre socios. En el punto siguiente, se abordará cómo este mecanismo puede alinearse con los principios del buen gobierno corporativo y ser parte integral del diseño institucional de las pequeñas y medianas empresas.

III. Buen gobierno corporativo: principios aplicables a las PyMEs

El concepto de buen gobierno corporativo ha evolucionado desde un enfoque centrado en las grandes sociedades cotizadas hacia una visión más amplia que también incorpora a las pequeñas y medianas empresas (PyMEs). Esta ampliación es particularmente relevante si se considera que las prácticas de gobierno corporativo no solo procuran la protección de los accionistas, sino también la

sostenibilidad, eficiencia y transparencia de la gestión empresarial.

De acuerdo con la OCDE, “el gobierno corporativo se relaciona con los medios internos por los cuales son operadas y controladas las corporaciones”¹¹. Tales medios constituyen auténticas estructuras informadas por principios que promuevan la eficiencia empresarial, faciliten el acceso al capital, y aseguren el respeto de los derechos de los accionistas y otras partes interesadas. Estos principios incluyen elementos clave como la rendición de cuentas, la equidad, la transparencia, y la responsabilidad social empresarial.

Conviene igualmente distinguir entre gobierno corporativo externo y gobierno corporativo interno. El gobierno corporativo externo “es aquel impuesto desde fuera por el sistema jurídico y por la red de instituciones de un determinado país”, mientras que el gobierno corporativo interno es asumido de manera voluntaria por las organizaciones¹². Bariona apunta que “el gobierno de las sociedades mercantiles se ejerce y desarrolla a través de ciertos órganos establecidos

¹⁰ Las pymes representan el 37% de las partes involucradas en las mediaciones y arbitrajes de la OMPI. Según la experiencia del Centro de la OMPI, la mediación y el arbitraje acelerado son particularmente apropiados para resolver controversias que involucran a PyMEs. World Intellectual Property Organization, “Pequeñas y Medianas Empresas (PYMEs),” última modificación desconocida. Disponible en: <https://www.wipo.int/amc/es/center/specific-sectors/smes/>

¹¹ OCDE, Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades (1999), 7.

¹² Diego Tomás Castagnino, “Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance”, Revista Venezolana de Derecho Mercantil, No. 11 (2023): 229. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/11/RVDM_2023_11_217-245.pdf

bien en los estatutos, bien en la ley societaria de cada país”¹³.

Aunque estos estándares fueron concebidos inicialmente para mercados bursátiles desarrollados, diversos estudios han sostenido que son igualmente aplicables —con adaptaciones razonables— al universo de las PyMEs. Al respecto debe tenerse presente la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs”¹⁴, un importante instrumento elaborado por la Corporación Financiera Internacional del Grupo Banco Mundial publicado en 2019.

La “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs” revela como este tipo de organizaciones enfrenta una serie de desafíos particulares en materia de gobernanza corporativa que, según se ha adelantado, difieren de los que presentan las grandes compañías cotizadas en bolsa, dado que sus estructuras están, a menudo, basadas en negocios familiares con crecimiento orgánico y una gestión informal. El valor agregado que ofrece esta guía recae en su función identificadora de riesgos frecuentes a los que estas empresas se exponen, tales como la toma de decisiones centralizada, la ausencia de supervisión estratégica, la dificultad para atraer y retener personal directivo calificado, la carencia de un plan de sucesión y la falta de mecanismos y políticas

de control interno estandarizados, todo lo cual puede llegar a agravarse ante la limitada disponibilidad de recursos que suele caracterizar a esta clase de organizaciones.

Ante esta realidad, la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs”, propone un marco referencial adaptado a las PyMEs, que incluye estructuras, políticas y prácticas de gobiernos diseñadas para mitigar los riesgos inherentes a este tipo de organizaciones, favoreciendo un crecimiento sostenible en el tiempo. Así las cosas, el gobierno corporativo en las PyMEs no debe considerarse solo una tendencia que obedece a razones de política regulatoria, sino una herramienta que fortalece la gestión, mejora la toma de decisiones y prepara a las empresas para su crecimiento y profesionalización.

En efecto, la buena gobernanza corporativa no halla su fundamento último en las exigencias regulatorias, sino que se trata en todo caso de una serie de políticas que benefician, desde diversos ángulos, el giro de las organizaciones. Aunque el acceso al financiamiento más económico suele ser identificado como el incentivo inicial para la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo, la evidencia empírica demuestra que tales prácticas no solo mejoran la eficiencia y rendimiento del negocio, sino que tam-

¹³ Mario Bariona, “El buen gobierno corporativo en las empresas familiares”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 11 (2023): 183. Disponible en: https://www.sovendem.com/_files/ugd/de1016_c54339341f794a9dae2902a647ce9e88.pdf

¹⁴ Corporación Financiera Internacional, *Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs* (Corporación Financiera Internacional, 2019). Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/269491582263785004/pdf/SME-Governance-Guidebook.pdf>

bién incrementan considerablemente las probabilidades de que la empresa sobreviva a largo plazo en un mercado cada vez más exigente y globalizado.

Una adaptación inteligente del gobierno corporativo a las PyMEs implica reconocer sus particularidades: la concentración accionaria, la participación activa de los socios en la gestión, la informalidad en la toma de decisiones, y la frecuente ausencia de órganos colegiados independientes. En este sentido, la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs” cumple una importante función en la identificación de las peculiaridades de las PyMEs. Este instrumento permite, a través de una metodología innovadora, adaptar sus recomendaciones a las distintas etapas evolutivas de las PyMEs, a saber: inicio del negocio, crecimiento activo, desarrollo organizacional y expansión del negocio.

Asimismo, en la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs” se incluyen herramientas prácticas (e.g. hojas de trabajo y plantillas de planificación de acciones) que facilitan la aplicación concreta de los conceptos insertados en la guía. Siendo que esta guía presenta un enfoque internacional, debe aclararse que las PyMEs que decidan utilizarla deben complementar las recomendaciones con las normas de derecho objetivo y las dinámicas propias de los países en los que operan, de modo que la implementación de estas mejores prácticas contribuya a reforzar su sostenibilidad y a opti-

mizar su atractivo frente a inversores, empleados y demás grupos de interés.

A continuación, se incluyen ciertos principios fundamentales del buen gobierno pueden y deben ser promovidos en este tipo de estructuras empresariales, tales como:

A. Gestión del riesgo jurídico

Incorporar mecanismos de resolución anticipada de controversias —como el arbitraje— se enmarca dentro de una política proactiva de gestión del riesgo, que mitiga los efectos negativos de los conflictos internos o externos. La previsibilidad en la resolución de conflictos se convierte en un componente esencial del gobierno societario moderno.

B. Formalización de procesos decisorios

La existencia de normas claras sobre cómo resolver disputas —ya sea entre socios, con terceros o con proveedores— contribuye a la transparencia y profesionalización de la gestión, incluso en estructuras familiares o personalistas. La adopción de cláusulas arbitrales o reglamentos internos de conflictos puede ser un indicio de institucionalización progresiva.

C. Protección del interés social y de los stakeholders

Un gobierno corporativo sólido en las PyMEs promueve decisiones que no solo resguarden los intereses de los socios mayoritarios, sino también los de empleados, clientes, acreedores y socios

minoritarios. El arbitraje puede ser una válvula institucional que previene la judicialización destructiva de las relaciones societarias.

D. Mejora en la percepción externa y acceso a financiamiento

La adopción de prácticas de gobierno corporativo —incluida la previsión de mecanismos eficientes de resolución de disputas— puede incidir positivamente en la reputación empresarial, facilitar auditorías externas, y servir como indicador de madurez organizacional ante potenciales inversores o entidades financieras.

Los principios anteriormente descritos, pueden ser cotejados con la matriz de gobierno corporativo de PyMEs sugerida por la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs”, que cristaliza en cinco temas fundamentales de gobernanza: (i) cultura y compromiso con el buen gobierno; (ii) toma de decisiones y supervisión estratégica; (iii) gobierno de riesgos y controles internos; (iv) divulgación y transparencia; y (v) propiedad¹⁵.

La cultura y el compromiso con el buen gobierno corporativo constituyen el pilar fundamental sobre el cual se construyen las prácticas de gestión en las PyMEs. Este elemento implica fomentar la sensibilización de los propietarios y directivos acerca de la relevancia de valores organizacionales coherentes, así como demostrar un compromiso tangible ha-

cía el cumplimiento de dichos valores. Para ello, es imprescindible la adopción de una estructura organizativa clara que refleje las funciones y responsabilidades de cada actor, junto con la elaboración e implementación de políticas y procesos claves que orienten el comportamiento interno y promuevan la rendición de cuentas. De esta forma, la cultura corporativa se convierte en el entorno de control inicial que guía todas las demás actividades de gobierno, asegurando que las decisiones y acciones de la empresa se alineen con los principios acordados por sus propietarios.

La toma de decisiones y la supervisión estratégica representan el segundo pilar esencial, ya que en las PyMEs suele predominar una gestión concentrada en una o pocas personas, característica que crea altos riesgos asociados a la dependencia de individuos clave. Para mitigar esta vulnerabilidad, es necesario avanzar hacia un modelo de toma de decisiones institucional y colaborativo, en el que participen tanto el equipo gerencial como órganos de gobierno como el consejo consultivo o el directorio. Este esquema permite distribuir la responsabilidad estratégica entre varios actores, mejorar la calidad de las decisiones y garantizar una supervisión efectiva de la gestión. Asimismo, se debe prestar especial atención a la gestión de recursos humanos y a la planificación de la sucesión, dado que la retención de directivos cualificados y la previsión de relevo en puestos esenciales

¹⁵ Para una síntesis véase Corporación Financiera Internacional, *Guía de Gobierno...*, 24.

son factores determinantes para la continuidad operativa y la mitigación del riesgo de interrupciones ante la partida o ausencia de personas claves.

El tercer pilar, relacionado con el gobierno de riesgos y los controles internos, se enfoca en la identificación, evaluación y mitigación de los riesgos que pueden comprometer la sostenibilidad de la PyME. Partiendo de un panorama general que refleja el entorno de control —definido por la cultura y los valores de la empresa—, este pilar aborda aspectos concretos como la gestión del flujo de caja, la administración de la tecnología de la información y la implementación de auditorías tanto internas como externas. Establecer controles adecuados sobre los procesos financieros, operativos y tecnológicos permite no solo proteger los activos de la organización, sino también anticipar posibles amenazas y responder de manera oportuna a eventos adversos. Así, la existencia de mecanismos claros de control interno refuerza la confianza de los distintos grupos de interés y contribuye a la solidez estructural de la empresa.

La divulgación y la transparencia conforman el cuarto pilar y se centran en la comunicación rigurosa y confiable de la información relevante hacia inversionistas y otros grupos de interés clave. Este componente abarca tanto la divulgación de datos financieros —como estados contables, informes de gestión y proyecciones económicas— como la revelación de información no financiera, por ejemplo,

sobre prácticas ambientales, sociales o de gobierno (ESG). Al adoptar políticas de transparencia, las PyMEs no solo facilitan la evaluación de su desempeño y riesgos por parte de los interesados, sino que también fortalecen su reputación y credibilidad en el mercado. En consecuencia, un adecuado régimen de divulgación favorece el acceso a financiamiento y mejora la percepción de los inversionistas sobre el valor real de la empresa.

El último pilar, relativo a la propiedad, aborda las políticas y mecanismos que garantizan los derechos y las responsabilidades de los accionistas dentro de la estructura empresarial. En este ámbito, se incluyen disposiciones específicas para salvaguardar los intereses de los fundadores y de los miembros de la familia que participan en el negocio, así como la organización de la junta anual de accionistas, que constituye el principal foro de decisión y control. Además, se establecen procedimientos formales para la resolución de controversias que puedan surgir entre los diferentes accionistas, evitando así que los conflictos internos afecten la operatividad y la cohesión de la empresa.

Debe apuntarse que los pilares de la matriz para las PyMEs se basan en el “Marco de gobierno corporativo de la Corporación Financiera Internacional”, el cual había sido adoptado por más de 30 instituciones financieras en materia de desarrollo en todo el mundo. El “Marco de gobierno corporativo de la Corporación

Financiera Internacional” está inspirado, a su vez, en los Principios de gobierno Corporativo de la OCDE. De modo que, tal como indica la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs”, “las pymes que trabajan con el Marco de gobierno corporativo de IFC podrán pasar naturalmente a gobierno «corporativo» a medida que se convierten en grandes empresas”¹⁶.

En consecuencia, el gobierno corporativo en las PyMEs no debe concebirse como un “lujo” normativo, sino como una necesidad estratégica, sobre todo en contextos de incertidumbre legal o mercados en desarrollo. La siguiente sección profundiza en cómo el arbitraje, como instrumento jurídico de resolución de controversias, puede integrarse como una manifestación concreta de tales principios de gobernanza.

IV. Resolución de disputas en PyMEs y su relación con la gobernanza corporativa

De conformidad con la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs”, la resolución de controversias tiene particular relevancia en las cuestiones relativas a la propiedad que, según se indicó en el punto anterior, es uno de los pilares fundamentales de la matriz de gobierno corporativo para las PyMEs. En con-

creto, la resolución de disputas aparece como un elemento indispensable para la gobernanza corporativa en materia de propiedad en dos etapas clave: (i) inicio del negocio y (ii) expansión del negocio¹⁷.

En la etapa de inicio del negocio, es fundamental fijar un mecanismo eficiente para la resolución de disputas entre accionistas, lo que permitirá “manejar de manera proactiva los conflictos que pueden amenazar la supervivencia de la empresa”¹⁸. En efecto, siguiendo a Groton y Haapio, cuando las partes inician una relación comercial, deben definir desde el principio cómo gestionarán sus posibles conflictos. En ese momento cuentan con la oportunidad de establecer un método racional para abordar cualquier disputa que pudiera surgir, delimitando un sistema de resolución de controversias que, en primera instancia, busque prevenir conflictos y, en caso de que estos ocurran, estipule un procedimiento destinado a evitar el litigio y alcanzar un acuerdo¹⁹. La “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs” señala que:

En el acuerdo accionistas y en otros documentos relevantes de la empresa deben incluirse disposiciones sobre cómo resolver controversias potenciales. En conjunto, estos documentos deben proporcionar una hoja de ruta procesal práctica que

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ibid., 25.

¹⁸ Ibid., 78.

¹⁹ Véase James P. Groton y Helena Haapio, “From Reaction to Proactive Action: Dispute Prevention Processes in Business Agreements”, ResearchGate (2007): s/n. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/242148632_From_Reaction_to_Proactive_Action_Dispute_Prevention_Processes_in_Business_Agreements

aclare a todas las partes involucradas en la controversia cómo se resolverán los asuntos²⁰.

Luego, para la expansión del negocio, es imprescindible contar con un mecanismo de resolución de disputas vinculadas con la gobernanza corporativa propiamente dicha²¹. La “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs” estima que la forma más apropiada “de resolver controversias de gobierno corporativo es la mediación”²², aunque ciertamente no todas las controversias pueden ser resueltas a través de la mediación.

En materia de resolución de controversias, la “Guía de Gobierno Corporativo para las PyMEs” sugiere la revisión del documento “*Boardroom Disputes. How to Manage the Good, Weather the Bad, and Prevent the Ugly*”²³, elaborado y publicado en 2015 por la Corporación Financiera Internacional. Este documento señala que existe evidencia importante de que los consejos de administración son reacios a litigar para resolver sus disputas, dado que puede ser perjudicial para el desempeño, la reputación y el valor de la empresa. En contraste, indica el documento, los medios alternativos de resolución de controversias (negociación, mediación y arbitraje) permiten que las partes asuman un mayor grado de

responsabilidad sobre la forma que se considera y se resuelve la disputa, ya que impulsan activamente el proceso. Ello redundará en una mayor posibilidad de preservar las relaciones comerciales una vez terminado el procedimiento, porque la intensidad del conflicto tiende a ser menos adversarial que en un juicio y los resultados pueden constituir un ganar-ganar para ambas partes²⁴.

A. El arbitraje como manifestación del buen gobierno corporativo

La incorporación del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en el diseño institucional de las pequeñas y medianas empresas no solo constituye una opción jurídica válida, sino que puede ser interpretada como una expresión tangible de las mejores prácticas de buen gobierno corporativo. Lejos de tratarse de una cláusula meramente formal, la previsión del arbitraje refleja una gestión empresarial que se orienta a la prevención de conflictos, a la eficiencia operativa y a la protección de la continuidad del negocio.

Existen diversos tipos de arbitraje, entre ellos el arbitraje comercial, que se encarga de dirimir disputas derivadas, por ejemplo, de operaciones de compra-

²⁰ Corporación Financiera Internacional, Guía de Gobierno..., 83.

²¹ Corporación Financiera Internacional, Guía de Gobierno..., 78.

²² *Ibid.*, 83.

²³ International Finance Corporation, *Boardroom Disputes. How to Manage the Good, Weather the Bad, and Prevent the Ugly* (IFC-CEDR, 2015). Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/768081486008917225/pdf/109567-ENGLISH-Boardroom-Disputes-Practical-Guide-for-Directors-PUBLIC.pdf>

²⁴ *Ibid.*, 30-31.

venta, suministro o prestación de servicios entre entidades, y el arbitraje societario, un tipo de arbitraje especial, orientado a resolver conflictos internos entre accionistas, órganos de administración y la propia empresa. Ambos mecanismos son valorados positivamente desde el buen gobierno corporativo, ya que ofrecen procedimientos más expeditos, especializados y menos adversariales que el litigio ordinario, contribuyendo a preservar la reputación, la eficiencia operativa y la continuidad del negocio. Para las PyMEs, estas ventajas resultan especialmente relevantes: el arbitraje comercial facilita la resolución de controversias con clientes y proveedores de forma ajustada a sus limitaciones de recursos, mientras que el arbitraje societario permite gestionar fricciones internas sin dañar las relaciones de confianza entre los propietarios, reforzando la estabilidad y la sostenibilidad empresarial.

La práctica global casi unánimemente sugiere la adopción del arbitraje como una medida de buen gobierno corporativo. Uno de los fundamentos de esta recomendación se encuentra en el “White Paper” sobre Gobierno Corporativo en América Latina²⁵, elaborado por la Mesa Redonda Latinoamericana sobre Gobierno Corporativo, un espacio que agrupa a responsables de políticas públicas, reguladores, empresarios, inversionistas y especialistas de la región, así

como representantes de países de la OCDE. Iniciado en 2000, el “White Paper” se desarrolló a lo largo de cuatro encuentros realizados en Brasil (2000), Argentina (2001), México (2002) y Chile (2003), complementados con reuniones continuas entre esos eventos. Para las PyMEs, utilizar este instrumento implicaría contar con un mecanismo alternativo que potencie su capacidad de resolver conflictos de manera más ágil y especializada, evitando dilaciones que podrían comprometer su estabilidad.

En el citado “White Paper” se expusieron conclusiones relevantes para el periodo 2000-2004 en relación con el uso de arbitraje para resolver disputas societarias. Se destacó la necesidad de incorporar, entre las reformas prioritarias, mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como el arbitraje privado, en las normas que rigen las sociedades y el gobierno corporativo. Asimismo, se observó que la mayoría de los tribunales en la región, en ese momento, carecían de la especialización técnica necesaria para dirimir disputas entre accionistas de manera justa y eficaz²⁶. Incluso en aquellos países donde existían instancias judiciales especializadas, se advirtió que podían no disponer de recursos suficientes para afrontar la carga de casos²⁷.

La experiencia acumulada en países de la OCDE y en la región sugería que el arbi-

²⁵ OCDE, White Paper sobre Gobierno Corporativo en América Latina (OCDE, 2004). Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/22368983.pdf>

²⁶ *Ibid.*, 41.

²⁷ *Ibid.*, 17.

traje privado voluntario podía constituir una alternativa eficiente y efectiva. Para que esta opción funcionara, se enfatizó la importancia de que el marco legal nacional reconociera las resoluciones arbitrales sin una revisión adicional de los hechos, y que los tribunales dispusieran de procedimientos actualizados para hacer cumplir dichos laudos. Asimismo, se consideró que un poder judicial activo y coherente, capaz de interpretar adecuadamente las leyes, fortalecería la eficacia y confianza en los mecanismos privados de resolución de disputas. En última instancia, la ejecución de los laudos arbitrales depende en gran medida de la eficiencia del sistema judicial.

Se apuntó, además, que el recurso al arbitraje podría aliviar la carga de los tribunales y beneficiar al entorno empresarial, al acelerar la solución de controversias comerciales, incluidas las disputas de accionistas minoritarios. Siempre que el arbitraje contara con apoyo constante, recursos suficientes y un respaldo judicial que asegurara la ejecutabilidad de sus decisiones, se estimó que ofrecería un entorno de resolución de conflictos más eficaz, equitativo y previsible²⁸.

En las dos décadas transcurridas desde el diagnóstico del “White Paper”, los obstáculos señalados han ido reduciéndose. La recomendación de emplear arbitraje en el marco del buen gobierno corporativo se ha difundido y consolidado con el

tiempo, impulsando importantes modificaciones legislativas. Hoy, el contexto latinoamericano es radicalmente distinto al de principios de los 2000: la mayoría de los países reconoce expresamente la validez del arbitraje societario y respalda el uso del arbitraje comercial en controversias extrasocietarias. Para las PyMEs, esto ha significado disponer de una opción legal plenamente respaldada para resolver internamente disputas que, de otro modo, podrían paralizar su operación y obstaculizar su crecimiento.

Después de más de veinte años, es evidente que el uso del arbitraje para dirimir controversias intrasocietarias y extrasocietarias ya no es una aspiración, sino una práctica viable y consolidada. Los beneficios que el arbitraje otorga —rapidez, especialización, confidencialidad y preservación de las relaciones comerciales— se han ido valorando más con el tiempo, lo que ha llevado a un número creciente de empresas a adoptarlo.

B. El arbitraje y la cuestión terminológica en los instrumentos de buen gobierno corporativo

Los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, auspiciados por la Corporación Andina de Fomento (Lineamientos de la CAF)²⁹ y en particular el Lineamiento N.º 5 de la edición de 2013, titulado “Cláusulas compromisorias de sumisión al arbi-

²⁸ Ídem.

²⁹ Andrés Oneto y Catalina Rojas, Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo (CAF, 2023), 21.

traje”, se refiere claramente a conflictos internos entre accionistas y directores, así como a la arbitrabilidad objetiva y subjetiva propia del arbitraje societario.

La última versión de los Lineamientos de la CAF, publicada en 2023, establece en el Lineamiento N.º 4 que: “Los Estatutos de la empresa deben incluir una cláusula compromisoria que establezca las reglas para dirimir las diferencias entre diferentes actores de gobierno (accionistas y Directorio), para impugnar los acuerdos de la Asamblea o exigir la responsabilidad a los Directores”³⁰.

Situación similar se observa en los Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado del Banco de Desarrollo de América Latina³¹ (Lineamientos EPE de la CAF) y en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas³² (Código Peruano). Ambos documentos prescinden del término “arbitraje societario”, aunque sus referencias a la solución de conflictos intrasocietarios implican, de manera evidente, este mecanismo.

En el Código de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del Instituto

Brasileño de Gobernanza Corporativa (Código Brasileño), cuenta con seis ediciones hasta 2023. En la edición de 2003, se sugería resolver los conflictos “de preferencia por medio de arbitraje”; en la de 2009, se optó por una cláusula escalonada: primero negociación, luego mediación y, finalmente, arbitraje, recomendándose que estos mecanismos formen parte del estatuto o contrato social. La sexta edición (2023) mantiene un enfoque similar, sugiriendo “mecanismos de mediación y/o arbitraje u otro sistema adecuado” en caso de fracaso de la negociación, e instando a incluir estas disposiciones en el contrato de sociedad o en compromiso que firmado entre los involucrados³³.

Los “Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas”³⁴ de 2011 (Código Boliviano 2011) definen el arbitraje como un medio extrajudicial para resolver disputas con precisión, confidencialidad y rapidez, garantizando la continuidad de la empresa. En la sección “solución de controversias”, se establece un orden escalonado: primero, gestión interna; de no satisfacerse la demanda, se recurre a

³⁰ Ídem.

³¹ Andrés Oneto y Catalina Rojas, Lineamientos para el buen gobierno corporativo de las empresas del Estado (CAF, 2021), 35.

³² Superintendencia Mercado de Valores, Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (Lima: 2013). Disponible en: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/GobCorporativo2013.pdf>

³³ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo, 6ª edición (São Paulo: IBGC, 2023), 25. Disponible en: <https://idbinvest.org/en/download/20705>

³⁴ Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, “Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas”, 30 de diciembre de 2011. Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 142/2011.

métodos alternativos como conciliación, peritaje y arbitraje.

El Código Boliviano 2016³⁵ reemplazó al de 2011, reiterando la resolución escalonada de controversias, exigiendo conciliación previa antes de acudir al arbitraje. La versión de 2023³⁶ sigue la misma línea: el Lineamiento N.º 11 obliga a la administración a informar formalmente a socios o accionistas sobre los métodos de solución de conflictos incluidos en el instrumento constitutivo, invitando a la conciliación antes de proseguir con el arbitraje.

En México, el Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo (Código Mexicano 2018)³⁷ no menciona la palabra “arbitraje”, sino que, en su “práctica recomendada 7”, sugiere establecer un procedimiento para prevenir y resolver negociadamente los conflictos entre accionistas y consejeros, privilegiando métodos alternativos. Como se explicó al inicio del texto, aunque mayoría de estos instrumentos no emplean el término “arbitraje societario”, resulta evidente que sus directrices abarcan esta modalidad.

Conviene señalar que los Lineamientos de la CAF (edición 2013) identificaron

tres problemas frecuentes en la región: (i) regulación inadecuada para la ejecución del arbitraje; (ii) costos elevados en su tramitación; y (iii) riesgo de abuso mediante recursos de nulidad contra laudos arbitrales³⁸. No obstante, se señaló que tales riesgos no deslegitiman el arbitraje como vía preferente para resolver disputas societarias. En cuanto a la arbitralidad objetiva, ciertas legislaciones latinoamericanas reservan algunos casos a la jurisdicción ordinaria o a autoridades administrativas. En la edición 2023, los Lineamientos de la CAF ya no mencionan estos inconvenientes prácticos.

El Código Brasileño 2015 estableció que la compañía debe comunicar de manera equitativa al mercado las decisiones principales y actos relativos a procedimientos arbitrales que pudieran impactar el valor de sus títulos o las decisiones de inversión de los accionistas. Esta práctica se reafirma en el Código Brasileño 2023: “La organización, a menos que exista impedimento legal, debe informar de igual manera a todas las partes interesadas sobre las principales decisiones y actos referentes a procedimientos de arbitraje y mediación de conflictos”³⁹.

³⁵ Autoridad de Fiscalización de Empresas, “Lineamientos de Gobierno Corporativo para Sociedades Comerciales Bolivianas”, 30 de diciembre de 2016. Resolución Administrativa RA/AEMP/Nº 99/2016.

³⁶ Autoridad de Fiscalización de Empresas, “Lineamientos de Buen Gobierno Corporativo”, 8 de diciembre de 2023. Resolución administrativa RA/AEMP/Nº 330/2023, 6-7.

³⁷ Consejo Coordinador Empresarial, Código de Principios y Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo (México, 2018.). Disponible en: [https://www.bmv.com.mx/docs-pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/Codigo_Digital_v20_f\(1\)-%20CCE%202018.pdf](https://www.bmv.com.mx/docs-pub/MARCO_NORMATIVO/CTEN_MNOD/Codigo_Digital_v20_f(1)-%20CCE%202018.pdf)

³⁸ Corporación Andina de Fomento, Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo (CAF, 2013), 30

³⁹ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Código de las Mejores Práctica..., 25.

Del mismo modo, el Código Boliviano 2011 indicaba que la empresa debía informar a los socios sobre los métodos de resolución de conflictos consignados en su Contrato Social. En la versión 2023, el Lineamiento N.º 11 reitera este mandato: “La administración de la sociedad comercial debe poner formalmente en conocimiento de sus socios o accionistas, los diferentes métodos de solución de controversias establecidos en su instrumento constitutivo”⁴⁰.

De manera que el arbitraje se convierte en un instrumento de previsibilidad institucional cuando es adoptado desde una perspectiva de gobernanza, al proporcionar certidumbre sobre cómo se manejarán los desacuerdos futuros y al reducir la exposición al riesgo judicial. Esto es particularmente relevante para las PyMEs, en las cuales la judicialización de un conflicto puede consumir recursos financieros, operativos y personales de manera desproporcionada. El arbitraje, cuando es previsto como parte del diseño institucional de la empresa, no es un mero mecanismo procesal, sino un instrumento de arquitectura corporativa que evidencia profesionalización y visión estratégica⁴¹. En esta línea, puede afirmarse que el arbitraje desempeña tres funciones claves en el marco del buen gobierno corporativo de las PyMEs:

1. *Función preventiva*

La sola existencia de un acuerdo arbitral, claro y bien redactado, puede disuadir conductas oportunistas y fomentar la negociación temprana de las diferencias, reduciendo la litigiosidad innecesaria.

2. *Función organizacional*

Al definir de antemano el modo de resolver disputas, se institucionaliza un procedimiento que trasciende las personas y promueve reglas del juego conocidas, con lo cual se refuerza la estabilidad y continuidad del negocio.

3. *Función reputacional*

Empresas que adoptan mecanismos arbitrales transparentes y confiables proyectan una imagen de responsabilidad jurídica y buena fe, lo cual puede incidir positivamente en su relación con inversionistas, clientes y terceros. La implementación efectiva de esta visión requiere, sin embargo, asesoramiento legal especializado, redacción precisa de los acuerdos de arbitraje, elección cuidadosa de la institución arbitral y conocimiento sobre los costos y beneficios del mecanismo.

De lo contrario, el arbitraje corre el riesgo de convertirse en una promesa ineficaz o incluso contraproducente. En definitiva, cuando se aplica de manera consciente y estratégica, el arbitraje no solo resuelve conflictos, sino que re-

⁴⁰ Autoridad de Fiscalización de Empresas, “Lineamientos de Buen Gobierno Corporativo”, 8 de diciembre de 2023. Resolución administrativa RA/AEMP/Nº330/2023, 6.

⁴¹ Véase en general: Diego Thomás Castagnino, “El arbitraje societario y el buen gobierno corporativo de las empresas”, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, No. 3 (2022): 93-112. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2023/04/ANAVI-Nro3-A6-pp-93-112.pdf>

fuerza la arquitectura institucional de las PyMEs, consolidando su camino hacia una gobernanza responsable, moderna y resiliente.

V. Barreras y desafíos para las PyMEs en el uso del arbitraje

A pesar de las múltiples ventajas que el arbitraje puede ofrecer a las pequeñas y medianas empresas, su adopción todavía es limitada en muchos contextos. Esta reticencia no necesariamente responde a una evaluación racional de sus beneficios, sino más bien a una serie de obstáculos estructurales, culturales y económicos que dificultan su implementación. Identificar estas barreras es esencial para diseñar estrategias que permitan una incorporación más efectiva del arbitraje dentro del marco de buen gobierno corporativo de las PyMEs.

A. *Percepción de altos costos*

Una de las barreras más recurrentes es la percepción —a veces fundada, otras veces exagerada— de que el arbitraje resulta costoso en comparación con la jurisdicción ordinaria. Las tasas administrativas de los centros arbitrales, los honorarios de los árbitros y los gastos conexos pueden parecer elevados para empresas con presupuestos ajustados. Sin embargo, esta percepción debe ser contextualizada, el análisis de costos del ar-

bitraje debe incluir los costos de oportunidad del litigio, la duración del proceso judicial y el riesgo de ejecución ineficaz de las sentencias.

En muchos casos, el arbitraje puede resultar más económico si se consideran sus ventajas indirectas: celeridad, menor distracción operativa, confidencialidad y mayor control sobre el procedimiento. Además, en respuesta a la necesidad de resolver disputas de manera más ágil y menos onerosa, han surgido variantes del arbitraje tradicional, como el arbitraje abreviado, acelerado e hiperacelerado. Estos mecanismos permiten reducir significativamente los tiempos de resolución sin sacrificar la calidad del proceso.

Estos procedimientos especiales son particularmente útiles para PyMEs, no sólo porque permite que las partes prescindan de algunas fases y formalidades propias del procedimiento arbitral ordinario, sino que contribuye con la disminución de costos asociados a la resolución de la controversia. Entre los centros de arbitraje que han incorporado este tipo de arbitraje en sus reglamentos resaltan: Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁴², Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Inter-

⁴² La CCI introdujo en 2017 el Procedimiento Abreviado, diseñado para ofrecer un mecanismo más expedito y económico en la resolución de controversias. Inicialmente, este procedimiento se aplicaba automáticamente a disputas con una cuantía no superior a 2 millones de dólares estadounidenses. A partir del 1 de enero de 2021, el umbral se incrementó a 3 millones de dólares. Las partes también pueden acordar su aplicación en casos de mayor cuantía. Este procedimiento se caracteriza por plazos reducidos y la posibilidad de designar un árbitro único, incluso si el acuerdo de arbitraje original dispone lo contrario.

nacional (CNUDMI)⁴³, Stockholm Chamber of Commerce (SCC)⁴⁴, Singapore International Arbitration Centre (SIAC)⁴⁵, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)⁴⁶, Corte Española de Arbitraje⁴⁷, Corte de Arbitraje de Madrid⁴⁸, Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)⁴⁹, Cámara de Comercio de Lima (CCL)⁵⁰. En Venezuela, los princi-

pales centros de arbitraje han incluido en sus reglamentos disposiciones sobre arbitraje abreviado. Así por ejemplo el Reglamento General del CACC (2022) establece el arbitraje abreviado en el Libro IV, bajo la denominación de procedimiento abreviado⁵¹. El Reglamento del CEDCA (2020) también se refiere al ar-

⁴³ La CNUDMI adoptó en 2021 el Reglamento de Arbitraje Acelerado, que ofrece un marco simplificado y más rápido para la resolución de disputas. Este reglamento establece plazos más cortos para cada etapa del proceso arbitral y limita la extensión de las presentaciones escritas y el número de audiencias. Aunque es un procedimiento más expedito, se asegura de mantener las garantías procesales fundamentales para las partes involucradas.

⁴⁴ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, SCC Expedited Arbitration Rules (2023), 3. Antes de iniciar el articulado, este instrumento normativo establece lo siguiente: “Under any arbitration agreement referring to the Rules for Expedited Arbitrations of the SCC Arbitration Institute or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an emergency arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties”.

⁴⁵ Singapore International Arbitration Centre, SIAC Rules (2025). Disponible en: <https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2024/06/SIAC-Rules-2025-English-1-Jan-2025.pdf>

⁴⁶ El Reglamento CIAM-CIAR regula el arbitraje abreviado desde su versión a partir del 1 de enero de 2020 y en la versión actual vigente a partir del 1 de enero de 2024 introdujo el procedimiento hiperabreviado.

⁴⁷ Corte Española de Arbitraje, Reglamento de la Corte Española de Arbitraje (2022). Disponible en: https://cearbitraje.com/sites/default/files/2024-06/RCEA-2022_merged.pdf. Ver artículo 60.

⁴⁸ Corte de Arbitraje de Madrid, Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (2022). Disponible en: <https://www.arbitramadrid.com/wp-content/uploads/2023/12/231220-Reglamento-CAM-2022-ESP-sin-anexos.pdf>. Ver artículo 52.

⁴⁹ Tribunal Arbitral de Barcelona, Reglamento de procedimiento TAB (2019). Disponible en: https://tab.es/wp-content/uploads/2023/07/Reglament_TAB_es.pdf. Ver artículo 50.

⁵⁰ En 2016, la CCL implementó el Arbitraje Acelerado para casos de menor cuantía, permitiendo resolver disputas en menos de cuatro meses. Este procedimiento rápido consiste en no seguir el proceso estándar, sino en aplicar plazos muy abreviados. Es aplicable cuando el monto en disputa no excede el límite establecido en la Tabla de Aranceles del Centro, aunque las partes pueden acordar su aplicación en casos de mayor cuantía.

⁵¹ El artículo 84 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (2022) establece lo siguiente: “Cuando el monto estimado de la solicitud de arbitraje no exceda de cincuenta mil dólares estadounidenses (USD 50.000,00) o su equivalente en bolívares según el ordenamiento jurídico vigente a la fecha de su presentación, el arbitraje se registrará por las normas previstas en este libro”. Esta norma es similar al artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021). Vale destacar que el hecho de que el arbitraje abreviado opere “por defecto”, no excluye la posibilidad de que las partes establezcan en su acuerdo de arbitraje –o incluso una vez que la disputa ha surgido– que la controversia sea resuelta mediante el procedimiento ordinario. Incluso si las partes no han excluido la aplicación del procedimiento abreviado, los árbitros se reservan la facultad de decidir si la controversia es susceptible de ser resuelta mediante esta modalidad. Al respecto téngase en cuenta el artículo 30.3.c) del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021) que indica lo siguiente: “Las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado no serán aplicables si: (...) c) la Corte, a solicitud de una parte antes de la constitución del tribunal arbitral o de oficio, determina que resulta inapropiado aplicar las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado de acuerdo con las circunstancias del caso”.

bitraje abreviado en el Título III⁵². Por último, el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo (2020)⁵³ regula el procedimiento abreviado en el Libro IV⁵⁴.

No obstante, debemos ser enfáticos en reconocer que cada caso debe ser anali-

zado de manera individual, ya que, definitivamente, el arbitraje expedito no es un procedimiento ideal para todo tipo de controversia⁵⁵. Lo que en realidad debe privar es el criterio de las partes, las cuales deben ser sinceras en cuanto a su intención de tramitar su caso mediante un

⁵² La aplicabilidad del arbitraje abreviado fue regulada mediante una cláusula opt-out, contenida en el artículo 46.1 del reglamento que indica: “Cuando se trate de controversias que no excedan el monto establecido en el Apéndice de Costos y Honorarios vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje y en las cuales no estén involucrados más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado, se aplicará el Procedimiento Expedito previsto en este título, salvo acuerdo en contrario de las partes. El procedimiento expedito también puede ser aplicado a controversias de mayor cuantía o con multiplicidad de partes cuando éstas así lo convengan”. Se trata de una norma dispositiva, que establece una cláusula opt-out de arbitraje abreviado cuando las controversias no excedan el monto establecido para el momento en que se introduce la solicitud de arbitraje. Esto permite que las partes puedan decidir resolver su disputa, independientemente de la cuantía, mediante un procedimiento arbitral ordinario salvo pacto en contrario, haciendo una clara excepción en los casos de arbitraje complejo. Sobre el arbitraje complejo y sus particularidades ver: James-Otis Rodner, “El arbitraje complejo”, en *El Arbitraje en Venezuela estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje; Club Español del Arbitraje, Capítulo Venezuela, 2013), 319 y ss.

⁵³ La presentación y explicación de varias de las normas de este reglamento puede consultarse en David Moucharfech Parra, “Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo”, en XII Jornada Aníbal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2022), 93-108.

⁵⁴ El artículo 110 se refiere a los supuestos de aplicación del procedimiento arbitral abreviado, que son los siguientes: “1. Cuando las controversias no excedan el monto establecido en el Anexo I vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje. 2. Cuando no esté presente más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado, salvo acuerdo en contrario de las partes. 3. Cuando las partes no hayan pactado expresamente su no aplicación. 4. Cuando las partes convengan su aplicación en controversias de mayor cuantía a la contenida en el Anexo I”. La regulación del procedimiento arbitral abreviado en este reglamento se rige por una cláusula automática. De manera que, al cumplirse el supuesto de hecho previsto en la norma, se activará la consecuencia jurídica que es la tramitación del arbitraje mediante un procedimiento abreviado. De los párrafos siguientes del mismo artículo 110 deriva el poder del Comité Ejecutivo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo, que se refleja en caso de que una de las partes no quiera que el procedimiento sea abreviado, pues será el Comité Ejecutivo el que tomará la decisión definitiva sobre este particular. Además, el Comité Ejecutivo de este centro de arbitraje, está facultado por el reglamento para acordar la no aplicación del procedimiento arbitral abreviado atendiendo a las particularidades de cada caso. En cuanto al número de mediadores y árbitros, el artículo 110 establece que el procedimiento abreviado deberá realizarse -como regla- sólo con un mediador y un árbitro único con independencia de lo convenido por las partes en el compromiso arbitral, aunque es posible que el Comité Ejecutivo acuerde, en situaciones excepcionales y previa audiencia de las partes, establecer un tribunal compuesto de tres árbitros. Esto deberá hacerlo teniendo en cuenta las particularidades, exigencias y complejidad de cada caso.

⁵⁵ Uno de los criterios esenciales a tomar en consideración para garantizar el éxito de procedimientos arbitrales abreviados es el respeto de garantías procesales fundamentales. Wilfredo Monsalve García, “Arbitraje expedito y debido proceso: en búsqueda del justo equilibrio”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 3 (2022): 255-284. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2023/04/ANAVI-Nro3-A14-pp-255-284.pdf>

procedimiento más expedito pensando en las eficiencias en costos y tiempos.

A modo de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI reconoce que las particularidades del arbitraje abreviado no se ajustan necesariamente a todos los casos⁵⁶. El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI (2021) también admite que no todos los casos son susceptibles de tramitación mediante procedimientos acelerados⁵⁷. La diferencia con el Reglamento de Arbitraje de CCI es que el Reglamento de Arbitraje Acelerado de CNUDMI deja exclusivamente en las partes la carga de solicitar al tribunal la desaplicación del procedimiento abreviado y no contempla la posibilidad de que los árbitros lo desapliquen de oficio.

B. Falta de conocimiento o asesoría especializada

Muchas PyMEs carecen de acceso a asesoría jurídica estratégica que les permita entender las ventajas del arbitraje y redactar cláusulas adecuadas. Puede tratarse de una barrera económica, en la que la PyME no cuente con los recursos suficientes para tener una asesoría especializada, lo cual es especialmente crítico en países donde el Estado no ofrece asesoría legal gratuita para este tipo de empresas. Dejando de lado el tema económico, creemos que la ausencia de cultura arbitral en el empresariado medio tiene más que ver con una falta de pedagogía jurídica que con una verdadera inadecuación del mecanismo, ya que, como se ha indicado, existen opciones.

⁵⁶ Por este motivo, el artículo 30.3 del cuerpo principal del reglamento establece, entre las excepciones a la aplicación de las disposiciones sobre el procedimiento abreviado, que no será aplicable este procedimiento si “la Corte, a solicitud de una parte antes de la constitución del tribunal o de oficio, determina que resulta inapropiado aplicar las Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado de acuerdo con las circunstancias del caso”.

⁵⁷ Aunque la regulación es distinta. Cuando las partes pactan someterse a este reglamento, pero, debido a las condiciones particulares del caso, puede que el arbitraje acelerado no sea la mejor opción, las partes en cualquier momento durante el proceso pueden convenir en dejar de aplicarlo (artículo 2.1). En este supuesto, el Tribunal Arbitral seguirá constituido y dirigirá el arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje CNUDMI. También es posible que una de las partes solicite al tribunal arbitral que ordene desaplicar el Reglamento de Arbitraje Acelerado, caso en el cual el tribunal arbitral está obligado a oír a las partes antes de decidir (artículo 2.2.) y a tal efecto deberá tener en cuenta, entre otros elementos: (i) La urgencia que haya en resolver la controversia; (ii) La etapa del procedimiento en que se formule la solicitud; (iii) La complejidad de la controversia (por ejemplo, el volumen de pruebas documentales que se estima se presentará y el número de personas que se estima prestarán declaración); (iv) La suma que se estime será litigiosa (todas las sumas reclamadas en la notificación del arbitraje, las reconveniones que se formulen en la respuesta a esta, así como todas las modificaciones o complementos); (v) Las condiciones del acuerdo entre las partes por el que estas sometieron su controversia a arbitraje acelerado y la previsibilidad de las circunstancias actuales en el momento de celebrarse el acuerdo; y (vi) La repercusión que tendría en las actuaciones la decisión que se tome. Es evidente que el Reglamento de Arbitraje Acelerado de CNUDMI desea controlar la aplicación del procedimiento abreviado, excluyendo de esta modalidad a los casos que presentan circunstancias peculiares, procurando un equilibrio entre la celeridad procesal y el respeto a las garantías procesales fundamentales. Ver: CNUDMI, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021) Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Naciones Unidas, Viena, 2021), 51.

C. Acuerdos de arbitraje mal redactados o ineficaces

Otro problema común lo constituyen los acuerdos de arbitrajes mal estructurados, ambiguos o inaplicables, lo que genera litigios previos sobre su validez o alcance. Los casos de acuerdos de arbitraje patológicos más frecuentes son los que remiten a instituciones inexistentes, omiten elementos esenciales o combinan arbitraje y jurisdicción ordinaria de manera contradictoria. De allí la insistencia es que las PyMEs deben contar con asesoría especializada.

D. Falta de familiaridad con el proceso arbitral

Incluso cuando las PyMEs incluyen acuerdos de arbitraje en sus contratos, muchas veces desconocen el funcionamiento práctico del proceso: cómo se nombra el árbitro, qué documentos deben presentarse, cuáles son los plazos, cómo se ejecuta el laudo, entre otros aspectos. Esta falta de familiaridad puede generar ansiedad o reticencia al momento de activar el mecanismo.

Propuestas para superar estas barreras se sugiere:

- i. **Educación y capacitación jurídica especializada:** Promover programas de formación para empresarios, gerentes y asesores legales de PyMEs sobre arbitraje y gestión de con-

flictos, en colaboración con cámaras de comercio, universidades y centros de arbitraje.

- ii. **Modelos de acuerdos de arbitraje adaptados a PyMEs:** Desarrollar acuerdos de arbitraje tipo que sean claros, flexibles y adaptables a las necesidades de las pequeñas empresas, incorporando opciones de arbitraje simplificado, plazos abreviados o uso de plataformas digitales.
- iii. **Arbitraje institucional simplificado:** Entre las propuestas más relevantes se encuentra la necesidad de adaptar el procedimiento arbitral a la realidad de las empresas de menor tamaño, con reglas claras, audiencias virtuales y plazos abreviados, incluso en procedimientos especiales como el arbitraje societario⁵⁸. Impulsar reglas procesales específicas para PyMEs dentro de los centros arbitrales, con tarifas proporcionales, árbitros con formación específica en conflictos empresariales menores y audiencias virtuales para reducir costos logísticos.
- iv. **Promoción de confianza institucional:** Aumentar la transparencia y rendición de cuentas

⁵⁸ Diego Tomás Castagnino, "Propuestas de reglas procedimentales para la tramitación del arbitraje societario en Venezuela", Revista Venezolana de Derecho Mercantil, No. 8 (2022). Disponible en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_ac29bd405d1b4bb8a613163aeb020306.pdf

de los centros arbitrales, publicar estadísticas, códigos de ética y decisiones sobre recusaciones para fortalecer la percepción de imparcialidad.

- v. **Asistencia jurídica para PyMEs vulnerables:** Establecer programas de apoyo o subsidio legal para pequeñas empresas que requieran activar mecanismos arbitrales y carezcan de recursos suficientes.

En definitiva, superar estas barreras no solo requiere ajustes normativos o institucionales, sino un cambio cultural en la forma en que las PyMEs conciben la gestión de riesgos legales. Solo a través de una aproximación integral –jurídica, económica y pedagógica– podrá integrarse el arbitraje como parte esencial del modelo de gobernanza de este sector empresarial.

VI. Experiencias comparadas y buenas prácticas

La integración del arbitraje en el ecosistema jurídico de las PyMEs no es una realidad uniforme a nivel global. Mientras en algunos países se ha tomado en cuenta a este sector de la economía, en otros continúa siendo incipiente. El análisis comparado permite identificar buenas

prácticas replicables, así como advertir sobre obstáculos comunes, lo que resulta particularmente útil para evaluar el potencial transformador del arbitraje como instrumento de buen gobierno corporativo.

A. América Latina: desarrollo progresivo y adaptaciones institucionales

En América Latina, diversos centros de arbitraje han reconocido el papel de las PyMEs como usuarios potenciales del arbitraje y han adoptado medidas específicas para facilitar su acceso. Por ejemplo, en Colombia, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá cuenta con el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes y Arbitraje Social⁵⁹, que mediante el uso del arbitraje busca resolver los conflictos en donde esté involucrada al menos una empresa Mipyme o se relacione con ésta, el cual se sujetará a los requisitos y reglas de procedimiento previstos en el Reglamento.

En Venezuela, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)⁶⁰ y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Ca-

⁵⁹ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes y Arbitraje Social. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/en/content/download/12921/file/Reglamento%20de%20Procedimiento%20de%20Arbitraje%20Mipymes%20y%20Arbitraje%20Social.pdf>

⁶⁰ CEDCA, Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA (2020). Disponible en: <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2022/08/RCEDCA-2020.-Version-14-01-2020-Con-Codigo-de-etica-Nuevo.pdf>

racas (CACC)⁶¹, cuentan con reglas específicas para disputas de bajo monto, permitiendo la designación de árbitros únicos, audiencias virtuales, y tasas proporcionales al valor del litigio.

B. Europa: institucionalización y cultura arbitral consolidada

En el contexto europeo, el arbitraje para PyMEs ha sido impulsado tanto por las cámaras de comercio como por iniciativas legislativas. En España, se cuenta con una ley que incorporó la normativa europea, Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013, que establece procedimientos de arbitraje gratuitos para la resolución de conflictos respecto a un contrato de compraventa o servicio entre consumidor y PyMEs sea cual fuere la naturaleza del producto o adquisición, tanto presencial como online⁶².

Así mismo, en España el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)⁶³ y la Corte de Arbitraje de Madrid⁶⁴ ofrecen procedimientos sumarios para reclamaciones inferiores a cierto umbral, con tarifas fijas

y plazos de resolución bastante limitados. El TAB establece la obligación de laudar en un plazo de dos meses contados a partir de la presentación de la contestación a la demanda o la contestación a la reconvencción. La Corte de Arbitraje de Madrid fija la obligación de laudar cuatro meses siguientes a la presentación de la contestación a la demanda o a la expiración del plazo para presentarla, o en su caso, a la contestación a la reconvencción o a la expiración del plazo para presentarla.

La Comisión Europea ha propuesto nuevas normas para ayudar a las PyMEs en la resolución de litigios en materia de inversiones en el marco del Acuerdo Económico y de Comercio con Canadá (CETA). Las normas contemplan un procedimiento acelerado con un tribunal de un solo miembro, plazos cortos y protecciones para el Estado como demandado⁶⁵.

La ICC (International Chamber of Commerce), con sede en París, adoptó en

⁶¹ CACC, Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (2022). Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2022/05/REGLAMENTO-GENERAL-DEL-CENTRO-DE-ARBITRAJE-DE-LA-CAMARA-DE-CARACAS-2022.pdf>

⁶² Diario Oficial de la Unión Europea, Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) N.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/2013/165/L00063-00079.pdf>

⁶³ Tribunal Arbitral de Barcelona, Reglamento de procedimiento TAB (2019). Disponible en: https://tab.es/wp-content/uploads/2023/07/Reglament_TAB_es.pdf. Ver artículo 50.

⁶⁴ Corte de Arbitraje de Madrid, Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid (2022). Disponible en: <https://www.arbitramadrid.com/wp-content/uploads/2023/12/231220-Reglamento-CAM-2022-ESP-sin-anexos.pdf>. Ver artículo 52.

⁶⁵ La Comisión Europea propuso el 26 de abril un conjunto de normas que racionalizan y simplifican los procedimientos de resolución de litigios, facilitando a las PYMEs el acceso al sistema de tribunales de inversiones (ICS) previsto por el CETA “ahorrándoles tiempo y dinero.” Disponible en: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2024\)178&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2024)178&lang=es)

2017 un Reglamento de Arbitraje Acelerado, aplicable automáticamente para disputas de hasta 3 millones de dólares, salvo que las partes dispongan lo contrario. Esta iniciativa ha sido considerada como una democratización del arbitraje internacional⁶⁶. En Italia, el Árbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), aunque centrado en controversias financieras, ha servido como modelo para crear ventanillas únicas de resolución de disputas para pequeños inversionistas y emprendedores, muchas de ellas PyMEs tecnológicas⁶⁷.

C. Asia: innovación tecnológica y accesibilidad digital

En países como Singapur y Hong Kong, la digitalización del arbitraje ha permitido ampliar su alcance a nuevas capas del empresariado. El Singapore International Arbitration Centre (SIAC), por ejemplo, ofrece servicios completamente en línea para controversias de menor cuantía, permitiendo la tramitación de laudos en plazos breves y sin audiencias presenciales. Por su parte, el China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) ha creado una plataforma para el arbitraje de PyMEs con interfaz digital, asistencia jurídica básica y tarifas escalonadas⁶⁸.

D. Lecciones y factores comunes de éxito

De estas experiencias pueden extraerse varios factores clave que han contribuido al éxito del arbitraje entre PyMEs:

- i. **Procedimientos flexibles y adaptados a la realidad empresarial:** Reglamentos simplificados, árbitros únicos, audiencias virtuales y limitación de pruebas innecesarias.
- ii. **Costos proporcionales y transparencia tarifaria:** Tarifas fijas o escalonadas según la cuantía del litigio, con posibilidad de dispensar anticipos.
- iii. **Capacitación jurídica e institucional activa:** Campañas de formación dirigidas a empresarios, abogados, contadores y gerentes de PyMEs, con guías prácticas y cláusulas modelo.
- iv. **Consolidación de confianza institucional:** Transparencia en la selección de árbitros, códigos de conducta, mecanismos de control de calidad y rendición de cuentas.

La experiencia de los centros arbitrales que han diseñado reglamentos específicos para disputas empresariales menores debe servir de modelo para América La-

⁶⁶ CNUDMI, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021) Reglamento de Arbitraje Acelerado...

⁶⁷ Arbitro per le Controversie Finanziarie ("ACF"), established by CONSOB with resolution of 4 May 2016 no. 19602. Disponible en: <https://www.acf.consob.it/>

⁶⁸ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). Disponible en: <https://www.cietac.org>

tina, donde la informalidad societaria de las PyMEs no puede ser una excusa para excluirlas del arbitraje institucional. Estas buenas prácticas confirman que el arbitraje no es un mecanismo reservado a grandes corporaciones, sino una herramienta versátil y eficiente que, con el diseño adecuado, puede beneficiar a las pequeñas y medianas empresas. Su adopción, sin embargo, debe estar acompañada de esfuerzos sostenidos en formación, accesibilidad y fortalecimiento institucional.

VII. Conclusiones

El arbitraje representa una herramienta poderosa para la resolución de controversias en las pequeñas y medianas empresas (PyMEs), no solo por sus ventajas procesales —como la celeridad, especialización y confidencialidad— sino también por su potencial como instrumento de fortalecimiento institucional. Incorporar cláusulas arbitrales en los estatutos, contratos y pactos de las PyMEs no es únicamente una decisión técnica, sino un acto de gobernanza que refleja un compromiso con la eficiencia, la previsibilidad y la continuidad del negocio.

Desde una perspectiva de buen gobierno corporativo, el arbitraje se alinea con los principios de transparencia, gestión del riesgo, responsabilidad y rendición de cuentas. Su implementación permite a las PyMEs anticipar y gestionar conflictos de forma profesional, evitando litigios destructivos que pueden comprometer su estabilidad. Como se ha expuesto, el arbitraje bien estructurado no

solo es viable para las PyMEs, sino deseable como mecanismo de institucionalización progresiva.

Sin embargo, para que el arbitraje cumpla efectivamente este rol, es necesario superar barreras estructurales y culturales: la percepción de altos costos, la falta de conocimiento especializado, la desconfianza institucional, y la redacción deficiente de cláusulas. Estas dificultades pueden enfrentarse mediante políticas públicas, innovación institucional, programas de formación y el desarrollo de procedimientos arbitrales simplificados, como lo demuestran múltiples experiencias internacionales.

En definitiva, el arbitraje no debe ser visto por las PyMEs como un mecanismo lejano, costoso o complejo, sino como un aliado estratégico para una gestión moderna y responsable. Su adopción consciente y bien estructurada contribuye a consolidar una cultura jurídica orientada a la prevención, la eficiencia y el crecimiento sostenible. Así, el arbitraje deja de ser una simple cláusula contractual para convertirse en una auténtica decisión de buen gobierno corporativo.

La incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica

Carmen Mencía Bastanchury*

Principia No. 11–2024 pp. 43-75

Resumen: El presente estudio analiza la relevancia de la prueba pericial económica como medio esencial para la formación de convicción y la búsqueda de decisiones objetivas en los litigios que involucran cuestiones técnicas o financieras. Se examina cómo la eficacia de esta prueba depende tanto de su rigor metodológico como de la capacidad del juez para valorarla con criterios racionales y libres de influencias externas. Desde un enfoque interdisciplinario que integra aportes del derecho procesal y de la psicología cognitiva, se identifican los principales sesgos que pueden afectar la valoración judicial —como el sesgo de anclaje, el de confirmación o la fatiga cognitiva— y se proponen estrategias destinadas a mitigar su impacto. El estudio concluye que el conocimiento y control de estos sesgos fortalecen la imparcialidad judicial y optimizan la función probatoria de la pericia económica como instrumento para la resolución justa y fundamentada de los conflictos.

Abstract: The present study analyzes the relevance of economic expert evidence as an essential means for the formation of judicial conviction and the pursuit of objective decisions in disputes involving technical or financial issues. It examines how the effectiveness of such evidence depends both on its methodological rigor and on the judge's ability to assess it using rational criteria, free from external influences. From an interdisciplinary perspective that integrates insights from procedural law and cognitive psychology, the study identifies the main biases that may affect judicial evaluation—such as anchoring bias, confirmation bias, and cognitive fatigue—and proposes strategies to mitigate their impact. It concludes that awareness and control of these biases strengthen judicial impartiality and enhance the evidentiary function of economic expertise as a tool for the fair and reasoned resolution of disputes.

Palabras Claves: Prueba pericial económica | Valoración de la prueba | Sesgos cognitivos | Arbitraje.

Keywords: Economic expert evidence | Evaluation of evidence | Cognitive biases | Arbitration.

* Abogada (Universidad Rey Juan Carlos), Economista y Licenciada en Administración y Dirección de Empresas (Universidad Pontificia de Comillas). Directora General del Departamento de Investigaciones y Resolución de Controversias de Kroll en España. Correo electrónico: carmen.mencia@kroll.com

Sumario: I. Introducción, II. Las normas de valoración de la prueba pericial: la sana crítica, III. Los sesgos cognitivos que afectan a los juzgadores, A. Sesgo de representatividad, B. Sesgo de disponibilidad, C. Sesgo de anclaje o ajuste, D. Sesgo retrospectivo, E. Sesgo de confirmación, F. Otros sesgos, 1. Sesgo de grupo, 2. La fatiga cognitiva (ego depletion) y el sesgo de “statu quo”, G. Conclusiones preliminares, IV. Incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica, A. Sesgo de representatividad, B. Sesgo de disponibilidad, C. Sesgo de retrospectiva, D. Sesgo de anclaje, E. Sesgo de grupo, F. La fatiga cognitiva, V. Conclusiones

I. Introducción

Transcurridos 18 años desde la entrada en vigor de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que introdujo la figura del perito de parte como un elemento con entidad propia, sin duda, la comunidad jurídica no sólo ha percibido la relevancia de los informes periciales como instrumento fundamental en el acervo probatorio disponible para la acreditación de los hechos en los que se basan las pretensiones de las partes en conflicto, sino que en algunos contextos los consideran imprescindibles para que prosperen sus aspiraciones indemnizatorias.

Concretamente, el artículo 335.1 de la LEC establece que “cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en la ley, que se emita dictamen por un perito designado por el Tribunal”.

Así pues, la variedad de pruebas periciales posibles abarca tantas áreas como especialidades técnicas, científicas, artísticas o prácticas puedan verse implicadas en desarrollo de una litis.

En este infinito universo de posibilidades periciales, este modesto trabajo de investigación pretende centrar su atención en la relevancia que la valoración de la prueba pericial económica y los factores que inciden en la misma pueden tener en la resolución de aquellos procedimientos litigiosos que implican elementos económicos, bien como factores de hecho que deben ser probados o como consecuencias directas de la apreciación de determinados argumentos jurídicos que devienen en obligaciones pecuniarias para las partes.

Según la Norma Técnica número 4 del Consejo General de Economistas, Refor (2013, p.23) existirían dos tipos de pruebas periciales de índole económica: la prueba pericial contable que poseería la virtualidad de basarse, exclusivamente, en cuestiones de índole contable (i.e contabilidades, cuentas y estados financieros), y la prueba pericial económica mucho más compleja “ya que se

aparta de lo meramente contable y alcanza a cuestiones de derecho económico y/o de microeconomía tales como contratación, mercados, situación empresarial, valoraciones de empresas, etc., o incluso, en determinados casos, de macroeconomía, las cuales no entran dentro de los condicionamientos de la prueba pericial contable, aun cuando con carácter generalizador, la prueba pericial económica suele hacerse extensiva, considerándose subsumida en la prueba pericial contable [...]"

La creciente intensidad de los litigios en los que la materia económica, no sólo es un elemento relevante, sino que es el centro neurálgico de la controversia, hace necesaria, la intervención del perito económico que establezca elementos fácticos, no carentes, en la mayoría de los casos, de dificultad técnica. En este sentido, el propio Poder Judicial la considera, en un estudio elaborado por la Universidad Rey Juan Carlos (en adelante URJC) (2008, p.1) "uno de los medios de prueba de mayor complejidad técnica y de mayor incidencia en el campo de la litigiosidad económica".

De un análisis somero, podría concluirse que, abordando la labor pericial en materia económica desde una perspectiva global, esta no debería diferir en los diferentes ámbitos, en los que la misma puede verse implicada. Sin embargo, la experiencia concreta¹ nos devuelve una realidad muy distinta. Como parece ob-

vio, cada jurisdicción o sistema alternativo de resolución de controversias tiene no sólo sus peculiaridades procesales, que condicionan el desarrollo del procedimiento de resolución del conflicto de hecho, sino que los propios órganos jurisdiccionales o entes decisores y su visión y conocimiento en materia económica, condicionan la apreciación de la prueba pericial económica y su utilidad efectiva.

El perito, en general, y el económico en particular ha de realizar su labor sin perder de vista que la misma debe ser un verdadero auxilio del juzgador en los aspectos que exceden del conocimiento de este, coadyuvando a una apreciación objetiva de los elementos fácticos del objeto de la controversia. Por lo tanto, en esta misión, el experto implicado ha de considerar las especiales características del ámbito en el que actúa y del destinatario del producto último de su trabajo, que no es otro que el informe pericial y su ulterior ratificación.

Pero, ¿Qué elementos han de tenerse en cuenta si queremos cumplir con este propósito último de la pericia económica?

Aunque, las especificidades procesales del procedimiento de resolución de conflictos aplicable a cada caso sean relevantes, quizá la clave de bóveda para alcanzar el objetivo perseguido, ilustrar al decisor último, dependerá en gran medida

¹ La autora de este trabajo ejerce como perito financiero contable desde hace más de 18 años en jurisdicción ordinaria y arbitral.

de la perspectiva subjetiva de éste, que se verá condicionada, como veremos, por los ineludibles sesgos cognitivos que afectan a todo ser humano y que incidirán de forma no despreciable en la formación de su convicción.

De este modo, nos adentraremos en la determinación de los factores que inciden en la valoración de una prueba pericial económica en los diferentes contextos en los que la misma puede resultar de utilidad, y especialmente, abordaremos la incidencia de mecanismos automáticos cognitivos que pueden incidir en la valoración de ésta por parte del órgano decisor.

Con este objeto, abordaremos los siguientes bloques temáticos:

- i. Las normas de valoración de la prueba pericial: La sana crítica.
- ii. Los sesgos cognitivos que afectan a los juzgadores.
- iii. La incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica.

II. Las normas de valoración de la prueba pericial: la sana crítica

Antes de abordar la idiosincrasia y la tipología, así como la caracterización de los sesgos cognitivos que pueden tener incidencia en la valoración de una prueba pericial económica, consideramos necesario colocarnos en un escalón previo: La valoración de la prueba.

En este sentido, una prueba pericial económica no es sino una más del elenco disponible en el acervo probatorio, y, necesariamente, se encuentra sometida a las normas de valoración impuestas por la LEC.

En palabras de Abel (2014, p. 1): “Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de “interpretar” y “valorar”. Se dice que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado, mientras que “valorar” una prueba significa otorgar la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración -tasado o libre- establecido por el legislador.”

Según este mismo autor, la primera tarea que realiza el juzgador es la de “interpretar” los medios de prueba, lo que implicaría fijar lo que han manifestado los testigos, qué elementos experienciales sustentan las afirmaciones del perito o cual es el contenido de los documentos presentados, para, posteriormente, proceder a la valoración libre o tasada del elemento probatorio en cuestión dependiendo de la prescripción normativa aplicable.

Concretamente, hemos de recordar que en el ordenamiento jurídico español se determinan dos métodos distintos de valoración de pruebas, libre o tasado, aplicables en función de las características del elemento probatorio a valorar.

Así pues, la LEC establece normas de valoración tasadas para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradictorio

por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales en los que intervino personalmente (artículo 316.1 de la LEC), para los documentos públicos (artículo 319 de la LEC y 1218 del Código Civil), y para los documentos privados (artículo 326 de la LEC y artículo 1225 del Código Civil).

Por su parte, se determina que se valorará de acuerdo con la regla de libre valoración o sana crítica el interrogatorio de la parte cuando no verse sobre hechos en los que se haya producido su intervención personal, y cuando dicha declaración no resulte enteramente perjudicial o sea contradicha por otros medios de prueba (artículo 316.2 de la LEC), la prueba pericial (artículo 348 de la LEC), el interrogatorio de testigos (artículo 376 de la LEC) y los instrumentos de grabación, filmación y semejantes (artículo 382.2 de la LEC).

En el caso de la prueba pericial, el artículo 348 de la LEC establece que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. El Tribunal, a la hora de dictar sentencia, no está vinculado por el dictamen pericial, sino que deberá valorarlo de acuerdo con “las reglas de la sana crítica”, es decir, el Juez gozará de libertad de valoración, pero teniendo en cuenta el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento y haciendo una valoración conjunta de todas ellas.”

De este modo, la valoración de la prueba pericial económica se verá sometida a la regla de la sana crítica.

Pues bien, habremos de deslindar qué es la regla de la sana crítica para, posteriormente, determinar los factores que inciden en la formación de la convicción del juzgador de acuerdo con su aplicación.

La expresión “los principios de la sana crítica” fue introducida por primera vez en el artículo 317 de la LEC de 1885 y ha sido exportada a otros Códigos Procesales Civiles. Así mismo, y con antecedentes en los artículos 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real ha sido recogida tanto en la LEC de 1881, artículos 632 y 659, como en la vigente LEC.

Pero qué significa exactamente este principio procesal. La Enciclopedia Jurídica define la sana crítica como una “Fórmula leal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de las probanzas.”²

Por su parte, señala Couture (1979, p. 195) que las reglas de la sana crítica son “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.

² <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm>

De este modo, parece que este autor coloca la regla de la sana crítica en una categoría intermedia entre la prueba de libre convicción y la prueba legal, de tal suerte que no adolecería de la incertidumbre de aquella y de la rigidez de esta. Así pues, para Couture (1979, p. 195) las reglas de la sana crítica son “las reglas del correcto entendimiento humano”. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecional y arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

Según la definición clásica de Stein (1990, p.22), “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos”.

Por lo tanto, las reglas de la sana crítica tienen su fundamento en la confianza en el funcionamiento del correcto entendimiento humano y en su aplicación se ven comprometidas las reglas de la lógica, la experiencia del juzgador y su conocimiento empírico previo.

Sin embargo, esta conceptualización no implica que la aplicación de la sana crítica justifique una actuación discrecional o arbitraria del órgano jurisdiccional, ya que esto convertiría la sana crítica en libre convicción.

En este sentido, la doctrina general se decanta por establecer que la sumisión a las reglas de la sana crítica no equivale a una valoración exenta de límites, o arbitraria.

Según determinados autores (Seoane, 2006), valorar una prueba significa otorgarle la credibilidad que se merece, atendiendo al sistema de valoración establecido por el legislador. Mediante el medio de prueba el juez adquiere una serie de conocimientos sobre los hechos objeto de debate. Estos conocimientos permiten, correctamente interpretados, llegar a una conclusión acerca de la existencia de los hechos alegados por las partes.

En esta misma línea, Flores Prada (2005, p.343) ya señala que “el juicio del Tribunal no debe ser un juicio técnico-científico sino un juicio de credibilidad, que ha de medir tanto la cualificación y objetividad del experto, como la verosimilitud -coherencia interna, corrección, lógica, racionalidad y razonabi-

lidad, argumentación- de los datos opiniones y conclusiones expuestas en el dictamen”.

Si bien es cierto que los autores más arriba citados mencionan criterios objetivos y mensurables, no lo es menos, que poner de relieve otros que no lo son tanto, como la credibilidad, que es una mera percepción subjetiva del juzgador.

Abundando en la conceptualización de la sana crítica, y, a pesar de que la propia LEC no defina los contornos a los que debe circunscribirse la valoración de la prueba pericial al no tratarse de una prueba tasada, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en sentido contrario a que el juez o magistrado pueda desconocer o apartarse, por ejemplo, del contenido de un dictamen pericial, sin expresar las razones de tal separación o rechazo, o basándose en razones absurdas, o que violenten o infrinjan el buen sentido o la lógica de lo razonable, puesto que en tal caso su proceder puede ser impugnado a través de los recursos contemplados en las leyes.

En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante TS), de 9 de octubre de 2003, afirma que “la doctrina de esta Sala es muy reiterada sobre la valoración y apreciación de la prueba pericial, como resume la sentencia de 28 de febrero de este mismo año, en estos términos: “el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que el Tribunal de instancia apreciará la prueba pericial según las reglas de la sana crítica y la jurispru-

dencia lo interpreta en el sentido de que debe respetarse la valoración probatoria a no ser que sea contraria a derecho, ilógica o absurda”.

De todo lo anterior, la valoración de la prueba incluida la pericial, de acuerdo con las normas de la sana crítica tendría el siguiente alcance (Abel, 2014):

- i. Permite adaptarse a las circunstancias propias de cada caso concreto.
- ii. Es un sistema de libre valoración, pero motivado.
- iii. Supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin.
- iv. Sirve, al hombre medio, para emitir juicios de valor acerca de una cierta realidad, desde una perspectiva prudente y objetiva.

Pues bien, tras la aproximación realizada al concepto de la sana crítica como regla que rige la valoración, entre otras, de la prueba pericial, y, por tanto, de la pericia económica, podemos concluir que si bien la misma se caracteriza por la aplicación de criterios objetivos que hacen que sus conclusiones no puedan ser arbitrarias ni inmotivadas, no es menos cierto que en la definición de sus límites se implican otros factores, difícilmente mensurables, tales como la credibilidad que suscite el perito y la experiencia o los conocimientos previos del juzgador, que

tienen significación a la hora de conformar su convicción en relación con los elementos de hecho presentes en el procedimiento.

Son estos elementos, que rozan la frontera de lo subjetivo y su incidencia en la conformación de la convicción del juez y en la decisión final que adopte el mismo, los que interesan a este estudio. Dicho de otro modo, ¿Qué elementos entran en juego para determinar la credibilidad del perito?; ¿Qué factores y mecanismos cognitivos se ven comprometidos en la conformación de la convicción del juzgador con relación a la ocurrencia de un hecho y sus resultados?; ¿Qué son las reglas del correcto entendimiento humano a las que se refiere Couture y por qué circunstancias pueden verse influidas e incluso distorsionadas?

Dado que la certeza absoluta raramente es alcanzable y que los encargados de la toma de decisiones judiciales han de examinar la evidencia disponible de acuerdo con evaluaciones de probabilidad, parece relevante estudiar, detenidamente, el proceso por el que se conforman esas decisiones (Egaste, 2005).

Y todo ello, porque, al fin y al cabo, una sentencia no es ni más ni menos, que una decisión tomada por un ser humano que desencadena repercusiones directas, y no despreciables, sobre bienes jurídicos relevantes dignos de protección.

Para dar respuesta a estas preguntas, la psicología, en su vertiente de aplicación jurídica, comenzó a tomar interés en los

procesos de toma de decisiones de los juzgadores desde la década de los sesenta del pasado siglo, alcanzando conclusiones, que, si se nos permite, resultan, cuando menos, reveladoras.

Fruto de estos estudios, se determinó la existencia de mecanismos cognitivos que condicionaban la toma de decisiones de los seres humanos y que resultaban tendentes a “atajar” el proceso decisorio.

A estos hallazgos y sus repercusiones dedicaremos la sección siguiente de este estudio.

III. Los sesgos cognitivos que afectan a los juzgadores

Consecuencia de las conclusiones de diferentes estudios empíricos, desarrollados a partir de 1960, se comprobó que existían errores y sesgos en el proceso de toma de decisiones de los seres humanos provocados por un defectuoso procesamiento de la cuantiosa información exterior que se recibe y que sirve para conformarlas (Muñoz, 2011). De este modo, el individuo emplea estrategias mentales reduccionistas, en la mayoría de los casos inconscientes, que inciden directamente en la eficiencia del proceso de decisión.

Este hecho es relevante si, además, consideramos, que de acuerdo con Arias (2016, p.9), que “La toma de decisiones es una actividad psicológica esencial, lo que significa que es un proceso psicológico básico que no puede descomponerse en actividades psicológicas más

simples (Loy, y otros 2009). Siguiendo a Smith y Kosslyn, una decisión es una elección entre probabilidades (Smith y Kosslyn 2008) y en esta elección se presenta la activación de factores tanto emocionales como racionales que se relacionan y complementan entre sí (Gordillo, y otros 2011).” De este modo, concluimos que el estudio del proceso de toma de decisiones y de las estrategias cognitivas que influyen en el mismo resulta crucial cuando la decisión, como es el caso de las judiciales, afecta de forma tan relevante a las partes inmersas en la controversia.

En este análisis del proceso de formación de decisiones podríamos pensar, que la lógica es la primera herramienta que un operador jurídico debe utilizar. Sin embargo, los estudios empíricos concluyen que, en la práctica, las estrategias heurísticas son la elección de preferencia para la resolución de problemas (Lionetti, 2004).

Se denomina heurística, a los procedimientos mentales de simplificación que empleamos los seres humanos para tomar decisiones, que, si bien pueden ser muy útiles para la vida cotidiana, pueden dar lugar a errores o sesgos (Muñoz, 2011). Así pues, la heurística no sería más que un atajo mental que empleamos para economizar el proceso decisorio en términos temporales y de esfuerzo.

En este sentido Nisbett y Ross señalan que los seres humanos, al enfrentarnos a un volumen de información relevante, hemos conformado formas de procesa-

miento de la misma, constitutivas de simplificaciones gnoseológicas que se activan cuando hemos de tomar decisiones (Nisbett y Ross, 1980). Estas estrategias nos conducirán, posiblemente, a la aparición de sesgos cognitivos.

Sin embargo, conviene no confundir sesgo cognitivo con prejuicio. La diferencia entre ambos conceptos radica en que un prejuicio se atribuye a un pensamiento subjetivo y consciente a favor o en contra de algo, sin que existan argumentos suficientes para sustentar esta posición, en tanto que un sesgo cognitivo es un fenómeno psicológico involuntario del procesamiento de la información, es decir, sería más bien una tendencia inconsciente que condiciona el análisis de la realidad (Rodríguez, 2012).

Los primeros estudios que aludieron a la existencia de sesgos cognitivos en el proceso decisorio humano nos remiten a los trabajos de Tversky y Kahneman en los que se concluía que la heurística y la aplicación de sesgos cognitivos es una estrategia común al pensamiento humano, cuyo objeto es incrementar el procesamiento de la información voluminosa y compleja que se recibe del exterior, en la que se fundamenta el proceso decisorio, y que involucra al razonamiento lógico-abstracto provocando, con frecuencia, errores relevantes y sistemáticos (Tversky y Kahneman, 1974).

Así mismo, afirma Arias (2016, p.14) que “Por otro lado, Simón en línea con Hayek, determinan que los individuos

deciden con poca información seleccionada, aunque cuenten con mucha disponible; esto, debido a su limitada capacidad para el manejo de la información. Es por eso que se establece que gran parte de las decisiones humanas, y que en particular las de personas con mucha experiencia en las ciencias y el arte, —son producto de la intuición y no de prolongados y sofisticados procesos de elección racional (Santiago y Cante 2009) (p.3) al tomar la decisión por la que se le está juzgando (Gallo 2011).”

La psicología ha definido multitud de sesgos, entre los cuales podemos enumerar los siguientes: sesgo de memoria, falacia de planificación, ilusión de control, sesgo de apoyo a la elección, efecto de percepción ambiental, sesgo de disponibilidad, el efecto Dunning-Kruger, efecto halo, sesgo del poder corrupto, sesgo de proyección, efecto del lago Wobegon o efecto mejor que la media, sesgo de impacto, heurístico de representatividad, defensa de status, sesgo retrospectivo, error fundamental de atribución, sesgo de disconformidad, efecto Forer o efecto de validación subjetiva, heurístico de anclaje o efecto de enfoque, ilusión de frecuencia, ilusión de la confianza, sesgo de confirmación, sesgo de grupo, punto de referencia o statu quo, efecto Bandwagon o efecto de arrastre y efecto Keinschorm.

De este amplio abanico de sesgos cognitivos, abundaremos en aquellos que afectan de forma más común a las decisiones judiciales.

Pues bien, los sesgos cognitivos que afectan, con más frecuencia, a las decisiones jurisdiccionales son los siguientes (Muñoz, 2012):

i. **Heurístico de la representatividad (*representativeness*):**

Este sesgo cognitivo se caracteriza por una asignación errónea de cálculo de probabilidad.

ii. **Heurístico de disponibilidad (*availability*):**

es aquel sesgo que provoca que un individuo use experiencias anteriores de recuerdo inmediato para resolver situaciones ulteriores que requieren la toma de una decisión. Esta heurística opera bajo la suposición de que algo que se recuerda fácilmente es importante, o, al menos, más importante que las alternativas que no son tan fáciles de recordar. En otros términos, se trata de un “atajo” mental para tomar decisiones o llegar a conclusiones, basado en nuestra experiencia o recuerdo de eventos similares.

iii. **Heurístico de anclaje (*anchoring*):**

El heurístico de anclaje o *anchoring bias* supone que el sujeto se ancla en un valor inicial que ejerce una influencia indebida y desproporcionada, a partir del cual hace una estimación basada en la información disponible.

- iv. **Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)**: Consiste en valorar determinados hechos pasados, pero sin poder abstraerse de las consecuencias reales que estos tuvieron. Es decir, el sujeto tiende a considerar más probable la consecuencia real ocurrida, abstrayéndose de un análisis de probabilidades “ex ante”. Esto significa que una vez que se tiene conocimiento del resultado se genera un cambio de perspectiva de manera que el resultado parece inevitable.
- v. **Sesgo de confirmación (*confirmation bias*)**: Mediante este sesgo el ser humano tiende inconscientemente a sobrevalorar aquellos argumentos que confirman su propia posición inicial, de tal modo que tiende a ignorar o a infravalorar aquellos que contradicen sus tesis. Así mismo, se tiende a formar una convicción inicial a partir de las primeras evidencias apegándose a ellas, confiriéndoles preeminencia y concediendo un peso menor a las que se presentan con posterioridad.

A continuación, abordaremos con mayor profundidad cada uno de estos sesgos y las consecuencias de su aplicación en el proceso judicial de valoración de la prueba pericial.

A. *Sesgo de representatividad*

Señala Alonso (2011, p.10) que: “En el cálculo de probabilidades en las decisiones de incertidumbre resulta esencial la muestra de la que partimos. Para saber si un hecho es más o menos probable tenemos que comparar ese hecho con una muestra previa”

Así pues, y como ya indicamos más arriba, el sesgo que abordamos en este apartado se caracteriza por la comisión de errores estadísticos en el cálculo de la probabilidad de ocurrencia de un hecho que se deberían a la insensibilidad, a la probabilidad previa de resultados, al tamaño de la muestra, a errores relativos a la aleatoriedad y a la denominada “regresión a la media” (Muñoz, 2011).

Así, cita Muñoz (2011, p.3) la evidencia empírica obtenida por Tversky y Kahneman, “En una ciudad hay dos hospitales: uno grande y otro pequeño. En el grande nacen alrededor de 45 niños al día y en el pequeño alrededor de 15. Aunque, como es conocido, la proporción de niños y niñas que nacen se divide aproximadamente al 50%, es evidente que hay días en que nacen más niños que niñas y al revés. A las personas que participaron en el estudio se les pidió que valoraran en cuál de los dos hospitales se darían más días en los que el número de niños nacidos sería superior al 60%. La mayoría de los sujetos (52%) consideraron que el número de días con más de un 60% de niños sería semejante en ambos hospitales, y sólo un 21% estimó que se darían más días con más del 60% de niños en un

hospital pequeño. La respuesta correcta en términos estadísticos es, naturalmente, esta última, ya que una muestra más grande tiene siempre menos probabilidades de desviarse de la media (en este caso, de la media del 50%). Este es el clásico ejemplo de cómo las valoraciones intuitivas (efectuadas con arreglo a la regla heurística de la representatividad) incurren en errores por no tomar en consideración el tamaño de la muestra.”

Estos mismos autores, señalan, con relación a la heurística de representatividad, que este sesgo se vincula en ocasiones con la tarea de asignar probabilidades a que un objeto pertenezca a una determinada clase o a la relación causal entre dos hechos.

Este tipo de inferencias erróneas en las apreciaciones judiciales pueden tener un efecto relevante en el desenlace del procedimiento, por mor de la incidencia de la inmediación (Guthrie, 2001).

En este estado de cosas, parece evidente que los sesgos de representatividad ya sean con relación a las declaraciones de las partes, de testigos o de peritos, pueden afectar a los juzgadores en la valoración de los testimonios que se producen en el seno del procedimiento. En la evaluación de los testimonios, los jueces corren el riesgo de realizar juicios categóricos sobre la probabilidad de que un testigo mienta asociándola a una evidencia tal como su actitud en el juicio, considerando esta evidencia extensible a toda la categoría. Es decir, si un juez se viera afectado por un sesgo de representati-

dad en la evaluación de una ratificación pericial podría emplear el atajo cognitivo que, partiendo de la aseveración de que los peritos que se muestran nerviosos en el acto del juicio no están seguros de la posición que defienden, le condujese a inferir que tal actitud significa que su posición está poco sustentada. Este tipo de mecanismos también funcionarían en sentido contrario y parece indiscutible que pueden afectar a la valoración de la prueba en cuestión.

Sirva como ejemplo de la incidencia del sesgo de representatividad el citado por Muñoz (2012, p.63) con relación a una sentencia de nuestro Tribunal Supremo en la que “Es posible que la Sala Segunda del Tribunal Supremo incurriera en un error de esta naturaleza en la Sentencia de fecha 29 de julio de 1998. Como expuso Conthe en varios de los artículos que dedicó a esta resolución en su día, el Pleno de la Sala Segunda, para llegar a una conclusión condenatoria con relación a los dos únicos acusados que no reconocieron su participación en los hechos enjuiciados, necesitaba responder afirmativamente a cuatro cuestiones que, a tenor de los propios votos particulares de la sentencia, no eran en modo alguno claras.

Y es que, en efecto, aunque se considerara como alta la probabilidad de que la sentencia acertara en cada una de las cuatro cuestiones nucleares que necesariamente deberían concurrir como presupuesto para que fuera posible la condena a los acusados, la probabilidad de que los

magistrados acertaran en todas ellas era bastante menor.

Dicho de otra forma, si la probabilidad de acierto del Tribunal Supremo en relación a cada una de las cuatro cuestiones hubiera sido del 80% (lo que ya presuponía, de por sí, partir de una premisa muy favorable para los magistrados de la Sala Segunda), la probabilidad de acierto conjunto en las cuatro cuestiones se reducía tan solo a un 41% - es decir, 0,8 elevado a la cuarta potencia-. A la vista de lo anterior, y si se sigue esa línea de razonamiento hasta el final, cabe preguntarse si una sentencia con una probabilidad estadística de acierto inferior al 50% es compatible con el principio de presunción de inocencia y, sobre todo, con el aforismo *in dubio pro reo*”.

B. Sesgo de disponibilidad

Ya hemos señalado con anterioridad que el sesgo de disponibilidad es aquel que provoca que un sujeto emplee experiencias anteriores de recuerdo inmediato para resolver situaciones ulteriores que requieren la toma de una decisión. Esta heurística actúa desde la premisa de que aquello que se recuerda fácilmente es importante, o, al menos, más importante que otras evocaciones menos inmediatas.

Acudiendo de nuevo a la opinión de Alonso (2011, p.14), la heurística de la disponibilidad se encuentra íntimamente ligada con el sesgo de representatividad y “[...] consiste en valorar la frecuencia de una clase o una probabilidad

de un evento a partir de la facilidad con la que el sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de ocurrencias semejantes. Este procedimiento heurístico da lugar a errores derivados de la accesibilidad e imaginabilidad de los ejemplos y de la efectividad de la búsqueda.”

De este modo, este heurístico, reduce la muestra de base que un individuo computa como universo de eventos posibles a la hora de tomar una decisión.

Este hecho se ve agravado por la mayor facilidad de recordar eventos negativos frente a aquellos que resultan positivos o neutros. Esta idea se confirma de acuerdo con las investigaciones realizadas (Malinow, 2014) que han identificado que la noradrenalina, una hormona conocida como la hormona de “lucha o huida”, que se libera cuando un individuo está sometido a una fuerte tensión emocional, y que actúa sobre un receptor, el GluR1, aumentando la sensibilidad química de las neuronas y la fortaleza de sus conexiones, lo que facilita el recuerdo preeminente de los acontecimientos negativos.

Así pues, al valorar la probabilidad de ocurrencia de un hecho futuro o “ex ante” nos basamos en el grado de semejanza que este evento tenga con la muestra de la que partimos, que por término general comprenderá un mayor número de situaciones de cariz negativo que nos resulten fáciles de recordar, no considerando, en este análisis, ni la probabilidad de base de ocurrencia del evento, ni el tamaño de la muestra escogida.

Por lo tanto, un juzgador que se vea afectado por este sesgo podría no considerar alternativas que, siendo posibles, no hubiera recordado de forma inmediata, aunque formen parte de su experiencia.

C. Sesgo de anclaje o ajuste

En una entrevista realizada el 13 de diciembre de 2015 a Ramón Arce³, Profesor titular de Psicología Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela, éste señaló que “[...] en diferentes estudios que hemos llevado a cabo sobre datos de archivo, esto es, sentencias judiciales, hemos encontrado que las decisiones judiciales están guiadas por sesgos cognitivos y motivacionales. Mención especial merece el anclaje, que presupone que la hipótesis inicial, una vez formada, se asume que sirve como conjunto cognitivo que guía la interpretación de la nueva información. Evidentemente, este modo de razonamiento no es normativo y, por ende, no debería aparecer en las decisiones judiciales. Sin embargo, los datos de archivo ponen de manifiesto que las decisiones judiciales están basadas en fuentes de razonamiento informal que conllevan la asunción de mayores riesgos, sesgos sistemáticos y, en ocasiones, errores.”

Así mismo, este autor señala que las decisiones ancladas pueden implicar la asunción de la culpabilidad de un acusado como consecuencia de un ahorro cognitivo de quien decide, pudiendo re-

sultar una decisión basada en un apriorismo y no en las pruebas, configurando así una sentencia guiada por la “exclusión de evidencia”, por la “evitación de justificación causal” y alejada de motivación legal.

Parece evidente que nos encontramos antes un sesgo cognitivo de flagrante incidencia en las decisiones judiciales no sólo por su frecuencia, sino por la relevancia de sus consecuencias.

Muñoz (2011, p.5) define este sesgo como el proceso mental que “[...] se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto.” Esto implicaría, necesariamente, en opinión de este autor que, con frecuencia, la valoración inicial ocasionaría una influencia desproporcionada e indebida en el análisis posterior que el individuo efectuase, y produciría errores en el juicio, inconscientes para el propio individuo responsable de la decisión.

En este mismo sentido, un estudio realizado analizando las sentencias de 167 magistrados de las Cortes Federales de los Estados Unidos, evidenció que los jueces se encontraban afectados, en la

³ “Las Decisiones Judiciales Están Guiadas Por Sesgos Cognitivos Y Motivacionales” - Ramón Arce Infocop | 13/12/2005 12:50:00 www.infocop.es/view_article.asp?id=470

misma medida que el resto de los ciudadanos, por el sesgo de anclaje y el de retrospectiva (Muñoz, 2011).

Analizando este mismo sesgo, existen estudios realizados con datos referidos a sentencias españolas que determinan después de realizar un experimento acerca de la influencia del sesgo de anclaje en decisiones jurisdiccionales, que el 63,6% de las sentencias revisadas se encontraban guiadas por un anclaje decisonal, y que este tenía, además, un efecto directo en la formación del juicio, el procesamiento de la información, el establecimiento de nexos causales y la motivación legal (Fariña, Arce y Novo, 2002).

Estos estudios indican también que los heurísticos se manifiestan más cuando las personas tratan con información probabilística, razón por la cual los puntos de partida de la decisión aparecen alejados de los principios normativos del razonamiento estadístico y que, en el campo de las decisiones judiciales, se ha evidenciado que el anclaje es el heurístico por excelencia de jueces y magistrados.

En estos mismos términos este anclaje se debe a la tendencia humana a establecer puntos de referencia y a realizar comparaciones a partir de las cuales poder estimar un valor. La misión de este heurístico, según el citado autor es “aligerar” el esfuerzo cognitivo para reducir el número de opciones evaluadas (Jara, 2014).

Así mismo, la heurística de anclaje está directamente vinculada a la confianza extrema en el valor inicial, lo que lleva a una respuesta final sesgada (Epley y Gilovich, 2001).

Por otro lado, este anclaje no sólo se produce cuando es el sujeto el que fija el valor de referencia, sino cuando este está contenido en la pregunta o cuestión que se le formula (Strack y Mussweiler, 1997).

Finalmente, estudios realizados en la década de los 70 concluyen que el punto de referencia puede ser sugerido por la propia formulación del problema o ser un resultado de una computación parcial, lo que implicaría que un interrogador es capaz de anclar las estimaciones de su interlocutor en un valor numérico, simplemente introduciéndolo en el planteamiento del problema (Tversky y Kahneman, 1974).

Esta última evidencia convierte al sesgo de anclaje junto con el sesgo retrospectivo, como abordaremos en la sección tres de este estudio, en el de mayor relevancia en el proceso cognitivo de formación de convicción del juzgador, al valorar las pruebas periciales económicas de estimación de daño.

D. Sesgo retrospectivo

Ya establecimos que el sesgo retrospectivo es un mecanismo heurístico que impide a un individuo abstraerse, cuando valora hechos pasados, de las consecuencias de los mismos. Es decir, el sujeto tendería, una vez conocidas las conse-

cuencias concretas de la acción, a entender que estas eran las más previsibles “ex ante”.

De acuerdo con Muñoz (2011, p.6) “una vez el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre el acontecimiento.”

Esta conclusión nos lleva a relacionar, necesariamente, este mecanismo cognitivo con el heurístico de disponibilidad que, como indicamos, ocasiona que aquellos eventos que se recuerdan de manera inmediata, como es el caso de la consecuencia del hecho efectivamente acontecida, se consideren más relevantes o más probables que los que no se recuerdan de forma inmediata. Por tanto, no parece extraño recordar con más facilidad y asignarle un mayor grado de probabilidad a lo que efectivamente sucedió que a lo no acontecido, aunque este razonamiento no sea necesariamente lógico, ni esté fundamentado en un cálculo de probabilidad correcto.

Este fenómeno cognitivo ocasiona según Jara (2014, p.156) un problema no poco relevante que “[...] yace en que la confianza en dicho punto de referencia suele ser exagerada.”

El sesgo de retrospectiva es especialmente relevante en la atribución de res-

ponsabilidad extracontractual, ya que según determinados estudios realizados influye en la determinación del factor de atribución ya que en la determinación “ex post” del nivel razonable de precaución “ex ante”, el juzgador puede realizar un juicio drástico cuando conoce los resultados del hecho en cuestión (Kamin y Rachlinski, 1995).

No menos relevantes que lo anterior, son las conclusiones que apuntan a que cuanto mayor es el daño producido, mayor es la influencia del sesgo de retrospectiva (La Bine y La Bine 1996).

Finalmente, hemos de señalar que de acuerdo con Jara (2014, p.159) “La previsibilidad de un accidente está ligada a la precaución ejercida frente a aquel. En base a ello, la apreciación sesgada de que un evento era previsible también contamina la valoración de la conducta ejercida por el agente para evitar el desenlace. Esta relación inversamente proporcional implica, por ejemplo, que la conducta de una compañía minera será más reprochada si la geo-membrana que causó el daño ambiental tuviera diez y no solo una filtración.”

Otro ejemplo de la aplicación de dicho sesgo nos lo ofrece Cavanillas (2016): “En cualquier caso, me gustaría centrarme en una manifestación de sesgo retrospectivo que es endémico en las resoluciones sobre responsabilidad civil de los tribunales españoles. Imaginemos que se produce un accidente en unas instalaciones y que se discute si la falta de cierta medida de seguridad, no obligato-

ría, que habría evitado el suceso, es negligente. Si, sensibilizado por el accidente, el propietario de las instalaciones tiene la encomiable idea de añadir la medida en cuestión, se ha “crucificado”, porque los tribunales emplearán su conducta como indicio de que la previa ausencia de la medida era imprudente. La jurisprudencia americana, con toda razón, es contraria a aceptar como indicio de negligencia la adopción *ex post* de medidas dirigidas a evitar la repetición de accidentes; primero, porque hacerlo tendría efectos disuasorios de conductas que benefician a la seguridad pública y, segundo, porque el foco ha de ponerse en valorar si *ex ante* estas medidas podrían considerarse exigibles.”

Las conclusiones alcanzadas por Jara y Cavanillas resultan de una importancia crítica en dos vertientes intrínsecamente vinculadas: En la atribución de responsabilidad por conductas imprudentes y en la determinación del daño ocasionado por las mismas.

Esto se debe, principalmente, a que el sesgo de retrospectiva, en ocasiones, impide al juzgador apreciar escenarios alternativos de conclusión del hecho dañoso que le conduzcan al establecimiento de grados de responsabilidad distinta o a una cuantificación alterna del daño.

E. Sesgo de confirmación

El sesgo de confirmación también es conocido como la recolección selectiva de evidencia. Es considerado un efecto del

procesamiento de información, en virtud del cual un individuo tiende a favorecer la información que confirma sus ideas preconcebidas o hipótesis, independientemente de la veracidad o falsedad de las mismas.

La existencia de este sesgo se vio confirmada por los estudios de Wason en la década de los 60 (Wason, 1968). Concretamente, los estudios realizados por este psicólogo británico consistieron en solicitar a un grupo de sujetos que identificaran una regla que se aplicaba a una serie de tres números sin explicitarles cuál era. Wason comunicó al grupo de individuos implicados en el experimento que los tres números “2-4-6” cumplían esta regla y les pidió que construyesen otros conjuntos de tres números que considerasen que también la cumplían. Por cada tres números que le sugerían los individuos objeto del estudio se les indicaba si los mismos cumplían o no la regla.

La mayoría de los participantes en el experimento de Wason infirió inicialmente que la secuencia “2-4-6”, era una secuencia de números pares. Posteriormente propusieron secuencias de números pares: “4-8-10”, “6-8-12”, “20-22-24”. Las evaluaciones de todas estas secuencias fueron positivas. Los sujetos concluyeron que la regla consistía en la generación de secuencias de números pares, sin embargo, la regla sólo hacía referencia a secuencias crecientes. La conclusión de Wason, por tanto, fue, que casi todos los sujetos conformaron una hipótesis inicial y realizaron continuos

esfuerzos por confirmarla con secuencias de números que probaban la misma y muy pocos trataron de conformar una secuencia de números que pudiera refutar sus tesis de partida. Así mismo, los sujetos no hicieron preguntas para refutar su presupuesto inicial.

Lo que se denominó el Test de Wason demuestra que la mayoría de los individuos tratamos de reforzar nuestra posición inicial sin realizar un ejercicio crítico de las misma y que, por el contrario, tendemos a buscar elementos que la confirmen. En el mismo sentido concluyeron Klayman y Ha en 1987.

Señalan García y Chicaíza (2013, p.23) respecto a este sesgo, que “se ha —observado que las personas se forman ideas sobre una situación a partir de la primera evidencia y dan menos peso a la evidencia posterior, luego se apegan a ellas y dan primacía a la evidencia que la respalda. Esto ocurre incluso ante sólida evidencia contraria a la hipótesis.”

De este modo, el heurístico de confirmación se define como aquel que condiciona, inconscientemente, al sujeto para filtrar la información en la búsqueda de aquellos argumentos o pruebas que confirmen su posición inicial, sobrevalorando las tesis que refuerzan dicha posición y descartando o, incluso, no percibiendo aquellos que la refutan.

Este sesgo ocasionaría un encastillamiento en posiciones iniciales que, a causa de la operatividad de otros heurísticos como el de disponibilidad, represen-

tatividad o anclaje, coadyuvarían a configurar decisiones incorrectas.

F. Otros sesgos

1. Sesgo de grupo

El sesgo de grupo se caracteriza por ser el heurístico que ocasiona errores en valorar de forma caprichosamente homogénea las opiniones y actitudes de individuos que pertenecen al mismo grupo, en virtud de su sola pertenencia a ese grupo. Del mismo modo, pueden excluirse conductas como consecuencia de la no pertenencia de un sujeto a un grupo determinado (Muñoz, 2011).

Este sesgo también podría ocasionar que el juzgador tuviera una opinión favorable hacia los grupos a los que él mismo pertenece de acuerdo con las conclusiones de estudios que confirmaron la tendencia de los jueces israelíes a admitir, en mayor medida, demandas presentadas por individuos de su propia etnia (Shayo y Zussman, 2010).

2. La fatiga cognitiva (ego depletion) y el sesgo de “statu quo”

Dado que nuestra capacidad de esfuerzo cognitivo es limitada, y que, por tanto, al enfrentamos a una actividad intelectual exigente, como es la toma de decisiones, sufriremos lo que denomina fatiga cognitiva que mermará nuestra capacidad de autocontrol y nos hará más propensos a incurrir en sesgos cognitivos. Así mismo, se ha comprobado la existencia de una inclinación del ser humano a

mantener el statu quo debido a su aversión natural al riesgo que suponen los cambios (Cavanillas, 2012).

La combinación de la fatiga cognitiva y el sesgo del “statu quo” podría explicar las conclusiones de un estudio realizado en Israel, cuyos resultados mostraron, después de revisar mil solicitudes cursadas a lo largo de un año a jueces de vigilancia penitenciaria, que resolvían una media de 22 solicitudes diarias de cambio de grado penitenciario de los reclusos, que existía un patrón que dependía de las pausas que los jueces hacían para desayunar y comer. Al comienzo de la jornada y después de cada pausa, las decisiones favorables a los presos eran del 65%, pero decaían hasta llegar casi a cero justo antes de las pausas.

Esto se explicaría por la incidencia de la fatiga cognitiva más acusada antes de cada pausa que les conducía a aplicar el sesgo de “statu quo” en la toma de decisiones que implicaban no introducir cambios a la situación penitenciaria inicial (Danziger, Levav y Avnaim-Pesso, 2011).

G. Conclusiones preliminares

El ejercicio de la jurisdicción tiende a definirse como una actividad cognoscitiva que, al menos en lo que a los hechos afecta, se expresa en asertos cuya verdad remite a una verificación empírica sujeta a prueba y contraprueba, abierta a la negación o la confirmación a través del juicio contradictorio (Igartua, 1999).

Sin embargo, Arias (2016, p.87) sostiene que, de acuerdo con sus investigaciones, “las decisiones jurídicas pueden verse mediadas por la presencia de sesgos cognitivos que parcializan la toma de decisiones, es decir, que el Derecho en la práctica puede estar cargado de resoluciones subjetivas, mediadas por sesgos determinados por las construcciones culturales y psicológicas de las personas que lo aplican. Asimismo, este estudio apunta que el modo en que se desarrolla el sistema de la sana crítica, el cual propone que el juez tiene libertad a la hora de valorar las pruebas sin que medie la arbitrariedad, no es el que prima en las decisiones judiciales, ya que, hay casos, en los que la interferencia de estos elementos inconscientes le restan objetividad al criterio del decisor.” Además, “Estas deficiencias en la valoración, pueden tener su razón de ser en la falta de formación de los tomadores de decisiones en este ámbito, ya que no es suficiente remitirle al juzgador al uso de la sana crítica, si realmente no se le suministran los elementos necesarios para llevarla a cabo (J. Nieva-Fenoll 2010); ya que como se puede observar en este estudio, aunque las personas muestren una justificación de las razones por las que se decantan por una u otra decisión, realmente la disposición sí se muestra claramente influida por factores no racionales, por lo que el ejercicio de la toma de decisión que se efectúa es más acorde con un sistema de íntima convicción disfrazada, que con el propuesto por la sana

crítica racional (Carrasco, Padilla y Noya 2014).”

De todo lo expuesto en el presente capítulo, parece innegable que, en la toma de decisiones judiciales, se produce una incidencia de sesgos cognitivos inconscientes que representan elementos extrajurídicos que quizá pasen desapercibidos en el control superficial de las sentencias, cuando este se limita a analizar la justificación que el juzgador concreto plasma en la misma.

Pero, ¿Podemos hacer algo para paliar la incidencia de estos mecanismos cognitivos inconscientes?

En primer lugar, la neutralización de los sesgos cognitivos depende, fundamentalmente, del conocimiento de su existencia y de su incorporación al lenguaje jurídico, ya que cabe esperar que un juez profesional, si los conoce, estará en una posición mejor para evitarlos o mitigarlos (Alonso, 2011).

En cuanto al sesgo retrospectivo, puede evitarse por medio de la introducción de reglas procesales que impidan valorar la conducta del causante del daño a partir de las medidas de mejora que haya tomado con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso.

Con relación a este mismo sesgo, una de las posibles soluciones a la incidencia del mismo es la aplicación de la propuesta de Anderson que sostenía que este sesgo se eliminaba cuando se solicitaba a los juzgadores que consideraran y asignaran probabilidad a los resultados negativos

de los escenarios alternativos al efectivamente acaecido (Jara, 2014).

En el caso de los mecanismos legislativos, para evitar estos sesgos, podemos aludir, por ejemplo, a algunos esfuerzos normativos “anti retrospectivos” como por ejemplo los de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios que explicita que no se puede emplear como criterio que el mismo producto que genera la reclamación del consumidor se comercialice después en una versión perfeccionada.

Así mismo, determinadas prescripciones de la jurisprudencia norteamericana que recomiendan examinar los casos de negligencia empleando la Formula de Hand que es un mecanismo de examen “ex ante” (Cavanillas, 2016). Esta misma corriente jurisprudencial impide declarar la negligencia en función de las medidas adoptadas, por el presunto culpable, con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso.

En este mismo sentido, Cavanillas (2016) califica como “una lección de análisis “anti retrospectivo” la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña que absolvió al director general de la Marina Mercante, en el caso Prestige, pese a los dramáticos resultados de su decisión de alejar el petrolero a la sensibilización de la opinión pública y al hecho de que solamente su condena suponía que el Estado tendría que haber pagado todos los daños causados, lo que de algún modo garantizaba el abono de las indemnizaciones. Esta sentencia señala que:

“un profesional cualificado, asesorado por profesionales cualificados que informan que lo correcto es el alejamiento, salvo algunas excepciones poco explicadas, y que ha de tomar esa decisión de forma extremadamente urgente y rápida dado el peligro creado con la situación inicial del Prestige, cuando resuelve hacer caso a la mayor parte de sus asesores y a su propio criterio profesional, decidiendo de acuerdo con criterios que en rigor eran indiscutibles en aquel momento, está obrando de acuerdo con la prudencia y diligencia profesionales exigibles”. El Tribunal Supremo, al confirmar la absolución del director general, emplea el mismo tipo de argumentación: “al final el acusado optó por mantener la decisión de alejamiento, lo que debe ser valorado no con la distancia que ofrece el tiempo y el conocimiento certero de la capacidad de aguante del Prestige que se mantuvo a flote durante seis días más, sino con la incertidumbre del momento en que se adoptó la decisión”.

En cuanto al anclaje, una posible solución a su influencia es la introducción de referencias alternativas, en el momento inicial del procedimiento, que puedan ser más fácilmente recordadas por el juzgador (Jara, 2014).

Así pues, y tras lo establecido a lo largo del presente capítulo, no cabe duda de que los heurísticos o sesgos cognitivos tienen incidencia en las decisiones judiciales, que esta incidencia resulta inconsciente, que debieran ser objeto de análisis en el proceso de control de las

sentencias emitidas que, aun cuando en algunos casos se produce, no siempre se materializa con la frecuencia deseable.

Pues bien, como parte del procedimiento que conduce al juez a tomar su decisión final, resulta incontrovertible que la valoración de la prueba pericial, y más concretamente la económica, se verá influida por la influencia de los sesgos cognitivos. Es por ello, que dedicaremos el siguiente capítulo de este estudio al análisis del peso de estos mecanismos cognitivos en la valoración que el juzgador hace de este medio de prueba.

IV. Incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la prueba pericial económica

Desde nuestro punto de vista, debería evitarse que la valoración de las pruebas se basase en concepciones psicológicas intuitivas y no contrastadas, fundadas en máximas experienciales que las dotan de validez argumentativa, aunque resultan carentes de constatación empírica.

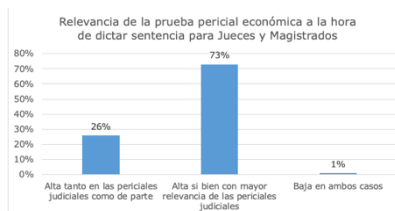
Dicho lo anterior, comenzaremos este capítulo remitiéndonos a los datos que, sobre la relevancia que otorgan los jueces y magistrados a la prueba pericial económica, ofrece un estudio realizado en 2008 por la URJC, que ya fue mencionado en la sección introductoria de este trabajo de investigación y que nos ofrece determinada información que consideramos relevante.

Con relación a la necesidad de intervención de un perito económico-financiero, los jueces consultados en este estudio

señalan que su intervención resultaba en 2008 frecuente, pero no mayoritaria, aunque se pronunciaban, casi unánimemente (91% de los entrevistados) cuando reconocían que la necesidad de la intervención del perito económico-financiero en el ámbito procesal español sería cada vez mayor.



Así mismo, este estudio determina que los jueces y magistrados señalaban que la incidencia de la prueba pericial económica, a la hora de dictar sentencia, era mayor cuando la misma había sido emitida por un perito judicial:



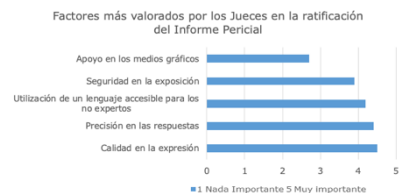
Teniendo en cuenta la opinión de los jueces y magistrados, con los datos arriba mencionados, podemos concluir que la prueba pericial económica tiene un papel preeminente en los procedimientos que se siguen en la jurisdicción española y que muestran una relevancia crítica en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales. Como más adelante veremos, estos primeros datos ya nos podrían indicar un posible sesgo de grupo.

Pero, ¿Qué consideran los jueces relevante a la hora de valorar una prueba pericial económica?

En el estudio de la URJC, se nos ofrecen algunos datos de interés, concernientes a los elementos de juicio consciente, que los jueces tienen en cuenta a la hora de enfrentarse a la valoración de la prueba pericial económica:



Del mismo modo, a continuación, ofrecemos los elementos que perciben los jueces, y que entienden que conforman una buena ratificación:



Del análisis de los resultados obtenidos por el estudio de la URJC, parece inferirse que los elementos de valoración del informe pericial tienen un componente objetivo y mensurable, sin embargo, la apreciación de la ratificación, sujeta al principio de inmediación, se ve afectada por factores menos objetivables. Hemos de plantearnos si el hecho de que un perito parezca inseguro, condiciona la bondad de su informe y la corrección de sus apreciaciones. Esta misma cuestión podemos tenerla en cuenta también en re-

lación con el resto de los factores señalados. Pues bien, del análisis de esos factores, podríamos concluir que los mismos indican que el juzgador realiza un juicio de credibilidad del contenido del informe pericial, de acuerdo con sus percepciones, en el momento de la realización de la ratificación del mismo.

De este modo, parece que la ratificación, en la consideración que el juzgador realiza de la prueba pericial, cobra mayor relevancia que el propio informe.

En este sentido, queremos mencionar que la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 13 de julio de 2010, considera que la ratificación de la prueba es sólo una posibilidad en manos de las partes que no resulta de obligado cumplimiento, de tal forma que el dictamen presentado y no ratificado, no debe ser excluido del debate ni de la valoración probatoria.

Los informes periciales, aunque no hayan sido ratificados ni aclarados por el perito de parte, y que, en una providencia, se tienen por aportados a los autos, quedan unidos a las actuaciones, siendo así apreciable que tal actuación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 337 de la LEC, máxime si la parte demandada no manifiesta, en ningún momento, la necesidad de comparecencia del perito para ratificarse en su dictamen, sin que por ello se infrinja el principio de contradicción en relación con el informe pericial.

De este modo, nos encontramos en uno de los supuestos previstos en los artículos 336 y 337 de la LEC, relativos a la

aportación con la demanda o con la contestación a la misma, de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes. Pues bien, para estos supuestos, el artículo 337.2 de la LEC dispone lo siguiente: “Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio [...] expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito”.

Como vemos, la LEC considera que la ratificación solo es una posibilidad en manos de las partes que no resulta obligatoria.

Parece, pues, evidente que la valoración de una prueba pericial podría resultar diferente y aparentemente sometida a factores distintos, de realizarse cuando se produce la ratificación del informe correspondiente.

Así pues, de los datos ofrecidos por el estudio de la URJC, parece concluirse que es en la ratificación del informe pericial, cuando cobra relevancia la incidencia de los sesgos cognitivos. Quizá cabría plantearse, si la valoración de la prueba pericial se vería menos afectada por los heurísticos cognitivos si no se produjese la ratificación.

Esta reflexión nos reafirma en lo ya esbozado en la sección introductoria de este estudio. El objetivo de la prueba pericial económica es la formación de la convicción del juzgador que, ineludiblemente, realiza un juicio de credibilidad del perito que la suscribe y que, aparentemente, se produce en el momento de la ratificación.

Este juicio de credibilidad se realiza en el acto del juicio, que, como sabemos, tiene una extensión temporal determinada y en ocasiones escasa, por lo tanto, y como cualquier otro proceso cognitivo sujeto a la premura temporal y a recursos limitados, es susceptible de ser objeto de aplicación de heurísticos o sesgos cognitivos que economicen dicho proceso y que a continuación veremos cómo inciden en la valoración de la prueba pericial económica.

A. Sesgo de representatividad

El heurístico de representatividad consiste en asignar probabilidades a que un objeto pertenezca a una determinada clase o a la relación causal entre dos hechos.

Como ya indicamos, este sesgo puede afectar a los juzgadores en la valoración de los testimonios que se producen en el seno del procedimiento, entre ellos a las ratificaciones periciales y conduce a que, en la evaluación de la defensa de las conclusiones de una pericial económica en el acto del juicio, los jueces puedan cometer el error de realizar juicios categóricos sobre la credibilidad de las aprecia-

ciones del perito, asociándola a una evidencia tal como su actitud durante la vista, considerando esta evidencia extensible a todos los peritos. Por ejemplo, un juez, que se viera afectado por un sesgo de representatividad en la evaluación de una ratificación pericial podría asumir que las conclusiones de un perito no merecen suficiente credibilidad, partiendo de la asunción de que los peritos que se muestran nerviosos o que realizan una exposición poco vehemente de su argumentario no están seguros de la posición que defienden o de la cuantificación realizada. “Sensu contrario”, una exposición aparentemente contundente les conduciría a inferir que la determinación del daño calculada resulta menos discutible.

La aplicación de este sesgo podría ocasionar que el juzgador no abundara en el análisis del sustento técnico y metodológico de una pericial económica, por el mero hecho de encontrarse ante un perito que no resultase suficientemente rotundo en su exposición.

Sin menoscabo de compartir con el estamento judicial la relevancia incontestable del empleo de un lenguaje comprensible y adecuado, así como de una exposición didáctica de las conclusiones del informe pericial económico y de una actitud adecuada en su ratificación, consideramos que el empleo de la potestad del juzgador que le habilita para realizar su propio interrogatorio al perito y requerirle todas aquellas aclaraciones que en relación a la pericia estime convenientes

puede convertirse en una ayuda inestimable para disipar la incidencia de este sesgo cognitivo.

B. Sesgo de disponibilidad

Como ya definimos, el sesgo de disponibilidad es aquel que provoca que un individuo emplee experiencias anteriores de recuerdo inmediato para resolver situaciones ulteriores que requieren la toma de una decisión. Esta heurística actúa desde la premisa de que aquello que se recuerda fácilmente es importante, o, al menos, más importante que otras evocaciones menos inmediatas.

Así mismo, señala Jara (2014, p.171) que hay que tomar en consideración que, de acuerdo con este heurístico, el principio de una historia tiene mayor peso en la memoria que el resto del relato intermedio. “[...] Esto es conocido en psicología social como el efecto priming, lo que significa, en términos informales, que —quien pega primero, pega dos veces”.

De este modo, parece evidente, que tienen más posibilidades de ser recordados aquellos argumentos periciales que se posicionen en primer lugar, tanto en el informe pericial como en la ratificación del mismo.

Si partimos de esta premisa, resulta recomendable que los informes periciales comiencen su redacción con un resumen ejecutivo que extracte las conclusiones críticas del dictamen, colocando en primer lugar aquella que se consideren pri-

mordiales en la resolución del procedimiento.

Del mismo modo, resulta igualmente recomendable la que, si se nos permite, podría bautizarse como la “técnica sándwich”, que consistiría en incluir las conclusiones fundamentales del informe pericial económico al inicio y al final del mismo, estableciendo un orden de prelación en su exposición que ofrezca las más relevantes en primer lugar.

Más importante, si cabe, resulta, contemplar el orden arriba indicado en la ratificación del informe pericial, ya que, así, las conclusiones fundamentales del mismo serán más fácilmente recordadas y serán consideradas más relevantes por el juzgador.

Otra vertiente del sesgo de disponibilidad es la familiaridad que el juzgador tenga con las materias económicas que se deslinden en el procedimiento y la experiencia previa que de las mismas atesore. Esta circunstancia es determinante, porque de ella dependerá la muestra de “recuerdos” disponibles a los que acudirá el juzgador como referencia inicial. Es decir, si el juzgador ha conocido en otros procedimientos, de las especificidades económicas de aplicación en el caso que le ocupa, tenderá a circunscribir la muestra, entendida como ámbito de conclusiones posibles a la que aplicar el heurístico de representatividad, al conjunto de alternativas de cuantificación que resultaron probables según su experiencia previa. Esto podría ocasionar que el juzgador descartase, por con-

siderarlos improbables, métodos de cuantificación alternativos a los ya aceptados en su experiencia, por fundamentados y procedentes que pudieran resultar al caso en cuestión. En estas circunstancias, el perito económico, debe ofrecer información suficiente en su informe que avale la inclusión de sus tesis entre los escenarios posibles de cuantificación del perjuicio, incidiendo en la relación de causalidad entre el evento dañoso, los resultados de la cuantificación realizada y la metodología aplicada.

C. Sesgo de retrospectiva

Ya establecimos que el sesgo retrospectivo es un mecanismo heurístico que impide a un individuo abstraerse, cuando valora hechos pasados, de las consecuencias de los mismos. Es decir, el sujeto tendería, una vez conocidas las consecuencias concretas de la acción, a entender que estas eran las más previsibles “ex ante”.

Creemos que no erramos cuando afirmamos que quizá este sesgo junto con el de anclaje, sean los dos heurísticos cognitivos que más inciden en la función del juzgador y en la valoración de cualquier prueba pericial y de la económica en concreto.

Pero, ¿Cuál es la afectación concreta de este sesgo en la valoración de la prueba pericial económica? Abordaremos la respuesta a esta cuestión desde el análisis de un ejemplo concreto.

¿Qué sucedería si el objeto de controversia fuera el valor de las acciones de una

sociedad promotora en el momento inmediatamente anterior a la ocurrencia de un desplome inesperado del sector inmobiliario, cuando la controversia se resuelve acaecido el indicado desplome? Con toda certeza, en el momento de la resolución del procedimiento sabremos que el precio que habríamos pagado por los títulos en cuestión, consumado el desmoronamiento del sector inmobiliario, hubiera sido menor. Del mismo modo, el valor de las acciones de la sociedad, el día después del hundimiento de las previsiones del sector promocional habría sido menor al de fechas anteriores, pero si el objeto de la pericia económica no es otro que la valoración de este activo en un día concreto anterior al evento descrito, esta valoración no puede verse contaminada por resultados que fuesen improbables o que no fueran previsibles en ese momento concreto. Es decir, el perito económico debería colocarse en la fecha de valoración haciendo abstracción de los resultados futuros acaecidos que no fueran pronosticables en el momento al que se le requiere que estime el valor solicitado. Si se nos permite, tanto el valorador, como el juzgador en su apreciación de la prueba, deben sustraerse de lo que se conoció “ex post” y circunscribirse a lo que era previsible en el momento concreto de cuantificación del hecho económico. Al fin y al cabo, el juicio debe remitirse exclusivamente, entonces, a la determinación de la probabilidad razonable de representarse “ex ante” el hecho “ex post”. Acudiendo a ejemplos sobradamente co-

nocidos por todos, ¿Era razonablemente previsible la intervención de Bankia un año antes de que ocurriera, o en 2016 la resolución del Banco Popular acaecida en 2017?

Así pues, el quid de la cuestión es si en el cálculo de una cuantificación se han contemplado los escenarios alternativos probables y no el evento que finalmente se materializó, porque quizá a la fecha de cálculo del perjuicio éste ni siquiera resultaba imaginable.

Desde este prisma, el perito económico debiera facilitar al juzgador su tarea haciendo un análisis de probabilidad de las diferentes hipótesis empleadas para sus cálculos, decantándose por aquellas que resultasen lógicamente concebibles y altamente presumibles en el momento concreto.

D. Sesgo de anclaje

El sesgo de anclaje hunde sus raíces en el mecanismo cognitivo que ocasiona que los individuos realicemos estimaciones a partir de un valor inicial que se va ajustando de acuerdo con la información adicional de la que se dispone.

Por lo tanto, el sujeto obtiene resultados diferentes en función del valor inicialmente fijado.

En cuanto a este sesgo hemos de reiterar que tiene dos características básicas que hacen que su eliminación resulte compleja: Se puede producir por el mero hecho de que un valor se incluya en el planteamiento de la cuestión inicial, y el su-

jeto no suele plantearse la razonabilidad del valor de partida fijado.

Acudiendo al caso concreto, el sesgo de anclaje provocaría el conocido efecto que ocasiona que, entre dos cuantías reclamadas divergentes, el juzgador tendiese a colocarse en un punto intermedio entre ambas, ya que, de algún modo, se ha anclado al intervalo ofrecido por las partes.

Si a este efecto unimos la interacción del sesgo de disponibilidad que provocaría en el juzgador recordar con mayor facilidad aquellos valores que primero se le han ofrecido, éste evitaría considerar cuantías alternativas que pudieran resultar razonables.

Así mismo, y de acuerdo con Jara (2014, p.169) “Si bien hay estudios que indican que existiría un efecto boomerang cuando la cuantía del petitorio es absurdamente alta. La mayoría de las investigaciones apuntan a que rige el principio de “pide más y recibirás más””.

Con independencia de la virtualidad de esta última afirmación, el perito económico, no debe prestarse a posturas maximalistas que arrojen cuantificaciones exorbitadas o no ajustadas al caso concreto, realizando sus estimaciones desde bases fundamentadas y empleando en las mismas una perspectiva prudente que le permitirán mostrar una cuantificación del daño razonable.

E. Sesgo de grupo

Muñoz (2011, p.17) señala con acierto que “Existe un sesgo cognitivo fácilmente identificable, en el que incurren habitualmente Jueces y Tribunales, que consiste en atribuir mayor valor per se a un dictamen pericial elaborado por un funcionario público, que al que pueda realizar cualquier otro especialista en la materia, por mucho que este esté mejor fundamentado y sea técnicamente superior en rigor y exhaustividad.”

Sin duda alguna este nos parece uno de los ejemplos más representativos del sesgo de grupo, que se otorga mayor credibilidad y presupone determinado nivel de excelencia a los informes confeccionados por funcionarios públicos, por el solo hecho de serlo, confiriéndoles un valor preeminente con relación al resto de dictámenes periciales, aunque estos últimos sean superiores en calidad.

No parece discutible que la independencia de un perito es una de las cualidades más relevantes a la hora de otorgar credibilidad a un dictamen. Por ello, los visos de falta de independencia que, a veces se perciben en algunos dictámenes de parte pueden ensombrear la credibilidad que se les otorgue por parte del juzgador, pero, si no existen dudas acerca de este extremo, el juzgador deberá hacer prevalecer en su sentencia aquel informe pericial que se encuentre mejor fundamentado y cuyas cualidades técnicas y metodológicas resulten de indiscutida aplicación al caso con independencia de que se

haya aportado por las partes o se haya emitido por un funcionario público.

De nuevo Muñoz (2011, p.19) vuelve a poner el dedo en la llaga cuando afirma que “De alguna manera, podría contrargumentarse que los jueces, al desdeñar las conclusiones de los dictámenes periciales encargados por las partes, presumen que éstos, debida a su presunta parcialidad, están sesgados (sesgo de confirmación) a favor de la postura inicial de la parte que les encargó el trabajo.”

Por esta razón resulta de especial importancia para las periciales aportadas por las partes evitar cualquier atisbo de parcialidad. Esto se consigue, en el caso de la prueba pericial económica, empleando escenarios y premisas prudentes, fundamentadas en hipótesis contrastables con información independiente y huyendo de posturas inmovilistas que solo recojan un prisma de la cuantificación del perjuicio.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2005 que define qué informe pericial ha de prevalecer:

“La prueba pericial más apropiada es aquella que se presente mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia y objetividad, y que, a su vez, tiene en cuenta todas aquellas circunstancias que pudieran servir para emitir un dictamen neutral”.

Por lo tanto, nuestro más Alto Tribunal parece exigirle al juzgador de instancia

un riguroso y objetivo juicio de neutralidad y fundamentación técnica del informe pericial antes de decantarse por las conclusiones de una u otra pericia, con independencia de que esta haya sido propuesta por la parte o confeccionada por un funcionario público, y, así mismo, le compele a no otorgar mayor preeminencia a los dictámenes de funcionarios públicos.

Recordemos, además, que los funcionarios públicos, aunque estén adscritos al poder judicial, como es el caso de los médicos forenses, no son poder judicial, sino que colaboran con este para esclarecer los hechos concretos que son objeto del procedimiento.

En este punto, consideramos oportuno señalar que esta doctrina encuentra su mayor justificación en sede contencioso-administrativa ya que podría entenderse que los funcionarios públicos que prestan sus servicios en el seno del ente licitador de una concesión objeto de un litigio pudieran considerarse parte interesada en la resolución del pleito a favor de la administración pública, y que, por lo tanto, sus dictámenes pudiesen verse condicionados por el mencionado interés.

Así pues, el juzgador debería, al enfrentarse a la valoración de la prueba pericial, realizar un juicio previo de neutralidad del perito, así como determinar su cualificación y experiencia para pronunciarse sobre los aspectos que se le encargaron, analizando la robustez técnica de los argumentos empleados, y todo ello antes

de abordar, con sujeción al principio de inmediación, la actuación del experto en la ratificación.

F. La fatiga cognitiva

Quizá la fatiga cognitiva sea el sesgo que más intuitivamente podamos atisbar que afecta a la valoración de la prueba pericial, sobre todo, si consideramos el artículo 300 de la LEC que establece lo siguiente con respecto al orden de práctica de los medios de prueba:

“1. Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente:

1.º Interrogatorio de las partes.

2.º Interrogatorio de testigos.

3.º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.

4.º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.

5.º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

2. Cuando alguna de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.”

Del análisis del contenido del precepto reproducido, se concluye que de acuerdo con el orden convencional los peritos intervendrán en último lugar y antes del reconocimiento judicial y de la

reproducción de métodos de prueba audiovisuales, estos últimos, en nuestra experiencia, poco frecuentes en ordenes distintos al penal. Esto implica, en la práctica, que el normal discurrir en procedimientos de índole no penal es que los peritos sean llamados en último lugar y faltando sólo el trámite de conclusiones para concluir el acto del juicio. Esto supone, en la mayoría de los casos, que la ratificación pericial se produzca consumido un lapso temporal relevante en la exploración de testigos con la más que probable aparición de la fatiga cognitiva del juzgador.

Este hecho resulta de extrema trascendencia, más aún si el objeto del pleito implica un componente científico técnico significativo. Con esto queremos decir, que cuando la pericial económica es un elemento crítico en la resolución del pleito, el que el juzgador, que al fin y al cabo es un individuo, presencie la ratificación de la misma transcurridas varias horas desde el inicio de la vista, coadyuva a una menor concentración de la atención y a una mayor dificultad en la precisa apreciación de aspectos que, por regla general, resultan complejos y ajenos a su área de experiencia y conocimiento.

Pues bien, consideramos que, como hemos dicho, este sesgo que es fácilmente apreciable, también que resulta sencillamente resoluble, ya que la propia LEC otorga al juzgador, a instancia de parte o de oficio, la facultad de alterar el orden propuesto en el artículo 300, permitiéndole adelantar las declaraciones de peri-

tos económicos, que, si fueran colocadas al inicio de la vista o juicio, en nuestra opinión, correrían menos riesgo de verse afectadas por la fatiga cognitiva.

V. Conclusiones

1. La prueba pericial económica se encuentra dentro del abanico de medios probatorios que según el artículo 348 de la LEC han de valorarse de acuerdo con “la regla de la sana crítica”.

El concepto de la sana crítica como regla que rige la valoración de la prueba pericial económica se caracteriza por la aplicación de criterios objetivos que hacen que sus conclusiones no puedan ser arbitrarias ni inmotivadas, pero sus límites implican otros factores, difícilmente mensurables, tales como la credibilidad que suscite el perito y la experiencia o los conocimientos previos del juzgador, que tienen significación a la hora de conformar su convicción en relación con los elementos de hecho presentes en el procedimiento.

2. Si consideramos que una sentencia no es, ni más ni menos, que una decisión tomada por un ser humano y que los encargados de la toma de decisiones judiciales han de examinar la evidencia disponible, de acuerdo con evaluaciones de probabilidad, parece relevante estudiar el proceso por el que se conforman esas decisiones.

Los estudios realizados han confirmado la existencia de mecanismos cognitivos que condicionan la toma de decisiones de los seres humanos y que tienden a

“atajar” el proceso decisorio. Estos mecanismos cognitivos son denominados sesgos o heurísticos.

3. Existen múltiples sesgos cognitivos que afectan a los seres humanos, sin embargo, aquellos que más incidirían en la labor del juzgador serían el sesgo de representatividad, el de disponibilidad, el sesgo de confirmación, la heurística de retrospectiva, el sesgo de grupo y la fatiga cognitiva.

4. La neutralización de los sesgos cognitivos depende, fundamentalmente, del conocimiento de su existencia y de su incorporación al lenguaje jurídico, ya que, si un juez los conoce, estará en una posición mejor para evitarlos.

5. Concretamente, el sesgo retrospectivo puede evitarse introduciendo reglas procesales que impidan valorar la conducta del causante del daño a partir de las medidas de mejora que haya tomado con posterioridad a la ocurrencia del mismo. Así mismo, podría eliminarse si se solicitase a los juzgadores que consideren y asignen probabilidad a los resultados negativos de los escenarios diferentes al efectivamente acaecido.

El sesgo de anclaje puede disiparse introduciendo referencias alternativas en el momento inicial del procedimiento, que puedan ser, más fácilmente, recordadas por el juzgador.

6. El perito económico ha de realizar su labor considerando que la misma debe ser un verdadero auxilio del juzgador en los aspectos que exceden del conoci-

miento de este, coadyuvando en la apreciación objetiva de los elementos fácticos del objeto de la controversia. En esta misión, el perito debe considerar todos los factores que inciden en la conformación de la convicción del juzgador.

La citada formación de la convicción dependerá, en gran medida, de la perspectiva subjetiva del juez, que se verá condicionada por los ineludibles sesgos cognitivos que afectan a todo ser humano y que incidirán de forma no despreciable en su decisión final.

7. Los sesgos que más inciden en la valoración de la prueba pericial económica son: el sesgo de anclaje, el sesgo de retrospectiva, el sesgo de grupo y la fatiga cognitiva y suelen producirse en el acto de la ratificación, ya que por mor del principio de inmediación es en el acto de la vista cuando el juzgador realiza un juicio de credibilidad del contenido del informe pericial, de acuerdo con sus percepciones.

8. Con el objeto de paliar la incidencia de los sesgos cognitivos, el perito económico puede adoptar varias estrategias:

- i. Emplear un lenguaje comprensible y adecuado en la exposición didáctica de las conclusiones del informe pericial económico y de una actitud adecuada en su ratificación.
- ii. Incluir las conclusiones fundamentales del informe pericial económico al inicio y al final del mismo, estableciendo un orden

de prelación en su exposición, que ofrezca las más relevantes en primer lugar y contemplar este mismo orden en su ratificación, ya que, así, las conclusiones fundamentales del mismo serán más fácilmente recordadas y serán consideradas más relevantes por el juzgador.

- iii. Emplear escenarios y premisas prudentes, fundamentadas en hipótesis contrastables con información independiente huyendo de posturas inmovilistas que solo recojan un prisma de la cuantificación del perjuicio.
- iv. Ofrecer, en su pericia, información suficiente que avale la inclusión de sus tesis entre los escenarios posibles de cuantificación del perjuicio, incidiendo en la relación de causalidad entre el evento dañoso, los resultados de la cuantificación realizada y la metodología aplicada.
- v. Facilitar al juzgador su tarea haciendo un análisis de probabilidad de las diferentes hipótesis empleadas para sus cálculos, decantándose por aquellas que resultasen, lógicamente concebibles y altamente presumibles en el momento concreto.
- vi. No prestarse a posturas maximalistas que arrojen cuantificaciones exorbitadas o no ajustadas al caso concreto, realizando

sus estimaciones desde bases fundamentadas y empleando en las mismas una perspectiva prudente que le permitirán mostrar una evaluación razonable del daño.

9. El juzgador, además de tomar conciencia de la existencia de los sesgos cognitivos y de sus repercusiones, podría acudir a las siguientes herramientas otorgadas por su poder jurisdiccional:

- i. Realizar su propio interrogatorio al perito y requerirle todas aquellas aclaraciones que, en relación a la pericia, estime convenientes para disipar la incidencia del sesgo de representatividad.
- ii. Enfrentarse a la valoración de la prueba pericial, realizando un juicio previo de neutralidad del perito, que determine su cualificación y experiencia para pronunciarse sobre los aspectos que se le encargaron, analizando la robustez técnica de los argumentos empleados, y todo ello antes de abordar, con sujeción al principio de inmediatez, la actuación del experto en la ratificación.
- iii. Finalmente, proponemos que el Juez se plantee, al inicio del juicio, si resulta conveniente adelantar las declaraciones de peritos económicos, que, si fueran colocadas al inicio de la

vista o juicio, correrían menos riesgo de verse afectadas por la fatiga cognitiva.

¿Debemos ir más lejos en la “*extension*” del convenio arbitral a los no signatarios? Una perspectiva francesa

Alexis Mourre* y Valentine Chessa**

Principia No. 11–2024 pp. 77-91

Resumen: El presente artículo analiza el enfoque francés sobre la extensión del convenio arbitral a no signatarios, a propósito del caso *Kabab-Ji c. Kout Food*. Desde una perspectiva doctrinal y comparada, se explica cómo la jurisprudencia francesa –siguiendo la línea de *Dow Chemical*– privilegia la eficacia del arbitraje mediante una interpretación autónoma del convenio y la presunción de consentimiento derivada de la participación en el contrato principal. Este método, basado en las *règles matérielles*, contrasta con la posición inglesa, más formalista y dependiente del consentimiento contractual expreso.

Abstract: This article analyzes the French approach to the extension of the arbitration agreement to non-signatories, with reference to the *Kabab-Ji v. Kout Food* case. From a doctrinal and comparative perspective, it explains how French jurisprudence—following the line established in *Dow Chemical*—favors the effectiveness of arbitration through an autonomous interpretation of the agreement and a presumption of consent derived from participation in the main contract. This method, based on the *règles matérielles*, contrasts with the English approach, which is more formalistic and dependent on express contractual consent.

Palabras Claves: Arbitraje internacional | Extensión del convenio arbitral | No signatarios.

Keywords: International Arbitration | Extension of the Arbitration Agreement | Non-Signatories.

* Socio fundador, Mourre Chessa Le Lay Arbitration.

** Socia fundadora, Mourre Chessa Le Lay Arbitration.

Sumario: I. Introducción, II. El caso Kout Food, III. ¿De dónde viene la aplicación del derecho francés?, IV. ¿Una validez y eficacia propias?, V. Requisito de consentimiento?, VI. Paradojas y malentendidos

I. Introducción

Con la reciente decisión en el caso *Kabab-Ji c. Kout Food*¹, las cortes francesas han ofrecido un nuevo ejemplo de la visión francesa sobre la separabilidad del convenio arbitral y su “*extensión*” a no signatarios basada en la presunción de consentimiento derivada de su participación en la negociación o en la ejecución del contrato principal. Este caso –que una vez más² resultó en decisiones opuestas en Francia y el Reino Unido– proporciona una bienvenida oportunidad para reflexionar sobre la naturaleza de los principios establecidos por el derecho francés y sobre algunos de los malentendidos que aun rodean su aplicación.

II. El caso Kout Food

Kabab-Ji SAL (“Kabab-Ji”) es una compañía libanesa que opera una cadena de restaurantes de comida libanesa y del medio oriente. En 2001, Kabab-Ji firmó un Acuerdo de Desarrollo de Franquicia (“FDA”) con la compañía Kuwaití Al-Homaizi Foodstuff Company

(“AHFC”), según el cual AHFC operaría restaurantes bajo la franquicia Kabab-Ji por diez años. La apertura de cada local de la franquicia requería que las partes suscribieran un contrato específico. El FDA contenía una “*No oral modification clause*” que determinaba que el contrato sólo podía ser modificado por escrito. También especificaba que la ley aplicable sería la ley inglesa y contenía un convenio arbitral estipulando la aplicación de las reglas arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) y la sede en París.

Luego de la reestructuración de AHFC, se estableció una nueva compañía holding llamada Kout Food Group (“KFG”). Kabab-Ji aceptó la creación de KFG, en la medida en que ello no afectase los términos y condiciones de los acuerdos suscritos con AHFC. KFG no reemplazó formalmente AHFC como parte contratante, pero asumió algunas de las obligaciones de ésta última bajo el FDA, como las de designar al personal y gestionar los restaurantes. Al hacer esto, KFG no expresó formalmente su volun-

¹ Corte de Apelación de París, 23 de junio de 2020, n° 17/22943, *Kout Food Group c. Kabab-Ji*, JDI, n° 1, enero de 2021, p. 151, nota J. B. Racine; Corte de Casación francesa, 28 de septiembre de 2022, n° K20-20.260, *Kout Food Group c. Kabab-Ji*.

² Como ocurrió previamente en la saga *Dallah*: Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 20 de julio de 2009, *Dallah Real State and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2009] EWCA 755; Corte Suprema del Reino Unido, 3 de noviembre de 2010, *Dallah Real State and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46; Corte de Apelación de París, 17 de febrero de 2011, *Government of Pakistan – The Ministry of Religious Affairs c. Dallah Real State and Tourism Holding Company*.

tad de adherirse al FDA, pero tampoco formuló reserva alguna al respecto. El plazo del FDA concluyó y las partes no llegaron a un acuerdo para renovarlo, lo cual condujo a Kabab-Ji a iniciar un arbitraje por resolución abusiva. Kabab-Ji decidió presentar su solicitud de arbitraje sólo contra KFG, y no contra AHFC. KFG objetó no ser parte del FDA y tener ninguna obligación en base al convenio arbitral contenido en dicho contrato.

El tribunal arbitral eventualmente decidió que KFG había devenido como parte del FDA y del convenio arbitral. Al hacerlo, el tribunal arbitral aplicó la ley francesa. El razonamiento del tribunal arbitral se basó en la participación de KFG en la ejecución del FDA. Por lo tanto, el tribunal arbitral entró a conocer el litigio en cuanto al fondo y dictó un laudo en contra de KFG.

En este punto, Kabab-Ji intentó ejecutar el laudo en el Reino Unido, mientras que KFG inició un procedimiento de anulación en Francia.

En tanto que la ejecución del laudo fue denegada en el Reino Unido³, las cortes francesas se negaron a anular el laudo. La Corte de Apelación de París, en síntesis, decidió que:

- i. La competencia del tribunal arbitral se debe establecer con base en todos los elementos fácticos y lega-

les que permitan determinar el alcance del convenio arbitral;

- ii. Según una regla material del arbitraje internacional, la existencia y validez del convenio arbitral es legalmente independiente del contrato subyacente en el que se encuentra contenida;
- iii. El tribunal arbitral correctamente aplicó la ley francesa, siendo la ley de la sede, para decidir sobre su propia competencia;
- iv. La existencia y validez del convenio arbitral debe ser analizada por el juez sin referirse a ninguna ley nacional, basándose en la intención de las partes y las circunstancias del caso;
- v. El hecho de que el FDA estuviera sometido a Derecho inglés y su cláusula de “*No oral modification*” son insuficientes para establecer la intención de las partes de someter el convenio arbitral a la ley inglesa, o para apartarse de las reglas aplicables en la sede escogida por las partes; y, finalmente,
- vi. Un convenio arbitral internacional:

“a une validité et une efficacité propres qui commandent d’en étendre l’application aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu’il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités

³ Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 18 de junio de 2020, [2020] EWCA Civ. 6; Corte Suprema del Reino Unido, 27 de octubre de 2021, [2021] UKSC 48.

font présumer qu’elles ont accepté la clause d’arbitrage dont elles connaissent l’existence et la portée, bien qu’elles n’aient pas été signataires du contrat qui la stipulait”⁴.

El 28 de septiembre de 2022, la Corte de Casación francesa⁵ confirmó la decisión de la Corte de Apelación de París y declaró que:

“7. en vertu d’une règle matérielle du droit de l’arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s’apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, à moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention d’arbitrage elle-même à une telle loi.

8. Ayant souverainement retenu que le choix du droit anglais comme loi régissant les contrats ainsi que la stipulation selon laquelle il était interdit aux arbitres d’appliquer des règles qui contrediraient les contrats, ne suffisaient pas à établir la commune volonté des parties de soumettre l’efficacité de la convention d’arbitrage au droit anglais, par dérogation aux règles matérielles du siège de l’arbitrage expressément désigné par les contrats, et que la société KFG ne rapportait la preuve d’aucune circonstance de nature à établir de manière non équivoque la volonté commune des parties de désigner le droit anglais comme régissant l’efficacité, le transfert ou l’extension de la clause compromissoire, la cour d’appel a, sans dénaturation, légalement justifié sa décision d’apprécier l’existence et l’efficacité de la convention d’arbitrage, non pas au regard du droit anglais, mais au regard des règles matérielles du droit français en matière d’arbitrage international”⁶.

⁴ Traducción libre: “tiene una validez y eficacia propia, tal que la cláusula se debe extender a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en cualquiera de las disputas que puedan surgir del mismo, siempre que se determine que su posición contractual y sus actividades hagan presumir que aceptaron la cláusula arbitral, cuya existencia y alcance conocían, aunque no fueran signatarios del contrato que contenía dicha cláusula arbitral”.

⁵ Corte de Casación francesa, 28 de septiembre de 2022, n° K20-20.260, Kout Food Group c. Kabab-Ji.

⁶ Traducción libre: “7. En virtud de una regla material del derecho de arbitraje internacional, la cláusula compromisorio es legalmente independiente del contrato principal que la contiene directamente o por referencia, y su existencia y eficacia se aprecian, bajo las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, según la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal, a menos que las partes hayan sometido expresamente la validez y los efectos de la propia cláusula arbitral a tal ley estatal.

8. Habiendo considerado que la elección de la ley inglesa como ley aplicable a los contratos, así como la cláusula según la cual los árbitros estaban impedidos de aplicar reglas que contradigan los contratos, no fueron suficientes para establecer la voluntad común de las partes de someter la eficacia del convenio arbitral al Derecho inglés, en derogación de las reglas materiales de la sede del arbitraje expresamente designada en los contratos, y que KFG no aportó la prueba de ninguna circunstancia que permitiera establecer de manera inequívoca la voluntad común de las partes de designar al Derecho inglés como rectora de la eficacia, la transferencia o la extensión de la cláusula arbitral, la Corte de Apelación, sin incurrir en desnaturalización, justificó legalmente su decisión de valorar la existencia y eficacia del convenio arbitral, no a la luz del Dere-

III. ¿De dónde viene la aplicación del derecho francés?

A primera vista, este resultado puede parecer extraño. Estamos frente a un contrato sometido a Derecho inglés, que prevé que toda modificación al mismo debe constar por escrito y, sin embargo, se decidió que una parte había consentido implícitamente al convenio arbitral con base en las reglas del derecho francés. Para poder entender este resultado es necesario hacer un breve repaso histórico de la evolución del derecho francés al respecto.

El marco legal francés sobre el consentimiento implícito está basado conceptualmente en una construcción de la jurisprudencia relativa a la separabilidad del convenio arbitral. La primera decisión emblemática fue en *Gosset*⁷, en el que la Corte de Casación estableció el principio de que, en un contexto interna-

cional, el convenio arbitral es legalmente autónomo respecto del contrato que lo contiene. Por tanto, según este mecanismo, la invalidez o nulidad del contrato principal no afectaría la validez del convenio arbitral, y los árbitros mantendrían su competencia (*compétence-compétence*) para decidir la disputa independientemente de que se alegue la nulidad del contrato. Este principio fue reafirmado y desarrollado en *Dalico*⁸, así como en subsiguientes decisiones de la Corte de Casación, tales como en *Uni-Kod*⁹.

La jurisprudencia luego evolucionó con el objetivo de evitar la aplicación de disposiciones legales nacionales que limitasen la posibilidad de las partes para acordar convenios arbitrales antes de que

cho inglés, sino de acuerdo con las reglas materiales del derecho francés en materia de arbitraje internacional”.

⁷ Corte de Casación francesa, 1° civ., 7 de mayo de 1963, *Ets Raymond Gosset c. Carapelli*, JDI, 1964, p. 83, nota de J. Bredin; JCP, 1963, t. II 13405, nota de B. Goldman; Bull. Civ., 1963, p. 545, nota de J. Robert; RCDIP, 1963, p. 615, nota de H. Motulsky; Rev. Arb., 1963, p. 60, nota de Ph. Francescakis. Publicado también en *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz Jur., 1974, t. II, p. 340.

⁸ Corte de Casación francesa, 1° civ., 20 de diciembre de 1993, *Municipalité de Khoms El Mergheb c. Dalico*, Rev. Arb., 1994, p. 116, nota de H. Gaudement-Tallon; JDI, 1994, p. 432, nota de E. Gaillard y p. 690, nota de E. Loquin; RCDIP, 1994, p. 663, nota de P. Mayer. La Corte decidió que: “Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique” (Traducción libre: “Pero considerando que, en virtud de una regla material del derecho internacional del arbitraje, la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato principal en el que está incluida o al cual se refiere y, en la medida en que no se afecte ninguna regla imperativa de derecho francés o del orden público internacional, su existencia y validez depende de la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal”).

⁹ Corte de Casación francesa, 1° civ., 30 de marzo de 2004, *Société Uni-Kod c. Société Ouralkali*, RTD, 2004, p. 443, nota de E. Loquin; JCP, 2004, 10132, nota de G. Chabot; Rev. Arb., 2005, p. 959, nota de Ch. Seraglini; JDI, 2006, p. 126, nota de S. Bollée.

surgiera la disputa. En *Galakis*¹⁰, la Corte de Casación estableció una regla sustantiva (*règle matérielle*) según la cual la prohibición impuesta a las entidades públicas para suscribir convenios arbitrales sólo aplicaba para los arbitrajes domésticos y no para el arbitraje internacional¹¹. El principio de que el convenio arbitral es totalmente autónomo, tanto respecto del contrato principal como de cualquier ley aplicable, fue confirmado por la misma corte en *Hecht*¹², y por la Corte de Apelación de París en *Menicucci*¹³. Los decretos de 1980¹⁴, 1981¹⁵ y 2011¹⁶, que han reformado el arbitraje francés, han codificado esta jurisprudencia.

La aplicación de estos principios a la cuestión de saber si una parte no signataria puede verse obligada por un convenio arbitral, y en qué condiciones, es lo que ha dado origen a la jurisprudencia sobre la que se basan las decisiones judiciales en *Kout Food*. En *Dow Chemical*¹⁷, la Corte de Apelación de París decidió, por la primera vez, en el marco de un grupo de compañías, que podía determinarse que un no signatario había aceptado implícitamente un convenio arbitral con base en su comportamiento. Desde entonces, varias decisiones consideraron a no signatarios como partes del convenio arbitral con base en su participación en la negociación o en la ejecución del contrato principal¹⁸. La regla así es-

¹⁰ Corte de Casación francesa, 1° civ., 2 de mayo de 1966, Trésor public c. Galakis, JCP, 1966, n° 14, p. 798, nota de P. Ligneau; JDI, 1966, p. 648, nota de P. Level; RCDIP, 1967, p. 553, nota de B. Goldman; Dalloz Jur., 1966, p. 575, nota de J. Robert.

¹¹ Como explican Fouchard, Gaillard y Goldman, en este caso, la Corte Suprema francesa “abandonó el método de conflicto de leyes” para evaluar la validez de la cláusula arbitral. E. Gaillard and J. Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, p. 319.

¹² Corte de Casación francesa, 1° civ., 4 de julio de 1972, Hecht c. Société Buisman’s, RCDIP, 1974, p. 82, nota de P. Level; JDI, 1972, p. 843, nota de B. Oppetit; Ph. Francescakis, “Le principe jurisprudentiel de l’autonomie de l’accord compromissoire, après l’arrêt Hecht de la Cour de cassation”, Rev. Arb., 1974, p. 89.

¹³ Corte de Apelación de París, 13 de diciembre de 1975, Menicucci c. Mahieux, JDI, 1977, p. 106, nota de E. Loquin; Rev. Arb., 1977, p. 147, nota de Ph. Fouchard; RCDIP, 1976, p. 506, nota de B. Oppetit.

¹⁴ Artículo 18 del Decreto n° 80-354 del 14 de mayo de 1980, aplicable al arbitraje doméstico: “Lorsqu’un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d’arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d’office son incompétence”. (Traducción libre: “Cuando una disputa que ha sido atribuida a un tribunal arbitral en virtud de una convención de arbitraje es interpuesta ante una corte estatal, esta debe declararse incompetente. Si el tribunal arbitral no ha sido aún constituido, la corte también debe declararse incompetente salvo que el convenio arbitral sea manifestamente inválido. En ambos casos, la corte no declarará de oficio que carece de competencia”).

¹⁵ Artículo 1458 del Decreto n° 81-500 del 12 de mayo de 1981, aplicable al arbitraje internacional, el cual contiene el mismo texto que el Artículo 18 del Decreto n° 80-354.

¹⁶ Decreto n° 2011-48 del 13 de enero de 2011.

¹⁷ Corte de Apelación de París, 21 de octubre de 1983, Société Isover-Saint-Gobain c. Sociétés Dow Chemical et autres, Rev. Arb., 1984, p. 98.

¹⁸ Corte de Apelación de París, 20 de abril de 1988, Société Clark International Finance c. Société Sud Matériel Service et autre, Rev. Arb., 1988, p. 557; Corte de Apelación de París, 14 de febrero de 1989,

tablecida, tal como fue formulada por la Corte de Casación en *ABS*¹⁹, es que: “*l’effet de la clause d’arbitrage international s’étend aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter*”²⁰.

IV. ¿Una validez y eficacia propias?

Es de destacar que un año antes de *ABS*, la Corte de Casación utilizó un lenguaje diferente en *Jules Verne*²¹ al referirse al “*principio de validez*” del convenio arbitral en vez de a una “*validez y eficacia propias*”. Como notaron algunos autores²², este lenguaje no puede interpretarse en el sentido de que cualquier convenio arbitral deba, por principio, considerarse válido. Ello no tendría sentido pues el convenio arbitral, como cualquier otro acuerdo, no puede ser válido *in abstracto*. Más bien, el lenguaje utilizado en *ABS* y *Jules Verne* debe interpretarse de la misma manera, es decir, en el

sentido de que el convenio arbitral está sujeto a un régimen legal propio, diferente del régimen aplicable al contrato principal. Esto es lo que los tribunales franceses decidieron en *Kout Food*²³.

La idea de un régimen legal autónomo del convenio arbitral tiene profundas implicaciones, que no siempre han sido bien comprendidas. El convenio arbitral, de hecho, no solo está sometido a un régimen legal propio, distinto del aplicable al contrato principal – consecuencia del principio de completa autonomía establecido por la jurisprudencia francesa desde *Gosset y Galakis* –, sino que, además, dicho régimen legal tiene una naturaleza específica, diferente de la del derecho común de los contratos, pues es de naturaleza doble, tanto sustantiva como procesal.

El convenio arbitral, como cualquier otro contrato, tiene un régimen sustan-

Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd et autres, Rev. Arb., 1989, p. 691; Corte de Apelación de París, 28 de noviembre de 1989, Compagnie tunisienne de navigation (Cotunav) c. Société Comptoir commercial André, Rev. Arb., 1990, p. 675.

¹⁹ Corte de Casación francesa, 1° civ., 27 de marzo de 2007, Alcatel Business Systems (ABS) c. société Amkor Technology et autres, Rev. Arb., 2007, p. 785.

²⁰ Traducción libre: “el efecto de la cláusula de arbitraje internacional se extiende a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que puedan resultar del mismo”.

²¹ Corte de Casación francesa, 1° civ., 7 de junio de 2006, Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping et autre, Rev. Arb., 2006, p. 945, nota de E. Gaillard; JDI, 2006, p. 1384, nota de A. Mourre; JCP, 2006, I, 187, n° 7, p. 2100, nota de Ch. Seraglini.

²² C. Seraglini y J. Ortscheidt, Droit de L’Arbitrage Interne et International, LGDJ, 2019, 2da Ed., p. 546.

²³ Corte de Apelación de París, 23 de junio de 2020, *ibid.*: “Mais, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d’en étendre l’application aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu’il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu’elles ont accepté la clause d’arbitrage dont elles connaissaient l’existence et la portée, bien qu’elles n’aient pas été signataires du contrat qui la stipulait.” (Traducción libre: “Sin embargo, la cláusula arbitral contenida en un contrato internacional tiene una validez y eficacia propias, de tal manera que debe extenderse a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan resultar del mismo, en la medida en que se establezca que su situación contractual y sus actividades hagan presumir que aceptaron la cláusula arbitral cuya existencia y alcance conocían, aunque no fueran signatarias del contrato que la contiene”).

tivo propio, que determina cómo debe ser suscrito, su duración, los casos en los que es nulo y cómo puede terminarse. La especificidad del convenio arbitral, sin embargo, es que además se configura según objetivos de naturaleza puramente procesal, dirigidos a asegurar la eficacia del proceso arbitral y la concentración de la disputa ante el tribunal arbitral. Como veremos en seguida, la consecución de estos objetivos procesales debe pagarse mediante el precio de la ambigüedad. Y con la ambigüedad vienen las malinterpretaciones.

V. ¿Requisito de consentimiento?

La ambigüedad se refleja en el debate semántico sobre el término “*extensión*” utilizado por los tribunales franceses. Para Bernard Hanotiau²⁴, por ejemplo, el uso de este término por los tribunales es equivocado: no puede producirse una “*extensión*” de un convenio arbitral a una parte que, desde un principio, ya lo aceptó. Y esto, por supuesto, es correcto. Como es bien conocido, la ley francesa no exige ningún requisito de forma para celebrar un convenio arbitral. Por lo tanto, una persona o una entidad que haya aceptado implícitamente dicho convenio es parte del mismo, al igual que cualquier signatario. En el universo del consentimiento contractual, el término “*extensión*” es, en consecuencia, inapropiado para describir el mecanismo legal

que permite identificar a los individuos o entidades que hayan consentido implícitamente al convenio arbitral.

La compatibilidad del mecanismo francés de “*extensión*” con la naturaleza contractual del arbitraje y el principio fundamental del consentimiento ha sido, empero, puesta en duda por algunos autores²⁵. Y quizás acertadamente.

En apariencia, el mecanismo de “*extensión*” del derecho francés parece respetar el principio del consentimiento pues se basa en una presunción. Este mecanismo, como se aplicó en *Kout Food*, tiene un alcance específico. No es utilizado para determinar la competencia en caso de cesión del contrato principal o de las obligaciones sustantivas subyacentes²⁶, ni tampoco en caso de una sucesión de personalidades jurídicas, como en el caso de una fusión-adquisición. Más bien, la presunción aplica cuando la “*situación contractual*” del no signatario y sus “*actividades*” llevan a presumir su aceptación del convenio arbitral.

Sin embargo, el término “*extensión*” utilizado por los tribunales franceses parece sugerir un mecanismo de *atracción* del convenio arbitral para entidades o individuos que no tenían la intención de vincularse por este, en vez de una aplicación de dicha cláusula basada en el consentimiento. Jean Pierre Ancel se refirió

²⁴ B. Hanotiau, “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues - An Analysis”, *Journal of International Arbitration*, 2001, vol. 18, pp. 255.

²⁵ Nota de J. B. Racine, *ibid.*; S. Brekoulakis, “Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-Signatories”, *Journal of International Disputes Settlement*, 2017, n° 8, p. 610.

²⁶ En este caso se considera que el convenio arbitral sigue al contrato o a las obligaciones que fueron cedidas.

al “*effet mobilisateur*” o al “*expansionnisme*” del convenio arbitral²⁷. Otro autor se refirió al “*rayonnement*” de la cláusula²⁸, como una estrella que ilumina objetos espaciales normalmente ajenos a su órbita: la cláusula se aplica no solo a aquellos que la aceptaron sino también, de forma dinámica, a todos aquellos que, de una u otra manera, han estado implicados en su negociación o ejecución. Como notó Stavros Brekoulakis, esta atracción nos lleva muy cerca de prescindir del requisito de consentimiento²⁹. Esto, quizás, es el *non-dit* de la ley francesa de arbitraje.

En *ABS*, la Corte de Casación se refirió a una doble presunción según la cual, primero, la implicación del no signatario en la negociación o ejecución del contrato llevó a presumir que tuvo *conocimiento* del convenio arbitral y, segundo, que este conocimiento permitió suponer una *aceptación* del convenio arbitral. En *Kout Food*, el razonamiento es, de cierta forma, simplificado: se presume directamente que hubo aceptación. Más allá de que la formulación es más clara en *Kout Food*, el razonamiento es el mismo.

También se ha señalado que las circunstancias fácticas sobre las que se ha aplicado esta doble presunción, en muchos casos, tienen una conexión débil con el propio contrato³⁰. Sorprendentemente, sin embargo, desde la referida jurisprudencia, no hay un solo caso de arbitraje internacional en el que una corte francesa haya aceptado un argumento contra esta presunción cuando los hechos le permiten aplicarla. Tampoco pareciera que las decisiones de las cortes se hayan comprometido en esfuerzos significativos en discutir sobre la intensidad de la implicación del no signatario en la vida del contrato, y para explicar por qué esta implicación fue tal que podía llevar a presumir que el no signatario tenía conocimiento del convenio arbitral y que lo aceptó.

La base conceptual del mecanismo francés basado en la presunción también puede ser considerada un poco frágil. ¿Por qué alguien que participa en la ejecución de una obligación contractual necesariamente debería saber que el contrato suscrito por el deudor de dicha obligación contiene un convenio arbitral y, más aún, conocer los detalles de dicho convenio? Se ha sugerido que, al ser el

²⁷ J. P. Ancel, “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire”, *Droit international privé : travaux du Comité Français de droit international privé*, año 11, 1991-1993, p. 75.

²⁸ X. Delpech, “La Cour de cassation favorable à un fort rayonnement de la clause compromissoire”, *Dalloz*, 2016.

²⁹ S. Brekoulakis, *ibid.*, p. 610. El autor propone una “teoría unificada para los no signatarios” en la cual “la base teórica para considerar que los no signatarios tienen derechos u obligaciones en un arbitraje debe bascular del concepto de consentimiento al concepto de disputa. Bajo la teoría propuesta, lo que importa no es si el no signatario puede demostrar su consentimiento al arbitraje, sino que pueda demostrar que está inextricablemente implicado en la disputa objeto del arbitraje” (traducción libre).

³⁰ C. Seraglini y J. Ortscheidt, *ibid.*, p. 706.

arbitraje el medio normal para resolver las disputas del comercio internacional, se puede presumir que cualquiera que esté involucrado en el comercio internacional debe conocer la existencia de un convenio arbitral en un contrato internacional³¹. Esta presuposición, sin embargo, es insuficiente, pues no explica qué nivel de implicación es necesario para tratar a un actor periférico como verdadera parte de un contrato. Stavros Brekoulakis afirma que la razón de ser del mecanismo presuntivo es que “*un convenio arbitral requiere ‘menos consentimiento’ o por lo menos evidencia de consentimiento para obligar a una parte no signataria*”³². Como veremos a continuación, la explicación para la presunción no es que para aceptar el convenio arbitral se requiera un nivel inferior de consentimiento. La explicación se encuentra, más bien, en la naturaleza procesal de la “*extensión*”.

VI. Paradojas y malentendidos

Como fue señalado por Emmanuel Gaillard, el método francés de “*règles matérielles*” y su aplicación al mecanismo presuntivo de extensión se caracteriza por un objetivo y un método³³. El objetivo es asegurar la eficacia del arbitraje al facultar a los árbitros para atraer dentro de su competencia a la disputa en todos sus aspectos y con todos sus verda-

deros actores. El método es mirar a la realidad económica de la disputa más allá de los acuerdos contractuales y las estructuras corporativas establecidas por las partes. En otras palabras, el derecho francés, al abordar cuestionares jurisdiccionales, se fija en el convenio arbitral y no el contrato principal: en la etapa de jurisdicción es irrelevante saber si una parte tuvo la intención de obligarse a través del contrato principal para determinar si el convenio arbitral debe “*extenderse*”. Esto explica por qué la “*No oral modification clause*” en el contrato principal del caso *Kout Food* – el FDA – fue considerada irrelevante por el juez francés para confirmar la competencia arbitral.

La corte inglesa decidió que, como KFC no podía ser parte del FDA, tampoco podía ser parte del convenio arbitral incluido en dicho contrato. Esto, desde la perspectiva de la corte inglesa, fue el final de la historia tanto en cuanto a la competencia como en cuanto al fondo: no solo no hay competencia, sino que tampoco hay fundamento contractual para actuar contra esta compañía. El derecho francés, sin embargo, procede de manera completamente diferente: no se enfoca en el contrato principal para determinar la competencia; si lo hiciera, tendría que aplicar la ley aplicable al con-

³¹ J. B. Racine, *ibid.*, p. 166.

³² Original en inglés: “An arbitration agreement requires ‘less consent’ or at least evidence of consent to become binding upon a non-signatory party” S. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, OUP, 2010, p. 186.

³³ E. Gaillard, “Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d’arbitrage (les enseignements de l’affaire Kout Food)”, *Rev. Arb.*, 2020, p. 701-726.

trato, que en *Kout Food* era la ley inglesa. Y la razón de ello es simple: al analizar la competencia, el derecho francés no está interesado en establecer quien es una parte real del contrato principal.

Aquí viene la paradoja y el malentendido. La paradoja es que, una vez que el tribunal arbitral decide que un no signatario implícitamente aceptó el convenio arbitral, puede perfectamente luego decidir, sin contradecirse, que este mismo no signatario *no* es parte del contrato principal. Esto no es lo que el tribunal arbitral hizo en *Kout Food*, pero es algo que hubiera podido hacer. En el contexto de procedimientos bifurcados, por ejemplo, es claramente posible que un tribunal arbitral con sede en París primero emita un laudo parcial bajo el derecho francés en el que admita su competencia respecto de un no signatario, para luego aplicar otra ley en su laudo final y decidir que el no signatario que atrajo al arbitraje, en definitiva, no es parte del contrato principal.

Esto, sin embargo, es solo una paradoja aparente. El contrato principal y el convenio arbitral son, de hecho, contratos separados, sometidos a regímenes diferentes. Y el convenio arbitral, a diferencia del contrato principal subyacente, tiene naturaleza jurisdiccional y un régimen procesal específico. No obstante, como cualquier contrato procesal, el

convenio arbitral no se suscribe en *a vacuo*. Su objetivo sigue siendo permitir la resolución de las disputas que surjan del contrato principal. Por tanto, aunque las cortes francesas lo traten como un contrato separado con un régimen procesal específico, cuando llega el momento de determinar si hubo consentimiento implícito, éstas deben mirar el contrato principal. Volvemos entonces al contrato principal. ¿A dónde nos lleva esto? A lo siguiente: al determinar la competencia bajo derecho francés, los árbitros y las cortes no *aplican* el contrato, sino que más bien *observan* al mismo y las circunstancias que lo rodean. En esta extraña zona gris de *non-dit*, el convenio arbitral no se “*extiende*” al no signatario porque hay pruebas de que este realmente consintió al mismo: este consentimiento es una ficción³⁴. Tampoco el fundamento de la extensión es, desde luego, que el no signatario consintió al contrato principal. El consentimiento al convenio arbitral no está ni en uno ni en otro de estos supuestos. Un autor calificó esto como un “*misterio*”³⁵. La clave de este misterio es que el convenio arbitral no es un contrato ordinario, sino un acuerdo de procedimiento, al mismo tiempo, está sujeto a reglas diferentes de aquellas aplicables al contrato principal y es un accesorio de este. Esta naturaleza procesal permite flexibilizar las reglas aplicables a la cláusula hacia el específico obje-

³⁴ E. Silva Romero, “Legal Fictions in the Language of International Arbitration”, Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, 2022, vol. 425, p. 309.

³⁵ C. Seraglini y J. Ortscheidt, *ibid.*, p. 706.

tivo procesal que ella persigue. “*Extenderla*”, por lo tanto, solo requiere que el no signatario haya *de alguna manera* entrado en la esfera contractual, sin necesidad de estar vinculado por el contrato principal. Se trata esencialmente de una investigación fáctica conducida según los principios del derecho francés.

La desconexión conceptual entre la adhesión implícita al convenio arbitral y el consentimiento al contrato principal que lo contiene ha preocupado, desde hace tiempo, a algunos autores franceses³⁶. También ha dado origen a la equivocada idea de que, una vez que el árbitro decide que tiene competencia con respecto de un no signatario, se considerará que este no signatario está vinculado por el contrato principal.

En un debate que tuvo lugar en 1992 en el Comité Francés de Derecho Internacional Privado, Pierre Mayer³⁷ opinó: “*je ne suis pas persuadé qu’il y ait [en el análisis sobre la competencia] un intérêt là non plus à distinguer la clause compromissoire et le contrat*”³⁸, y que “*il ne s’agit jamais [...] de faire participer quelqu’un*

à une procédure d’arbitrage sans le tenir pour partie au contrat lui-même”³⁹. Este comentario fue a la raíz del problema: si no hay razón para distinguir entre el contrato principal y el convenio arbitral a efectos del consentimiento, ¿por qué entonces la competencia no debe ser valorada con arreglo a la misma ley que aplica al contrato principal?

Jean Pierre Ancel⁴⁰, el padre – en muchos aspectos – de la jurisprudencia francesa sobre la competencia basada en el consentimiento implícito, respondió lo siguiente: “*est-ce que ce sont des tiers [a la cláusula]? Non ; mais, est-ce qu’il suffit de dire que ces personnes sont des parties au contrat ? là je me permets de ne pas être tout à fait d’accord. Quand le juge est saisi par une partie qui dit : « Moi, justement je n’ai pas souscrit cette convention d’arbitrage, donc, je ne suis pas partie », il va peut-être répondre : « Si, vous avez été en quelque sorte partie parce que vous avez été impliqué dans l’exécution du contrat ». Mais dire d’emblée que c’est une partie au contrat, cela me paraît quand même très difficile*”⁴¹.

³⁶ P. Mayer, “Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. Arb.*, 1998, p. 359; C. Scraglini y J. Ortscheidt, *ibid.* p. 533; S. Bollée, “Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l’article IX de la Convention européenne de Genève”, *JDI, Clunet*, 2006, n° 1, p. 1.

³⁷ J. P. Ancel, *ibid.*, p. 112.

³⁸ Traducción libre: “Yo no estoy convencido de que haya un interés en distinguir el convenio arbitral del contrato principal”.

³⁹ Traducción libre: “no se trata nunca [...] de hacer participar a alguien en un procedimiento de arbitraje sin considerarlo parte del contrato mismo”.

⁴⁰ J. P. Ancel, *ibid.*, p. 113.

⁴¹ Traducción libre: “es que son terceros [a la cláusula]? No; pero ¿es suficiente decir que estas personas son partes del contrato? Aquí yo me permito no estar enteramente de acuerdo, cuando el juez es interpelado por una parte que afirma: «Yo, precisamente, nunca he suscrito este convenio arbitral, por tanto, yo no soy parte», el juez tal vez responderá: «sí, usted ha sido de alguna manera parte, pues ha estado implicado en la

La respuesta de Jean Pierre Ancel es interesante por al menos dos razones.

Primero, al decidir si un no signatario es parte del convenio arbitral, el juez en efecto evalúa si el no signatario ha *de alguna manera* sido parte del contrato principal. Pero ¿qué significa haber sido *de alguna manera* una parte contractual? Una posible forma de entenderlo puede ser que el juez realice un examen *prima facie*, como el que hace el juez llamado a conocer el fondo de un litigio ante una objeción a su competencia basada en la existencia de un convenio arbitral, y donde, como en Francia, se aplique el efecto negativo del principio *compétence-compétence*: si hay una probabilidad de que el convenio arbitral sea aplicable, el juez debe declinar su competencia. Pero hay una diferencia fundamental entre la investigación que hace el juez de la anulación o el tribunal arbitral y aquella llevada a cabo por el juez llamado a conocer del caso en el fondo: la decisión de los primeros es en realidad final y tiene efecto de *res judicata*, mientras que la del último no lo es pues su valoración de la competencia será remitida a los árbitros salvo que la cláusula sea manifiestamente nula o inaplicable.

Otra manera de afrontar el problema sería utilizar la noción de la oponibilidad, como fue propuesta en el debate de 1992 por Berthold Goldman⁴². El con-

venio arbitral sería oponible a los no signatarios con base en su implicación en la negociación o ejecución del contrato, sin necesidad de decir que son partes del mismo. De cierta forma, no se trataría ya de una cuestión de competencia. Pero la dificultad con esta teoría es precisamente que la cuestión en juego es la competencia y que cualquier apreciación de la competencia, y el sometimiento a los poderes jurisdiccionales del tribunal arbitral que ella implique, supone que la parte en el arbitraje esté vinculada por el convenio arbitral. Esta es la razón por la que la jurisprudencia no se ha desviado, al menos formalmente, del principio según el cual la presunción, salvo que sea refutada – y hemos visto que ello nunca ha ocurrido – conduce a una decisión de que el no signatario es, en efecto, parte del convenio arbitral.

La teoría de “*de alguna manera*”, por tanto, no es más que la confirmación de que el mecanismo de extensión presuntivo consiste en una evaluación, basada en una investigación fáctica y según la *règle matérielle* francesa, de que el no signatario ha, *de alguna manera*, participado en la negociación o ejecución del contrato principal. Si tal es el caso, entonces la extensión opera como una ficción legal de consentimiento.

El segundo punto interesante invocado por Jean Pierre Ancel en 1992 es que,

ejecución del contrato », Pero decir desde un principio que es una parte en el contrato me parece muy difícil”.

⁴² J. P. Ancel, *ibid.*, p. 110.

una vez que se establece la competencia con base en la doctrina de la “*extensión*”, esta decisión jurisdiccional no necesariamente implica que el no signatario deba, en el fondo, ser considerado una verdadera parte en el contrato. En *Kout Food*, por ejemplo, este último análisis tuvo que ser realizado bajo el derecho inglés y tuvo que tomar en cuenta los efectos de la “*No oral modification clause*”. El tribunal arbitral de *Kout Food* concluyó que KFG devino parte del contrato con base en la existencia de una novación. Esta fue la conclusión de una investigación sustantiva llevada a cabo según el derecho inglés que de ninguna manera puede ser considerada como corolario de la decisión jurisdiccional basada en las *règles matérielles* francesas. Y, por supuesto, los tribunales franceses no tenían nada que decir sobre esta cuestión sustantiva, pues su examen se limita a la competencia y no se extiende al fondo. Al contrario, la corte inglesa, que aplicó la metodología inversa – donde la determinación jurisdiccional está sujeta al análisis sustantivo sobre si KFG había devenido una verdadera parte del contrato – tuvo que considerar esta cuestión de fondo. Sus conclusiones sobre el análisis contractual – que no coincidieron con las del tribunal arbitral – resultaron en la denegación de la ejecución del laudo en el Reino Unido, mientras que en París se rechazó la anulación.

No es la intención de los autores decir que el método francés es correcto y que

el inglés está equivocado. Cada uno se basa en premisas intelectuales profundamente divergentes. El enfoque inglés es intelectualmente defendible pues fundamentalmente se apoya en la premisa lógica de que uno no puede aceptar el convenio arbitral sin haber aceptado el contrato principal que lo contiene: el contrato principal y la ley aplicable al mismo ejercen una *vis attractiva* sobre el convenio arbitral que es un accesorio del mismo. El método francés, sin embargo, tiene su propia coherencia: es, antes que nada, consistente con la doctrina de la autonomía del convenio arbitral y asegura que las cuestiones de competencia no serán resueltas de acuerdo con la *lex contractus*, sino con la ley de la sede. Y de hecho, es dudoso que existan mejores razones para aplicar la ley del contrato que la de ley de la sede escogida por las partes, mucho más próxima al convenio arbitral. Y como notó Emmanuel Gaillard⁴³, el enfoque francés también evita las complejidades e incertidumbres derivadas de la aplicación del método de conflicto de leyes. Pero sobre todo, cumple un objetivo virtuoso, que es el de asegurar que todos los aspectos de la disputa se encuentren ante el árbitro, permitiéndole tener la más amplia – y por tanto más precisa – visión de la disputa. Prescindir en la práctica del principio de consentimiento en la fase de jurisdicción sería ciertamente inaceptable si la teoría del consentimiento implícito fuese aplicada al contrato principal,

⁴³ E. Gaillard, *ibid.*

en vez de solo al convenio arbitral. Mas, como dijimos antes, esto sería un malentendido: la ley francesa no considera que el consentimiento implícito al convenio arbitral trae como consecuencia que el no signatario esté obligado por el contrato principal. Por tanto, una vez que decide que tiene competencia sobre un no signatario, el tribunal arbitral mantiene la libertad de decidir, en el fondo, que ese mismo no signatario no es parte del contrato principal.

¿Sería deseable, para disipar los malentendidos que el método francés puede generar, ir más lejos y admitir abiertamente la naturaleza ficticia del consentimiento implícito? Como Ibrahim Fadlallah y Dominique Hascher escribieron sobre *Dow Chemical*: “*La référence à la volonté s’explique pour respecter le fondement contractuel de l’arbitrage, mais n’est plus que cosmétique, car la volonté est induite quasi automatiquement de faits objectifs*”⁴⁴. La Corte Europea de Derechos Humanos, sin embargo, aclaró que la compatibilidad del arbitraje con el artículo 6(1) de la Convención Europea sobre Derechos Humanos se fundamenta en su naturaleza consensual⁴⁵. Prescindir de ella podría por lo tanto abrir una vía impredecible para recurrir contra los laudos. La ley francesa

de arbitraje tendrá que continuar entonces viviendo en la zona gris. Pero como dijo una vez el Cardinal de Retz: “*on ne sort de l’ambiguïté qu’à son détriment*”.

⁴⁴ I. Fadlallah y D. Hascher, *Les grandes décisions de la jurisprudence française*, Dalloz, 2019, p. 113 (traducción libre: “la referencia hecha al consentimiento puede explicarse por la voluntad de ser consistente con la naturaleza contractual del arbitraje, pero es solo cosmética, pues el consentimiento se infiere casi automáticamente de hechos objetivos.”).

⁴⁵ *Suda c. the Czech Republic*, No. 1643/06, 28 de octubre de 2010; *Tabbane c. Switzerland*, n° 41069/12, 1 de marzo de 2016. A. Mourre, “Le droit français de l’arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Gazette du Palais*, 2000, n° 337, p. 16.

El caso “Lassana Diarra” y sus posibles implicaciones para el sistema de control establecido por la FIFA

Rui Botica Santos* y Tiago Patrão Silva**

Principia No. 11–2024 pp. 93-110

Resumen: La reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto No. C- 650/2022 podría tener serias consecuencias para el sistema de ejecución de decisiones establecido por la FIFA en virtud de sus poderes asociativos. En este artículo, los autores explican la decisión del TJUE, exploran las principales conclusiones de los jueces y analizan su posible impacto en el sistema de resolución de disputas internacionales establecido por la FIFA.

Abstract: The recent decision of the Court of Justice of the European Union in Case No. C-650/2022 could have serious implications for the enforcement system established by FIFA under its associative powers. In this article, the authors explain the CJEU’s ruling, explore the judges’ main findings, and analyze its potential impact on FIFA’s international dispute resolution system.

Palabras Claves: Tribunal de Justicia de la Unión Europea | FIFA | Lassana Diarra | Derecho deportivo | Resolución internacional de controversias.

Keywords: Court of Justice of the European Union | FIFA | Lassana Diarra | Sports law | International dispute resolution

* Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (Lisboa, Portugal (Licenciatura), Máster honoris causa ISDE Instituto Superior de Derecho y Economía (Madrid, España). Profesor del ISDE. Abogado y socio del bufete Coelho Ribeiro e Associados, SP RL. Árbitro del Tribunal Arbitral del Deporte y abogado en Portugal, Brazil, Macau y Timor-Leste.

** Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (Lisboa, Portugal (Licenciatura). Curso de Postgrado en Derecho Deportivo, Universidad Autónoma de Lisboa (Lisboa, Portugal). Abogado asociado en Coelho Ribeiro e Associados, SP RL.

Sumario: I. Introducción, II. El caso “Lassana Diarra”, A. Breve explicación del origen del litigio, III. La decisión del TJUE, A. Los argumentos del Jugador, B. Los argumentos de la FIFA y la REBF, C. Conclusiones del Abogado General, D. Conclusiones del TJUE, IV. Consecuencias para el sistema de resolución de litigios de la FIFA, A. La necesidad de cambiar el FIFA RSTP, B. La erosión del efecto disuasorio de las sanciones previstas en el RSTP, V. Conclusión

I. Introducción

A lo largo de los años, la relación entre el fútbol y el Derecho de la Unión Europea ha merecido una importante reflexión por parte de los tribunales nacionales y las instancias europeas sobre las reglas asociativas creadas e impuestas por la FIFA, que, como sabemos, es una organización regida por el derecho suizo cuya misión es la reglamentación internacional del deporte.

El deporte es una parte fundamental de las sociedades modernas y tiene una naturaleza socioeconómica que no puede ignorarse. De hecho, el fútbol es hoy, como lo era en la época de la sentencia Bosman (asunto C-415/93 del TJUE, 1995), una actividad económica que, a pesar de su especificidad, reconocida por los tribunales, no puede sustraerse a la aplicación de las normas europeas, en particular en materia de libre circulación y de derecho de la competencia.

Y es en este contexto en el que, el 4 de octubre de 2024, la comunidad jurídica deportiva recibió la más reciente (y controvertida) sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), en el asunto C-650/2022, conocido como “Lassana Diarra”, precisamente por implicar al futbolista internacional

francés del mismo nombre. Y, desde entonces, muchos han considerado esta decisión como “Bosman 2.0”

En este artículo nos proponemos explicar y analizar esta sentencia, con el fin de responder a una pregunta que rara vez se ha formulado: “¿Cuáles son las consecuencias de la sentencia del TJUE en el caso “Lassana Diarra” para el modelo de resolución de disputas internacionales creado por la FIFA?”.

II. El caso “Lassana Diarra”

A. Breve explicación del origen del litigio

El origen de la disputa entre la FIFA, la Real Federación Belga de Fútbol (“RFBF”) y el exfutbolista Lassana Diarra es el traspaso de este último al club ruso Lokomotiv de Moscú en 2013.

El 22 de agosto de 2014, el club Lokomotiv de Moscú (“Lokomitv”) rescindió unilateralmente el contrato laboral del Jugador y solicitó a la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA (“CRD de la FIFA”) que condenara al Jugador al pago de 20 millones de euros, alegando incumplimiento del contrato laboral. En espera de estos procedimientos, el Jugador buscó otro club para continuar su actividad. Sin embargo, esta búsqueda re-

sultó difícil, alegando el Jugador que esta dificultad se debía al riesgo de que el nuevo club se convirtiera en responsable solidario con el Jugador de cualquier indemnización que tuviera que pagar al Lokomotiv, lo cual resultaba de lo dispuesto en el artículo 17(2) del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (“RSTP”).

Solo el club “Sporting Du Pays de Charleroi” (“Charleroi”) hizo una oferta al Jugador, aunque estaba condicionada a (i) estar inscrito, a más tardar el 30 de marzo de 2015, para jugar con el primer equipo del Charleroi en cualquier competición oficial organizada por la RFBF, la UEFA o la FIFA y (ii) obtener (en el mismo plazo) la confirmación escrita e incondicional de la FIFA de que el Charleroi no podía ser considerado responsable solidario de cualquier indemnización que el Jugador fuera condenado a pagar al Lokomotiv.

Tras solicitar estas confirmaciones a la FIFA, se comunicó al Charleroi que sólo la RDC CRD de la FIFA podía decidir sobre el litigio entre el Jugador y el Lokomotiv y que, según las reglas de la FIFA, la inscripción no sería posible hasta que la asociación nacional del antiguo club solicitara la emisión del Certificado de Transferencia Internacional (“ITC”).

El CRD de la FIFA estimó parcialmente la solicitud del Lokomotiv de Moscú, condenando al Jugador al pago de una in-

demnización de 10,5 millones de euros. Sin embargo, determinó que las disposiciones del artículo 17(2) del RSTP vigentes no eran aplicables, por razones excepcionales.¹ Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (“TAS”), que la confirmó.

Al considerarse perjudicado por las normas aplicadas por la FIFA, el Jugador decidió acudir a los tribunales belgas (Tribunal de Comercio de Hainaut, división de Charleroi) para reclamar el pago de 6.000.000 de euros en concepto de lucro cesante. El tribunal estimó la solicitud del Jugador, pero condenó a la FIFA y a la RFBF a pagarle sólo una cantidad provisional.

La FIFA y la RFBF recurrieron esta sentencia ante el Tribunal de Apelación de Mons que, al enfrentarse al caso, decidió plantear algunas cuestiones prejudiciales al TJUE. Las cuestiones eran las siguientes:

“Los artículos 45 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) deben interpretarse en el sentido de que prohíben:

- el principio de responsabilidad solidaria del jugador y del club que desea contratarlo en el pago de la indemnización debida al club con el que se rescindió el contrato sin causa justificada, tal y como se estipula en el artículo 17, apartado 2, del RSTP de la FIFA, junto con las sanciones deportivas previstas en el artículo 17, apartado 4, del mismo reglamento y las

¹ Véase la decisión 2015/A/4094 del TAD.

sanciones económicas previstas en el artículo 17, apartado 1;

- la posibilidad de que la asociación a la que pertenece el antiguo club del jugador no expida la ITC, necesaria para que el jugador sea fichado por un nuevo club, si existe un litigio entre el antiguo club y el jugador (artículo 9, apartado 1, del RSTP de la FIFA y punto 8.2.7 del anexo 3 del RSTP)”.

III. La decisión del TJUE

A. Los argumentos del Jugador

Para respaldar su argumentación, el Jugador alegó, en esencia, que las normas del reglamento FIFA que hacían a un nuevo club que lo fichara responsable solidario de la indemnización debida al Lokomotiv de Moscú, así como las que impedían que fuera inscrito por otro club sin que se hubiera emitido la ITC, eran contrarias a los artículos 45 y 101 del TFUE.

Cabe recordar que los artículos 45 y 101 del TFUE establecen lo siguiente:

Artículo 45 del TFUE:

“1. Se garantiza la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación de los trabajadores implicará la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. La libre circulación de los trabajadores incluye, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público,

seguridad pública o salud pública, el derecho a:

a) Responder a las ofertas de empleo que realmente se han hecho;

(b) circular libremente por el territorio de los Estados miembros con este fin;

c) Residir en uno de los Estados miembros para trabajar en él de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales;

d) Permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad laboral, en las condiciones que serán objeto de una reglamentación que establecerá la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán al empleo en la administración pública.”

Artículo 101 del TFUE:

“(1) Quedan prohibidos, por ser incompatibles con el mercado interior, todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) Fijar, directa o indirectamente, los precios de compra o venta, o cualesquiera otras condiciones de transacción;

b) Limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) Compartir mercados o fuentes de suministro;

d) Aplicar condiciones desiguales a servicios equivalentes con respecto a los socios comerciales, situándolos así en desventaja competitiva;

e) Supeditar la celebración de contratos a la aceptación por las otras partes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o de acuerdo con la práctica comercial, no tengan relación con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán declararse inaplicables:

- a cualquier acuerdo, o categoría de acuerdos, entre empresas,

- cualquier decisión, o categoría de decisiones, de asociaciones de empresas, y

- toda práctica concertada, o categoría de prácticas concertadas, que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que los usuarios conserven una participación equitativa en el beneficio resultante, y que:

- (a) no impongan a las empresas afectadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar dichos objetivos;

- (b) u ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”

El Jugador basa sus alegaciones en la línea de razonamiento inaugurada en la sentencia *Bosman* (TJUE Asunto C-415/93).

En primer lugar, el Jugador alega que el artículo 17.2 del RSTP crea un obstáculo a la contratación de jugadores por parte de los clubes, lo que perjudica tanto a los jugadores como a los clubes, máxime cuando la cuantía de la indemnización a la que pueden ser condenados solidariamente, por regla general, no se conoce en el momento en que las partes pretenden celebrar entre sí el contrato de trabajo, en virtud de los criterios contenidos en el artículo 17.1 del RSTP.

Por otra parte, el apartado 4 del artículo 17 del RSTP agrava este problema, ya que establece la presunción de que el nuevo club indujo al jugador a romper su contrato laboral con el club anterior, exponiéndole, en determinados casos, a una sanción deportiva.

Por último, el Jugador subraya que la norma del artículo 9, apartado 1, del RSTP y del punto 8.2.7 del anexo 3 contribuye a estos obstáculos, en la medida en que prohíbe la emisión del ITC por parte de la asociación nacional de fútbol a la que pertenece el antiguo club en situaciones en las que existe un litigio entre esta última y el jugador derivado de la rescisión prematura y no acordada del contrato de trabajo del jugador, lo que genera un impedimento para la reinscripción del jugador.

B. Los argumentos de la FIFA y la RFBF

En sentido contrario, la FIFA y la RFBF consideraron que las normas en cuestión debían analizarse a la luz del principio de

la especificidad del deporte, expresamente previsto en el artículo 165 del TFUE.

En opinión de estas asociaciones, incluso si estas normas tuvieran por efecto crear un obstáculo a la libre circulación de trabajadores o a la competencia, siempre habría que considerarlas justificadas, ya que persiguen los objetivos legítimos de:

- i. Garantizar la estabilidad contractual entre clubes y jugadores;
- ii. Garantizar la estabilidad de los clubes en la competición;
- iii. Preservar la integridad y la normalidad de las competiciones;
- iv. Protección de los futbolistas profesionales.

La FIFA sostiene que las normas en cuestión son esenciales para garantizar que, en el ámbito de las competiciones futbolísticas organizadas, los diversos clubes estén sujetos a un conjunto uniforme de normas reglamentarias y técnicas. Además, estas normas cumplen una función esencial, que es mantener un cierto grado de estabilidad en la composición de los equipos, sin la cual la competencia entre clubes podría verse distorsionada.

Asimismo, la FIFA subraya que la responsabilidad solidaria de los nuevos clubes queda excluida, en la mayoría de los

casos, cuando un jugador firma con el nuevo club después de la fecha de expiración del contrato anterior; y la FIFA también afirma que en situaciones en las que la nueva asociación nacional de fútbol o el jugador solicitan la emisión de la ITC, los servicios de la FIFA la emiten automática e inmediatamente de forma provisional.

C. Conclusiones del Abogado General

Ante el reenvío prejudicial, el asunto fue asignado al Abogado General M. Spuznar (“AG”), quien presentó sus observaciones. En su formulación resumida, que consideramos que es útil, el AG aclara que el asunto se centra en si “(...) *los artículos 45 y 101 TFUE se oponen a la aplicación de normas, como las adoptadas por la FIFA, que establecen que: “(1) el jugador y el club que desea ficharlo son solidariamente responsables de la indemnización debida al club cuyo contrato con el jugador fue rescindido sin justa causa; y (2) la asociación a la que pertenece el antiguo club del jugador tiene la posibilidad de negarse a expedir el CIT necesario para que el jugador sea fichado por un nuevo club en caso de litigio entre el antiguo club y el jugador.”*”²

Por lo que respecta a las restricciones en virtud del artículo 45 del TFUE (libre circulación de los trabajadores), el AG es categórico al afirmar que las normas en cuestión (artículos 9, apartado 1, y 17, apartados 1, 2 y 4, del RSTP, así como el

² Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, apartado 29

artículo 8, apartado 2, punto 7, del anexo del RSTP) tienen carácter restrictivo, en particular porque:

- i. Es probable que desalienten o disuadan a los clubes de fichar al jugador por temor a exponerse a un riesgo financiero o a sanciones deportivas.
- ii. Pueden impedir a un jugador ejercer su profesión en un club situado en otro Estado miembro, debido a la no emisión de la ITC.

Por lo que respecta al artículo 101, apartado 1, del TFUE, el AG reforzó que las disposiciones controvertidas constituían decisiones de asociaciones de empresas³, que podían afectar al comercio entre Estados miembros en el sentido de dicha disposición, aplicando por analogía las conclusiones de la sentencia Royal Antwerp Football Club.

A continuación, el AG señaló que de la combinación de esas disposiciones controvertidas resultaría que “(...) en cuanto un jugador rescinde un contrato sin causa justificada, debe pagarse una indemnización y se le imponen sanciones deportivas graves. Además, de acuerdo con el punto 8.2 del Anexo 3 del RETJ, ese jugador no percibirá el CIT que permite a un club convocarlo para un partido. En otras palabras, las consecuen-

cias de que un jugador rescinda su contrato sin causa justificada son tan drásticas que es muy poco probable que un jugador opte por esta vía. Las disposiciones controvertidas están concebidas para tener un efecto disuasorio e inhibitor sobre los jugadores. Lo mismo cabe decir de los clubes potencialmente interesados en seducir a los jugadores ofreciéndoles nuevas oportunidades mientras su contrato sigue en vigor. El “precio” de tal operación sería extremadamente alto”.⁴ (Dictamen, apartados. 52-53).

Basándose en estas conclusiones⁵, y en el hecho de que la contratación de jugadores profesionales es uno de los pilares esenciales de la competencia entre los clubes de fútbol profesional, el AG concluye que las normas en cuestión tienen por objeto restringir la competencia porque “[e]n una situación en la que un contrato se rescinde sin causa justificada, las disposiciones controvertidas tienen por objeto frenar la competencia. No veo cómo esa hipótesis no podría equipararse a una restricción de la competencia por objeto”⁶.

Llegados a este punto, el AG sigue siendo bastante tajante al afirmar que, en su opinión, ni siquiera existe la posibilidad de encontrar una “exención” para las normas impugnadas del RSTP en virtud del apartado 3 del artículo 101 del TFUE, ya que no pueden considerarse

³ Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, apartados 81-83

⁴ Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, apartados 52-53

⁵ Sentencia del Royal Antwerp Football Club, asunto C-680/21, apartado 107.

⁶ Abogado General Maciej Szpunar, apartado 56

cumplidos los requisitos establecidos en el mismo⁷. Dicho esto, concluye que el artículo 101 TFUE se opone a las normas del RSTP impugnadas por el Jugador.

A pesar de llegar a esta conclusión, el AG no dejó de analizar las posibles justificaciones, al perseguir uno o varios objetivos legítimos de interés general, que podrían justificar la validez de las normas controvertidas, a saber, en virtud del apartado 3 del artículo 45 del TFUE o por razones imperiosas de interés general, siempre que estas excepciones se validaran sobre la base del principio de proporcionalidad⁸.

La conclusión del AG puede resumirse en unos breves puntos:

- i. **Identificación de una razón imperiosa de interés general:** el AG aceptó el argumento de la FIFA y de la RFBF de que estas disposiciones pretendían mantener la estabilidad contractual en el sector del fútbol profesional y, más concretamente, garantizar el cumplimiento de las

obligaciones asumidas por jugadores y clubes.

- ii. **Adecuación:** en general, el AG reconoció que las normas en cuestión podían alcanzar el objetivo legítimo propuesto.
- iii. **Necesidad:** en opinión del AG, las restricciones impuestas por las normas controvertidas van más allá de lo necesario para perseguir el objetivo legítimo fijado, en la medida en que no ve cómo el nuevo club podría demostrar su inocencia, ni atribuye seguridad jurídica al hecho de que la RDC de la FIFA pudiera “descartar” la aplicación de la responsabilidad solidaria del nuevo club. Además, la posibilidad de rechazar la emisión de la ITC por el simple hecho de que el Jugador no haya respetado las cláusulas del contrato de trabajo tampoco fue del agrado del AG.

Así pues, el AG llega a la conclusión de que los artículos 45 y 101 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se

⁷ El beneficio de esta exención depende del cumplimiento de cuatro requisitos acumulativos, a saber: (i) un grado suficiente de probabilidad de que la decisión de las empresas genere eficiencias, (ii) que una parte equitativa de dichas eficiencias se reserve a los usuarios, (iii) que la decisión no imponga a las empresas participantes restricciones que no sean indispensables para la realización de dichas eficiencias y (iv) que la decisión no ofrezca a las empresas participantes la posibilidad de eliminar toda competencia efectiva respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate (según la sentencia “European Superleague Company”, TJUE asunto C-333/21, apartado 190).

⁸ Es decir, si la existencia de dichas normas, a pesar de restringir la libertad de circulación, puede justificarse por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, o por razones imperiosas de interés general, y si deben ser adecuadas para garantizar, de manera coherente y sistemática, la consecución del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo [sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, apartado 104); de 16 de marzo de 2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, apartado 38).

oponen a las normas de la FIFA analizadas. Como veremos a continuación, el TJUE ha aclarado con mayor precisión cómo considera que deben interpretarse estas normas.

D. Conclusiones del TJUE

Entrando en el fondo del asunto, el TJUE comenzó su análisis aclarando las cuestiones a las que, en su opinión, había que dar respuesta:

“Si los artículos 45 TFUE y 101 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa adoptada por un organismo de Derecho privado que tiene por objeto, en particular, regular, organizar y controlar el fútbol a nivel mundial, y que establece:

- Por una parte, que un futbolista profesional que es parte en un contrato de trabajo, al que se imputa la rescisión de dicho contrato sin justa causa, y el nuevo club que lo contrata tras dicha rescisión, son responsables solidarios del pago de la indemnización debida al club anterior al que dicho jugador representaba, y que debe fijarse en función de los distintos criterios enumerados en dicha normativa;

- En segundo lugar, en caso de que se fije al jugador profesional durante un período protegido por el contrato de trabajo rescindido, el nuevo club incurre en una sanción deportiva consistente en la prohibición de inscribir a nuevos jugadores durante un período determinado, a menos

que demuestre que no incitó a dicho jugador a rescindir el contrato en cuestión, y

- En tercer lugar, que la existencia de un litigio relativo a dicha rescisión de contrato impide que el organismo nacional de fútbol del que forma parte el antiguo club expida el CIT necesario para la inscripción del jugador en el nuevo club, con la consecuencia de que dicho jugador no puede participar en competiciones de fútbol representando a ese nuevo club.”⁹

En la línea de una de las sentencias más recientes y famosas, el asunto “European Superleague Company”, los jueces reforzaron la idea de que el deporte es una actividad económica que debe someterse a las normas aplicables del derecho europeo, quedando exentas de esta aplicación únicamente aquellas normas que hayan sido adoptadas por motivos exclusivamente no económicos¹⁰.

En el caso de autos, las normas en cuestión tienen, según el Tribunal, efectos sobre las relaciones laborales de los jugadores profesionales y afectan a su capacidad para participar en competiciones, que es el objeto esencial de su actividad económica. Por lo tanto, no existe razón alguna para que no estén sujetas al control de los artículos 45 y 101 del TFUE.

En cuanto a la compatibilidad de las normas en cuestión con el artículo 45 TFUE, el Tribunal no dudó en dar la razón al Abogado General y reafirmar que

⁹ Sentencia “Lassana Diarra”, TJUE, asunto C-650/22, apartado. 74

¹⁰ En este contexto, el Tribunal de Justicia pone el ejemplo de las normas relativas a la exclusión de jugadores extranjeros de la composición de los equipos que participan en determinadas competiciones en las que representan a sus países (Sentencia “European Superleague Company”, TJUE, asunto C-333/21, apartado 84).

este conjunto de normas de la FIFA puede crear una desventaja para los futbolistas profesionales que tengan su domicilio en un Estado miembro y desean continuar su actividad en otro, en situaciones en las que su contrato de trabajo con su antiguo club se rescinde unilateralmente, por razones que pueden ser, o no, justificadas. Los clubes se enfrentan así a riesgos elevados e imprevisibles y a la posibilidad de incurrir en enormes responsabilidades financieras y deportivas, lo cual tiene el efecto de disuadirles de fichar a cualquier jugador en estas condiciones.¹¹

Son las siguientes normas las que, según el TJUE, dejan clara esta conclusión:

- i. La determinación, aunque sea con carácter supletorio y utilizando criterios “imprecisos”, de la indemnización debida por cualquier jugador a su antiguo club en caso de rescisión sin justa causa del contrato de trabajo (apartado 1 del artículo 17 del RSTP);
- ii. La norma según la cual todo club que fiche a un jugador puede ser considerado responsable solidario de la indemnización al club anterior (apartado 2 artículo 17 del RSTP);
- iii. La presunción, aunque refutable, de incitación a la rescisión

del contrato por parte del Jugador aplicable a los nuevos clubes, que resulta en la sanción de la prohibición de inscribir jugadores para el nuevo club (n.º 4, artículo 17 RSTP).

Por otro lado, la prohibición de emisión de la ITC a un jugador que mantiene un litigio contractual con su antiguo club relacionada con la rescisión unilateral y prematura de un contrato de trabajo también fue considerada por el TJUE como un obstáculo claro para que los jugadores ejerzan su actividad en cualquier Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, ya que imposibilita que el jugador se inscriba en un club “extranjero” y, por tanto, les disuade de fichar.

Concluyendo de esta manera, y siguiendo en gran medida el razonamiento del AG, el Tribunal pasó a buscar posibles razones que pudieran justificar estas restricciones a los derechos del artículo 45 del TFUE, siendo que correspondía a la FIFA buscar la justificación de estas medidas, dado que ella era la autora de las mismas¹².

Una vez analizados los argumentos de la FIFA y de la RFBF, el TJUE comenzó por señalar que la protección de los trabajadores no es uno de los objetivos estatutarios de la FIFA y que ésta no tiene encomendado este objetivo por ninguna autoridad, lo que le impediría, desde

¹¹ Sentencia “Lassana Diarra”, TJUE, asunto C-650/22, apartado 92

¹² Sentencia “European Superleague Company”, TJUE asunto C-333/21, apartado 252 y sentencia “Royal Antwerp Football Club”, C-680/21, apartado 142

luego, hacer prosperar cualquier argumento basado en esta premisa. Por otra parte, el TJUE reconoció la legitimidad *a priori* del objetivo de la FIFA de garantizar la regularidad de las competiciones deportivas, a saber, mediante normas que garanticen un mínimo de estabilidad contractual, evitando así alterar la composición de los equipos a mitad de competición, lo que sería contrario al principio de mérito deportivo en el que se basa el modelo competitivo del fútbol.

Sin embargo, aunque persiguen un objetivo legítimo, y son capaces de alcanzarlo (la estabilidad contractual), estas normas fueron consideradas por el TJUE como desproporcionadas, en la medida en que van “más allá” de lo que sería necesario para alcanzar este objetivo, a saber:

- i. La norma del apartado 1 del artículo 17 del RSTP no es suficientemente precisa en los criterios que enumera para la indemnización que deben pagar los jugadores a sus antiguos clubes, en primer lugar, al no aclarar el concepto de “justa causa” ni garantizar la aplicabilidad de la “legislación vigente en el país en cuestión”, criterio este último poco utilizado. Asimismo, los demás criterios también fueron considerados por el tribunal imprevisibles, inciertos o desproporcionados, por lo que no los consideró necesarios para garantizar la regularidad de las competiciones.

- ii. Por lo que respecta al apartado 2 del artículo 17 del RSTP, el tribunal concluye en el mismo sentido, ya que la responsabilidad solidaria del nuevo club se aplica precisamente a la indemnización calculada en los términos del apartado 1 del artículo 17 RSTP con las deficiencias señaladas.
- iii. En cuanto a las sanciones deportivas que deben imponerse a los clubes basándose en la presunción de que han “inducido” a otros jugadores, el Tribunal señala (i) la imposibilidad de modelarla “caso por caso” y (ii) la aplicación automática de esta presunción, sin que nada parezca justificarla, como indicios de la excesividad de esta norma. Además, el Tribunal recuerda que la potestad sancionadora de la FIFA debe respetar los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad, lo que exige una ponderación del caso concreto y la capacidad efectiva de controlar los criterios en los que se basa la aplicación de dichas sanciones.
- iv. La prohibición de emitir la ITC en caso de litigio contractual entre el jugador y su antiguo club, prevista en el artículo 8.2.7 del apéndice 3 del RSTP, podría dar lugar, como mínimo,

a que se impidiera al jugador continuar su actividad profesional, así como a que el nuevo club no pudiera inscribirlo y utilizarlo, lo que es claramente contrario a la ética profesional, ya que prescinde por completo de los elementos del caso concreto (el contexto fáctico, la conducta del jugador y del club, etc...).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el Tribunal llega a la conclusión de que el artículo 45 del TFUE se opone a los efectos que dichas normas de la FIFA pueden generar¹³.

Pasando a analizar si las normas del reglamento de la FIFA identificadas son compatibles con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE, se llega a las siguientes conclusiones:

- i. La FIFA, como organismo que puede considerarse una “asociación de empresas”, verá sus decisiones sujetas a los mandatos del apartado 1 del artículo 101 del TFUE.
- ii. En este caso concreto, las normas de la FIFA identificadas tienen la capacidad de afectar al comercio entre Estados miembros, en la medida en que el artículo 1(1) del RSTP establece que las normas establecidas por

este reglamento tienen un alcance global.

- iii. Es legítimo que una organización como la FIFA busque garantizar la estabilidad de la composición de las plantillas de los equipos durante una temporada determinada, por ejemplo, prohibiendo la rescisión unilateral de los contratos de trabajo durante la temporada o incluso durante un año determinado.
- iv. No obstante, tal restricción no puede ser tan drástica y permanente que haga imposible o restrinja gravemente la posibilidad de que los clubes participen en competiciones transfronterizas contratando unilateralmente a jugadores ya inscritos por un club establecido en otro Estado miembro o respecto de los cuales se alegue que se ha producido una rescisión sin justa causa del contrato de trabajo.
- v. Del análisis de las normas controvertidas en el asunto se desprende que, por su propia naturaleza, son capaces de causar un alto grado de perjuicio a la competencia que los clubes podrían ejercer mediante la contratación unilateral de jugadores con un club o con un contrato de trabajo supuestamente rescindido sin justa causa, por

¹³ Sentencia “Lassana Diarra”, TJUE, asunto C-650/22, apartado. 114

lo que debe entenderse que tienen por objeto restringir, o incluso impedir, la competencia en todo el territorio de la Unión.

- vi. Estas reglas de la FIFA, entendidas como una decisión de una asociación de empresas, tampoco pueden beneficiarse, a priori, de la exención prevista en el apartado 3 del artículo 101 del TFUE, en la medida en que no parecen indispensables o necesarias para lograr ganancias de eficiencia, suponiendo que éstas existan.

A la vista de lo anterior, el TJUE concluyó finalmente que el artículo 101 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que las normas de la FIFA aquí controvertidas, tal como han sido interpretadas y sometidas a su decisión prejudicial, constituyen una decisión de una asociación de empresas que está prohibida por el apartado 1 de dicho artículo y que sólo puede beneficiarse de una exención en virtud del apartado 3 del mismo artículo si se demuestra, mediante argumentos y pruebas convincentes, que se cumplen todos los requisitos para ello¹⁴.

IV. Consecuencias para el sistema de resolución de litigios de la FIFA

A. La necesidad de cambiar el FIFA RSTP

A primera vista, se podría pensar que esta decisión del TJUE sólo tendría repercusiones en el sistema de transferencias de la FIFA, tal como está legislado actualmente.

Y, dentro de ese sistema, sólo una pequeña parte, la relacionada con las transferencias internacionales de jugadores que rescinden, supuestamente sin causa justificada, sus vínculos con sus antiguos clubes. Pero no es así, y es importante entender las reglas que la FIFA deberá modificar en sus reglamentos.

Para empezar, el propio TJUE, como se desprende de lo anterior, deja abierta la posibilidad y legitimidad de que la FIFA cree normas e imponga sanciones que sean proporcionadas y necesarias, así como que se rijan por criterios transparentes, objetivos, no discriminatorios y proporcionados, reconociendo que el objetivo de estabilidad contractual es, en abstracto, legítimo desde el punto de vista jurídico.

Esto significa, en esencia, que la FIFA tiene “vía libre” para empezar a revisar sus reglamentos a fin de hacerlos más compatibles y adecuados con la legislación de la Unión Europea.

La forma en que la FIFA lo haga será, por tanto, uno de los puntos de mayor inte-

¹⁴ Sentencia “Lassana Diarra”, TJUE, asunto C-650/22, apartado. 158

rés para los seguidores del derecho deportivo en los próximos meses y años.

En primer lugar, por lo que se refiere a la cuestión del apartado 1 del artículo 17 del RSTP, relativo al importe de la indemnización, no será difícil para la FIFA mejorar dicha disposición para que responda, en lo esencial, a las necesidades de mayor transparencia, objetividad y previsibilidad que se le han señalado. Sin embargo, será interesante ver cómo la FIFA construirá una solución homogénea sabiendo que el TJUE no quedó convencido de que ignorar las normas nacionales fuera proporcionado, ni tampoco le convencía el uso de criterios vagos como la “especificidad del deporte”¹⁵. En este punto, podríamos decir, que, para una aplicación homogénea de las reglas de la FIFA de manera global, podría ser ventajoso, incluso según el principio de la especificidad del deporte, establecer criterios que vayan más allá de las barreras nacionales. De lo contrario la invocación de legislaciones nacionales variadas podría conducir a soluciones muy dispares.

Por otro lado, la responsabilidad solidaria de los clubes que contratan a jugadores en caso de rescisión unilateral y sin justa causa de contratos de trabajo anteriores (artículo 17.2 del RSTP) también está bajo la lupa, ya que se ha considerado desproporcionada, al no tener en cuenta las circunstancias específicas del caso en cuestión. El poder disuasorio de

esta norma será difícil de replicar con otra que introduce nuevos elementos que limitan la responsabilidad solidaria, pero el TJUE ha dejado la puerta abierta a que la norma sea “mejorada” y supla las carencias que se han señalado.

La presunción de que el nuevo club indujo al jugador a rescindir el contrato anterior, prevista en el apartado 4 del artículo 17 del RSTP, así como las sanciones aplicables en caso de que el jugador se encuentre en el “periodo protegido”, también se ven seriamente afectadas por esta decisión, al considerar el TJUE que estos mecanismos son desproporcionados. En este sentido, resulta evidente que la FIFA tendrá que añadir algún requisito para que la presunción de que el nuevo club indujo al jugador pueda “funcionar”. En cuanto a las sanciones previstas, el TJUE ha sido muy claro al afirmar que no pueden “abstraerse” de la situación concreta en análisis, pues de lo contrario no serán proporcionales, y que además deben ser objeto de una fiscalización específica (en este sentido, sentencia *European Superleague Company*, asunto C-333/21 257).

Por último, la FIFA también se verá obligada a modificar el anexo 3 del RSTP, en particular en lo que respecta al punto 8.2.7, que prohíbe a la federación anterior, de manera general y automática, salvo circunstancias excepcionales que nunca concretadas, emitir la ITC si ha existido un litigio entre el jugador y el

¹⁵ Sentencia “Lassana Diarra”, TJUE, asunto C-650/22, apartado 106

club anterior relativo a la ausencia de acuerdo mutuo. El TJUE también considera que esta norma es desproporcionada, ya que no tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto. Creemos que, en este punto, la FIFA no tendrá dificultad en reformular la norma que, por otra parte, ya ha sido superada en numerosas ocasiones por cuestiones provisionales. En cualquier caso, se trata de un “pilar” más del sistema de transferencias y disuasión que empieza a desmoronarse¹⁶.

Cabe añadir que estas consideraciones no son baladíes, puesto que la propia FIFA ya ha informado a sus *stakeholders* de que procederá a reformular el artículo 17 del RSTP, utilizando un foro de debate global abierto a todos los que deseen contribuir. Además, los “defectos” señalados por el TJUE en las normas analizadas pueden, en gran medida, extrapolarse a otras partes del RSTP, lo que podría dar lugar a un aumento de los litigios sobre la validez de estas normas.

Todas estas circunstancias tendrán, sin duda, efectos interesantes sobre las estrategias de los clubes y sus planteamientos en las ventanas de transferencias; pero más allá de este contexto, también se dejarán sentir los efectos de esta decisión y las que la precedieron, dibujando un escenario “dantesco” para la FIFA, especialmente en lo que respecta a su sis-

tema de resolución de disputas. Intentaremos explicarlo.

B. La erosión del efecto disuasorio de las sanciones previstas en el RSTP

En primer lugar, cabe señalar que el sistema de resolución de disputas de la FIFA se basa en una normativa que pretende ser lo más uniforme posible, de forma que se pueda garantizar la igualdad de trato independientemente de la jurisdicción de las partes. De hecho, los órganos de resolución de disputas de la FIFA son elementos esenciales para garantizar el funcionamiento homogéneo de la justicia deportiva en el fútbol, ya que permiten la aplicación uniforme, centralizada y homogénea de la normativa de la FIFA a nivel mundial, sin que ésta se vea “afectada” por las enormes diferencias entre los derechos nacionales de las partes implicadas. Este sistema también se basa en el hecho de que las decisiones de estos órganos son “ejecutables” en la práctica apelando a los mecanismos disuasorios establecidos en los reglamentos, a saber, las sanciones deportivas, cuya aplicación se traduce la mayoría de las ocasiones en una paralización a gran escala de la actividad de los clubes o en la posibilidad de que los jugadores presten sus servicios a los equipos que los contratan¹⁷. Es por ello que, a pesar de que las Cámaras de Resolución de Disputas de la FIFA no tienen la consideración de tribunales arbitrales y,

¹⁶ Publicado en: <https://inside.fifa.com/legal/football-regulatory/global-discussion-forum>

¹⁷ CAS 2009/A/1880 y CAS 2009/A/1881, apartado 50

en consecuencia, sus decisiones no sean ejecutables judicialmente, el sistema de resolución de disputas de la FIFA acaba obligando de forma inmediata a los clubes y agentes deportivos a cumplir las decisiones emitidas una vez que éstas son firmes.

Las sanciones impuestas por la FIFA tienen una repercusión inmediata en el ámbito competitivo de clubes y jugadores ya que la FIFA tiene el “monopolio” de la regulación del fútbol a nivel mundial, consiguiendo así que los castigos impuestos se apliquen en todas las federaciones nacionales que forman parte de ella. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en las situaciones de incumplimiento por parte de los clubes de las decisiones económicas emitidas por la FIFA, situación en la que, en base a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 24 del RSTP, los clubes pueden ser sancionados con prohibiciones de fichajes de hasta tres temporadas consecutivas, y los jugadores con restricciones para participar en partidos oficiales de hasta seis meses.

Dicho esto, la duda planteada por la sentencia Lassana Diarra aquí analizada, y también por las sentencias más recientes del TJUE en otros casos, se reduce esencialmente en saber si la reformulación de los reglamentos de la FIFA, en particular de las sanciones previstas en los mismos, para que puedan ajustarse a la determinado por el TJUE, supondrá o no una erosión del potencial disuasorio que, hasta ahora, ha sido el principal ele-

mento y garante de la estabilidad de las competiciones futbolísticas.

En este punto, creemos que es probable que se produzca esta erosión, en la medida en que se abre la vía para considerar desproporcionadas varias de las normas del RSTP, especialmente en lo que se refiere a las sanciones, muchas de las cuales tenían este efecto debido a su automaticidad e inflexibilidad. No obstante, no descartamos que se encuentren soluciones capaces de mantener la eficacia del sistema de resolución de litigios de la FIFA. Simplemente nos parece que, decisión tras decisión, el TJUE ha ido reduciendo drásticamente el margen de libertad que la “especificidad del deporte” ha venido justificado.

Si bien es cierto que el deporte, como actividad económica, no puede quedar fuera del ámbito de aplicación de las normas del Derecho de la Unión Europea, no es menos cierto que éstas también deben aplicarse respetando las especificidades de este ámbito, y éste es un principio consagrado actualmente en el artículo 165 del TFUE, que pretende proteger la dimensión europea del deporte, sin olvidar sus especificidades. Aunque la definición de este concepto sigue siendo objeto de acalorados debates en la actualidad, creemos que la formulación del Panel del caso CAS 2013/A/3375 & 3376 comprende la esencia de este principio:

“4. De acuerdo con la jurisprudencia del TAS, la especificidad del deporte debe tener en cuenta, obviamente, la naturaleza

independiente del deporte, la libre circulación de los jugadores, pero también el fútbol como mercado. La especificidad del deporte no entra en conflicto con el principio de estabilidad contractual y el derecho de la parte perjudicada a ser indemnizada por todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la otra parte. Esta regla es válida tanto si el incumplimiento es del jugador como del club. El criterio de la especificidad del deporte deberá ser utilizado por un jurado para verificar que la solución alcanzada es justa y equitativa no sólo desde el punto de vista estricto del derecho civil (o común), sino también teniendo debidamente en cuenta la naturaleza y las necesidades específicas del mundo del fútbol. Por consiguiente, el órgano juzgador deberá tener debidamente en cuenta la naturaleza y las necesidades específicas del deporte, a fin de alcanzar una solución que tenga en cuenta no sólo los intereses del jugador y del club, sino también los de toda la comunidad futbolística.”

Diríamos también que sin una reglamentación internacional que garantice normas sustancialmente iguales para las partes de distintas nacionalidades, será muy difícil que prospere el sistema de resolución de litigios de la FIFA, o el de cualquier otra asociación a la que se haya confiado la tarea de regular internacionalmente un deporte. Este sistema es actualmente el medio más fácil para que las partes de diferentes nacionalidades obtengan decisiones justas y acordes con las características especiales del fútbol;

sin la definición clara de reglas uniformes, esta utilidad podría perderse fácilmente por la aplicación de diversas leyes nacionales.

El desmantelamiento de las formas de regulación propias de la FIFA también podría constituir un ataque a la *lex sportiva*, en el sentido de que se identifica a sí misma como un sistema transnacional de normas que se ha convertido en un subsistema social autónomo y autosuficiente y que se ha consolidado respetando un tipo de jurisdicción internacional construida en el seno del TAS y mediante el recurso al mismo.

V. Conclusión

La decisión del TJUE en el caso Lassana Diarra, combinada con las otras tres decisiones ya conocidas este año¹⁸, deja una clara sensación de que el deporte se enfrentará, en un futuro próximo, a varios desafíos en lo que respecta a las normativas en conflicto con el Derecho de la Unión Europea. No creemos que se trate de una sentencia Bosman “2.0”, como algunos la califican, sino más bien de otra decisión del TJUE que pone en tela de juicio partes de la arquitectura de la reglamentación del fútbol mundial -simplemente no parece que vaya a “darle la vuelta por completo”, especialmente en lo que se refiere al sistema de transferencias, que en gran medida seguirá siendo el mismo que conocemos hoy, aunque

¹⁸ Sentencia European Superleague Company, TJUE asunto C-333/21, sentencia Royal Antwerp Football Club, C-680/21 y sentencia International Skating Union, TJUE asunto C-124/21P.

puede que se produzca una erosión gradual de la estabilidad contractual.

Y si bien es cierto que la FIFA se ve a sí misma como un “regulador global”, no es menos cierto que el mercado del fútbol concentra la inmensa mayoría de su valor en el continente europeo. Por lo tanto, las implicaciones que las decisiones del TJUE tendrán en los futuros reglamentos de la FIFA repercutirán a nivel mundial, entre otras cosas por la necesidad de estandarizar las normas, algo en lo que, a nuestro entender, la FIFA tiene razón.

Cabe señalar que las instituciones europeas, en su misión de aplicar el Derecho de la Unión Europea, han venido realizando una labor que, de facto ha dado lugar a una ampliación, de este cuerpo normativo a ámbitos de la economía que, en ocasiones, necesitan un análisis más profundo y especializado. No queremos decir con esto que el TJUE haya decidido “mal”, porque no entendemos así su decisión, sino que nos parece evidente que, en el enfrentamiento entre la especificidad del deporte y la imparable expansión del Derecho de la Unión Europea, ha sido este último el que ha ganado la “batalla”.

No obstante, siguiendo esta línea de decisión, nos parece inevitable que, en los próximos años, sigamos asistiendo a una serie de casos y sentencias que impondrán cambios en los reglamentos de la FIFA y de otras federaciones internacionales, en la medida en que las conclusiones extraídas por el TJUE en los casos

más recientes constituyen una auténtica “guía” para que los agentes deportivos impugnen las normas vigentes. Esta es también la razón por la que las instituciones deportivas internacionales desempeñarán un papel extremadamente importante en la evolución de la *lex sportiva* en los próximos años, cuyo concepto, ya de por sí discutible, corre el riesgo de sufrir cambios radicales en un futuro próximo.

En conclusión, y considerando todo lo anterior, no podemos dejar de hacernos una pregunta: ¿es este camino que se ha ido trazando, de progresiva “erosión” de la especificidad del deporte, acercándolo cada vez más a las demás actividades económicas, el más adecuado para garantizar que se regule de manera uniforme, previsible y global?

Sobre la traducción: La traducción de los clásicos del derecho, y muy especialmente de aquellos textos fundacionales en el ámbito del derecho comparado, reviste una importancia trascendental para el desarrollo del derecho, pues nos brinda acceso directo a las reflexiones, nociones y matices que conformaron la evolución de las instituciones jurídicas en distintos sistemas. Al traducir al español obras clásicas sobre arbitraje y comparativismo, no solo enriquecemos y ampliamos el horizonte de referencias doctrinales, sino que también profundizamos en el entendimiento de las razones que subyacen a las diferencias institucionales jurídicas entre países. Este ejercicio comparativo nos permite, a su vez, cuestionar y perfeccionar nuestras propias normas, al identificar prácticas más eficaces o principios esenciales presentes en otras tradiciones jurídicas. En definitiva, vemos que la traducción de este texto constituye una herramienta imprescindible para quienes buscan comprender en toda su riqueza la naturaleza del arbitraje y avanzar hacia su regulación y aplicación más coherentes y adaptadas a la realidad.

Regarding the translation: The translation of legal classics, and especially those foundational texts in the field of comparative law, holds a transcendental importance for the development of law, as it grants us direct access to the reflections, concepts, and nuances that shaped the evolution of legal institutions across different systems. By translating into Spanish canonical works on arbitration and comparative law, we not only enrich and broaden the horizon of doctrinal references, but also deepen our understanding of the reasons underlying the differences in legal institutions between countries. This comparative exercise, in turn, enables us to question and refine our own rules by identifying more effective practices or essential principles present in other legal traditions. Ultimately, we see that translating this text constitutes an indispensable tool for anyone seeking to fully grasp the nature of arbitration and to advance toward its regulation and application in a manner that is both more coherent and better adapted to real-world needs.

* Texto de la conferencia impartida el 12 de diciembre de 1958 en el Centre Français de Droit Comparé durante la Asamblea General de la Société de Législation Comparée, presidida por el Sr. Solus, presidente de la Sociedad. Antes de ceder la palabra al conferenciante, el Sr. Solus recordó que el Sr. David estudió arbitraje desde 1929 y que, en 1932, publicó en Roma, para el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado, un Informe sobre el arbitraje en derecho comparado.

** Traducción de Fernando Sanquírigo Pittevil de: René David, "Arbitrage et droit comparé", *Revue internationale de droit comparé* 11, núm. 1 (1959).

Palabras Claves: Arbitraje internacional | Derecho comparado | Laudo arbitral | Orden público internacional | Amigable composición | Pluralismo jurídico

Keywords: International arbitration | Comparative law | Arbitral award | International public policy | Amiable composition | Legal pluralism

* * *

El desarrollo del arbitraje constituye uno de los fenómenos más notables de nuestro siglo. El movimiento en favor del arbitraje se manifiesta en todos los ámbitos: derecho civil y derecho mercantil, derecho laboral, derecho internacional público. Se trata, además, de un fenómeno de carácter internacional, que no conoce las fronteras de los Estados, ni siquiera las más imprecisas de los “sistemas jurídicos”^{NT1}: el arbitraje prospera en Inglaterra, Canadá y Estados Unidos tanto como en Francia, Italia y Alemania; la palabra “arbitraje” goza asimismo de gran prestigio en la Unión Soviética y en las repúblicas populares, desde Polonia y Checoslovaquia hasta China.

La difusión actual del arbitraje y el carácter internacional que asume el desarrollo de esta institución confieren un interés particular al estudio del arbitraje en el derecho comparado. El interés de este estudio es tanto de orden teórico y de orden práctico: nosotros nos proponemos demostrar, en esta conferencia, en lo que respecta a la materia de arbitraje, el carácter verdaderamente indispensable de los estudios de derecho comparado y poner de relieve la variedad de aplicaciones de esos estudios.

Para ello, explicaremos sucesivamente, tres puntos de vista. En primer lugar, en

un plano puramente práctico: conviene demostrar que el derecho comparado no es materia de soñadores, sino que, muy al contrario, el comercio internacional necesita a los comparatistas. Dejando de lado el punto de vista práctico, nos situaremos luego en el plano teórico, para preguntarnos si la concepción del arbitraje es la misma en la concepción de los distintos sistemas jurídicos, y si esa similitud de los vocablos encubre o no una misma realidad. Finalmente, apoyándonos en las conclusiones a las que hayamos llegado en este análisis de la institución, nos plantearemos, en un tercer punto de vista, aquellas deducciones de *lege ferenda* que pueden extraerse, ya sea en relación con la mejora de nuestro derecho francés, ya sea en cuanto a la unificación del derecho del arbitraje, considerada sobre una base mundial o regional.

* * *

El punto de vista práctico no exige detenerse demasiado en él. Los problemas jurídicos que suscita el arbitraje se han estudiado hasta ahora principalmente en Francia desde la óptica del derecho francés de: derecho procesal civil^{NT2} y derecho internacional privado. Las cuestiones que han acaparado más atención han sido la validez de la cláusula compromisoria, la ejecución de los laudos arbitrales^{NT3}, especialmente los extranjeros, y

NT1 En original “systems of droit” que podría traducirse también como “ordenamientos jurídicos”.

NT2 En original “droit judiciaire privé”

NT3 En original “sentences arbitrales”

los recursos contra dichos laudos. Es natural que estas cuestiones se hayan abordado esencialmente en Francia desde el punto de vista del derecho francés, pero pronto se puso de manifiesto que una perspectiva estrictamente de derecho francés^{NT4} no podía mantenerse en este ámbito, y nuestros especialistas en derecho internacional privado tuvieron que, como suele ocurrirles con frecuencia, adentrarse en el terreno del derecho comparado.

Desde la teoría, sin duda es posible aplicar en puridad el derecho internacional privado francés para determinar en qué condiciones una cláusula compromisoria o un laudo arbitral extranjero serán reconocidos como válidos y declarados ejecutables por los tribunales franceses; sin embargo, ya en esta fase, como se sabe, resulta difícil prescindir de las normas de los sistemas jurídicos extranjeros, pues si no se conocen suficientemente, no será posible aplicar satisfactoriamente la norma del derecho francés.

¿Cómo juzgar, en particular, si el orden público ha sido violado, si los principios fundamentales de la justicia han sido conculcados, si no se conoce el sistema general del derecho extranjero en el marco del cual se organizó un arbitraje o se dictó un laudo? Los tribunales franceses consideran que un laudo dictado en Francia sin motivación es contrario al orden público; sin embargo, aceptan declarar ejecutable el laudo arbitral inglés que

carece de motivación. ¿Qué quiere decir esto? Explicar que las exigencias del orden público internacional son menores que las del orden público nacional no es una respuesta completa. Es preciso saber por qué sucede así, y creemos que solo es posible responder a esta cuestión si se considera, al aplicar un derecho extranjero, la totalidad de ese ordenamiento y no solo la norma estrictamente aplicable: aceptamos el laudo inglés, a pesar de su falta de motivación, porque sabemos que en el derecho inglés existen “factores compensatorios”, otras normas que no necesariamente existen en nuestro sistema y que garantizan la probidad del arbitraje. La distinción entre orden público nacional e internacional solo resulta aceptable en el fondo porque sabemos, sentimos, que está justificada por el derecho comparado.

Es más evidente la transición de los especialistas en derecho internacional privado hacia el derecho comparado cuando se les encarga elaborar convenciones internacionales y determinar, de *lege ferenda*, en qué condiciones aceptarían reconocer como válidas las cláusulas compromisorias o declarar ejecutables los laudos arbitrales extranjeros. La elaboración de las Convenciones de Ginebra y de Nueva York, al igual que la de cualquier convención internacional, exige un acuerdo fundado, como todo acuerdo, en concesiones recíprocas, al que sólo es posible llegar conociendo y

NT4 En original se indica que es desde una perspectiva nacional “qu’un point de vue strictement national”. Preferimos traducirlo de la forma que lo hemos hecho, por un tema de claridad en el lenguaje.

comparando nuestro sistema con los sistemas de los países extranjeros.

No obstante, no es en el ámbito del derecho internacional privado donde observamos el interés más directo de un estudio comparativo del arbitraje cuando nos situamos desde el punto de vista de la práctica. El interés principal de nuestro análisis, en este punto de vista, se manifiesta en una fase anterior a la ejecución del laudo, esto es en el momento en que se conviene el arbitraje y durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

Los juristas del continente europeo tenemos una marcada tendencia a considerar el derecho únicamente desde su aspecto contencioso, concentrando nuestra atención en la crisis que representa el proceso. Sin embargo, lo verdaderamente deseable es, ante todo, evitar esa crisis, brindando a las partes, en el momento de concluir sus convenios, todos los consejos necesarios para que sepan con exactitud cuál debe ser su conducta y cuáles son, de la forma más precisa posible, sus derechos y obligaciones.

Sin embargo, los malentendidos en torno a estos derechos y obligaciones son particularmente preocupantes cuando quienes entablan relaciones no comparten el mismo idioma ni la misma manera de ver las cosas y de pensar, como suele ocurrir en el comercio internacional. Aquí los comparatistas desempeñan un rol fundamental: deben actuar

como «consejeros jurídicos del comercio exterior», tal como los denominó Edouard Lambert. La cuestión resulta aún más relevante cuando consideramos el arbitraje.

Un comerciante se ve en la necesidad de incluir en su contrato una cláusula compromisoria que establezca un arbitraje en Londres, en Bremen, en Nueva York, en Moscú o en Praga. ¿Cuáles serán las consecuencias posibles de esta estipulación, ya sea en lo relativo al desarrollo mismo del procedimiento arbitral, a las posibilidades de ejecución del laudo o a los recursos susceptibles de interponerse contra ese laudo? El arbitraje regulado por el derecho inglés, el derecho alemán o el derecho checoslovaco puede presentar, y de hecho presentan, rasgos que lo distinguen claramente del arbitraje francés. Al tratarse de una institución universal, el comerciante francés puede fácilmente incurrir en la ilusión de que su regulación es idéntica en todos los países. Por este motivo, al negociar la cláusula corre el riesgo de no ponerse en la posición que desearía o que le resultaría más ventajosa; también, corre el riesgo, una vez iniciado el arbitraje, de desaprovechar ciertas facultades que le concede el derecho extranjero; y, por último, corre el riesgo de obtener un laudo que no pueda ser reconocido como ejecutable en el país en el que su contraparte posea bienes susceptibles de ejecución^{NT5}. En todos estos aspectos, el

NT5 En original “bien susceptibles d’être saisis”, en donde la traducción literal sería “bienes susceptibles de ser embargados”.

comparatista podrá ofrecer un asesoramiento verdaderamente útil.

Precisemos más el papel que le corresponde. La celebración de la cláusula compromisoria –el compromiso de someterse al arbitraje– no se rige, ni aquí y ni allá^{NT6}, por las mismas reglas. Aquí la cláusula es válida; allá no lo es. Aquí está sujeta a estrictas condiciones de forma; allá no se exigen tales formalidades y se deja al principio de la libertad contractual todo su alcance. Aquí, una vez válidamente celebrada, la cláusula compromisoria obliga a los jueces; allá los jueces cuentan con cierto poder discrecional para liberar a una de las partes de la obligación asumida. En todos estos aspectos, el comerciante necesita estar informado y asesorado para saber en qué situación se encuentra realmente y en qué medida él mismo o su contraparte están obligados a someterse al arbitraje.

La información y el asesoramiento serán igualmente útiles, si no necesarios, para indicarle si determinada controversia queda comprendida en la convención de arbitraje, conforme a la redacción empleada y de acuerdo con la normativa que gobierna la interpretación de esa fórmula y de la propia convención. Sería ingenuo pensar que la interpretación de los contratos se lleva a cabo con la misma técnica en todos los países. En los países de lengua inglesa en particular, la interpretación contractual difiere de la francesa, sobre todo porque allí se considera,

con más rigor que en Francia, que dicha interpretación pertenece al ámbito del derecho y no al de la valoración de los hechos; por ello, los «precedentes» judiciales desempeñan en Inglaterra un rol más importante que el que juegan la jurisprudencia en Francia cuando se trata de determinar cómo deben interpretarse los contratos, y en particular la cláusula compromisoria.

La opinión de un comparatista resultará útil para medir el alcance de determinada fórmula, ya sea contemplada o ya incorporada en una convención de arbitraje.

En una etapa ulterior, cuando se desarrolle el procedimiento arbitral, será necesario asesorar a nuestro comerciante francés. Podría existir un mecanismo procesal específico al que recurrir durante el arbitraje si desea salvaguardar sus derechos: me refiero principalmente al procedimiento conocido como “*case stated*”, que permite, bajo el derecho inglés, dirigirse a los tribunales para que indiquen a los árbitros cómo debe resolverse determinada cuestión jurídica que surge en el litigio. Si se hace uso de este procedimiento, las indicaciones que los jueces proporcionen a los árbitros los vinculan, y el laudo será anulado si no las han tenido en cuenta. En cambio, si no se recurre a este mecanismo, los árbitros serán libres de decidir como estimen oportuno, y el error de derecho cometido por ellos, salvo en circunstancias ex-

NT6 En original “n’est pas, ici et là” refiriéndose comparativamente a un sistema de derecho frente a otro sistema, sin que implique la referencia específica a sistemas de derecho en particular.

cepcionales, no permitirá impugnar el laudo.

Los comerciantes que participan en el comercio internacional necesitan constantemente ser informados y asesorados por juristas que conozcan los sistemas extranjeros; es preciso llamar su atención sobre normas o procedimientos que no conocen en el derecho francés. Por ejemplo, en el derecho italiano existen dos modalidades de arbitraje: el arbitraje “ritual” (rituale) y el arbitraje “libre”, sin formalidades (irrituale, libero); nuestro comerciante debe decidir si elegir o aceptar una u otra de estas formas. En el derecho alemán, en cambio, solo existe una modalidad de arbitraje; ¿será ésta equivalente a nuestro arbitraje propiamente dicho o a nuestro procedimiento de amigable composición?

Al escoger una u otra forma de arbitraje, al emplear uno u otro procedimiento, al redactar el laudo arbitral, es preciso tener en cuenta la legislación del país donde, de ser necesario, se pretenda solicitar la ejecución del laudo. En efecto, importa que las formas o procedimientos utilizados no constituyan un obstáculo a dicha ejecución. El derecho inglés o el derecho sueco, por ejemplo, desconocen la figura de la amigable composición. ¿Cabe, en una convención de arbitraje suscrita con un ciudadano inglés o sueco, insertar una cláusula de amigable composición, sin correr el riesgo de que el laudo emitido en Francia al amparo de tal convención no sea considerado en Inglaterra o en Suecia como un laudo arbi-

tral y, en consecuencia, no pueda ser declarado ejecutable? En Inglaterra y en Estados Unidos, por lo general, los laudos arbitrales no se motivan. ¿Será posible obtener con seguridad en Francia el exequátur de dichos laudos, o será necesario requerir a los árbitros ingleses o estadounidenses que se aparten de su práctica habitual y motiven su laudo cuando deba ejecutarse en Francia?

¿Qué pensar también –qué pensarán los tribunales franceses– de la práctica del arbitraje *ex parte*, habitual en determinados países, según la cual el árbitro designado por una de las partes decide sobre el litigio en calidad de árbitro único cuando la otra parte en la convención de arbitraje no designa a su árbitro, tal como le impone la convención de arbitraje?

¿Deben considerarse auténticos laudos arbitrales los que se dictan en la Unión Soviética por la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio Federal de la URSS, o cabe negarles tal carácter atendiendo a la índole del organismo del que emanan?

Sobre todos estos puntos no se puede informar ni asesorar a un comerciante francés si no se sabe qué implica un arbitraje en Londres, en Nueva York, en Bremen o en Moscú. Es cierto que nuestro comerciante francés, al percatarse del riesgo, podría dirigirse a un jurista extranjero para solicitar consejo. Sin embargo, esto no está exento de dificultades desde el punto de vista práctico. En-

contrar asesoría jurídica competente en un país extranjero puede resultar complicado, especialmente si el arbitraje está previsto en la URSS o en un país de democracia popular, donde la organización de la abogacía se estructura de un modo completamente distinto al de Francia. Tampoco puede descartarse que ese abogado, de no dominar el derecho francés, no comprenda la perspectiva de ese comerciante francés y, por tanto, no le transmita la información que realmente necesita: él, a su vez, si no fuera un comparatista, pensaría que las soluciones de su propio ordenamiento son aceptadas en todos los países y dejaría de advertir a nuestro comerciante respecto de las normas, diferentes al derecho francés, que éste desconoce. El peligro de una información deficiente o de malentendidos se agrava por el hecho de que los consejos podrían impartirse únicamente por correspondencia. En definitiva, se llega a la misma conclusión: para asesorar correctamente al comerciante francés en este supuesto, se requiere un abogado que sea comparatista; ya sea comparatista francés o extranjero, tal distinción carece de importancia en lo que atañe al valor práctico del derecho comparado.

La cuestión aquí examinada tiene una importancia práctica de primer orden; en efecto, ocurre muy a menudo que un comerciante francés, al contratar con un extranjero, estipula para las controversias que puedan surgir de dicho contrato un arbitraje administrado en el extranjero, conforme a una ley extranjera. Limitar nuestro estudio del arbitraje al de

árbitros u organismos arbitrales franceses, decidiendo en Francia según la ley francesa, supone, en tales circunstancias, un desconocimiento de la realidad; y el derecho internacional privado, al añadir a este análisis el examen de la ejecución en Francia de los laudos arbitrales extranjeros, solo corrige de manera imperfecta e insuficiente dicho desconocimiento.

* * *

El interés del derecho comparado, sin embargo, no es ni debe ser exclusivamente de carácter práctico. Al igual que los estudios históricos, de los que constituye el complemento natural, las investigaciones comparativas pueden ayudarnos a comprender mejor nuestras propias instituciones, a descubrir el espíritu que las inspira y, gracias al mayor conocimiento que nos proporcionan de nosotros mismos, a proponer mejoras y una adaptación más adecuada de las normas que nos gobiernan.

El interés del derecho comparado nos parece especialmente notable cuando analizamos el arbitraje. Por antiguo que sea, son pocas las instituciones que, tanto en Francia como en el extranjero, estén tan mal reglamentadas por el derecho. Esta constatación, que se impone al comparatista, invita a la reflexión y plantea diversas interrogantes: ¿por qué el derecho fracasa al intentar comprender y regular satisfactoriamente el arbitraje? ¿Y por qué, a su vez, se observan variaciones tan notables en la actitud de los Estados y de los juristas según las épocas

y los países? El derecho comparado –al igual que la historia– nos obliga a pensar en estos asuntos de manera más profunda y completa de lo que lo haríamos limitándonos al derecho francés. Nos demuestra que existe un problema de carácter general, que trasciende la eficacia de cualquier regulación, por más o menos acertada que sea, en nuestro ordenamiento nacional.

Según nuestra perspectiva de juristas franceses del siglo XX, el derecho es la forma por excelencia de regular las relaciones sociales, y en gran medida coincide con la regulación ejercida por el Estado. Nos cuesta concebir que el derecho tenga límites o que existan otros procedimientos distintos al derecho para resolver armoniosamente las controversias; asimismo, nos resulta difícil imaginar que puedan existir normas jurídicas emanadas de fuentes distintas a las autoridades constituidas por el Estado. Pensamos que vivimos en una sociedad profundamente dominada por la idea de derecho: *Rechtsstaat*, *Rule of Law* y principio de legalidad son, a nuestros ojos, expresiones características de nuestra sociedad.

La historia nos enseña que no siempre ha sido así, y que esta situación, este mismo ideal, son, al fin y al cabo, fenómenos re-

cientes. El derecho comparado confirma los datos de la historia y nos muestra que, incluso en la actualidad, la concepción que predomina entre nosotros no goza de aceptación universal ni se reconoce del todo como la mejor. Existen civilizaciones en las que no se considera al derecho como la forma óptima de resolver los conflictos; hay otras en las que no se concibe que el establecimiento y la aplicación de normas jurídicas sea un monopolio de las autoridades estatales. Las civilizaciones del Extremo Oriente defienden la importancia de los “ritos”, en contraposición a la noción de Derecho¹; filósofos del derecho y sociólogos oponen el pluralismo jurídico de ciertas sociedades al monismo de nuestra concepción jurídica, heredera de la enseñanza de la Escuela del derecho natural; y la persistente tensión entre *common law* y *statute law* en los países de habla inglesa nos demuestra que esta idea de pluralismo no pertenece por completo al pasado.

De este modo el derecho comparado nos prepara para comprender lo que, a nuestro juicio, constituye la esencia del arbitraje. Imbuídos de la concepción de un derecho unitario y estatal, los juristas tienden de manera natural a concebir el arbitraje a imagen de la justicia. No perciben en la convención de arbitraje más que un acuerdo mediante el cual las par-

¹ Una preferencia de principio similar por el arbitraje, en contraposición a la justicia ordinaria, se observa en ciertos círculos estadounidenses, quizá influida por la cosmovisión “cuáquera” (cf. F. Kellor, *American Arbitration* [1948]). Este mismo sesgo aparece también en los orígenes de la sociedad cristiana, donde el arbitraje parece estar más en sintonía con el espíritu evangélico que el derecho; de hecho, la distinción entre el arbitraje propiamente dicho y la amigable composición se origina en el derecho canónico y se sustenta en ese fundamento.

tes buscan dotarse de jueces a su elección; suponen con facilidad que el arbitraje solo pretende remediar ciertos defectos o inconvenientes de la justicia: lentitud, costos o publicidad de los procedimientos, falta de conocimientos técnica de los jueces. Consideran que las partes solo aspiran a obtener, en mejores condiciones, aquello que les concedería el derecho si la administración de justicia pudiera ser perfecta. No entreven diferencia alguna de naturaleza entre la justicia administrada por los árbitros y la administrada, conforme al derecho, por los tribunales. Esta asimilación parece estar totalmente lograda en ordenamientos como el inglés, el alemán o el sueco, en los que las leyes regulan solamente una forma de arbitraje. Y parece estar muy cerca de lograrse también en el derecho francés y en los de otros países latinos, donde los códigos de procedimiento civil regulan ante todo un arbitraje de derecho –al que en Francia se denomina significativamente arbitraje propiamente dicho– limitándose a mencionar, de forma ocasional y sin siquiera darle nombre, la modalidad concurrente y aparentemente secundaria de la amigable composición.

Sin embargo, la realidad es otra, como demuestra la importancia que en la práctica adquiere en Francia la cláusula “excepcional” de amigable composición². La verdad es que el arbitraje no es, en su

esencia, un fenómeno jurídico; el arbitraje es un fenómeno distinto al derecho, incluso antagonista al derecho, y esa es la razón por la que los juristas no logran ni captar su verdadera naturaleza ni reglamentarlo de manera apropiada.

Es clásico entre historiadores y sociólogos describir a la sociedad atravesando tres fases sucesivas: una fase primitiva de anarquía, dominada por la idea de la venganza y luego de la justicia privada; una segunda fase, orientada hacia la concordia y la paz, y presidida por las ideas de mediación, conciliación y arbitraje; y, por último, una tercera fase de organización más rigurosa, dominada por las nociones de justicia y derecho.

Este esquema corresponde sin duda en sus líneas generales a la realidad, pero requiere, no obstante, una explicación. La idea de progreso que pretende expresar es un concepto típico del siglo XIX, al que ya no suscribimos sin reservas. Por ello, rechazamos admitir, por principio, la superioridad de la tercera fase sobre la segunda, así como la del derecho sobre el arbitraje. El derecho puede, en conjunto, constituir una técnica más adecuada para nuestra sociedad moderna que el arbitraje, gracias a las ventajas de certidumbre que aporta y a la seguridad que genera; no obstante, en otros aspectos o determinados ámbitos, no es seguro que no provoque una indeseable es-

² La situación es la misma en Italia y, al parecer, en los demás países latinos. Algunos Estados de América Latina, como Ecuador, lo han tenido en cuenta para convertir la amigable composición en la regla establecida por la ley. Véase en el mismo sentido el proyecto de ley interamericano (art. 17) elaborado en 1954 y recogido en el *10 Arbitration Journal* (1955), p. 91.

clerosis a las instituciones. Las objeciones que Savigny señalaba antes a la técnica de la codificación^{NT7} pueden aplicarse, con las reservas pertinentes, al propio derecho, al oponerse a otras maneras de resolver las controversias, y muy especialmente al arbitraje.

El esquema antes recordado nos parece, además, demasiado simplista e inexacto, pues considera el arbitraje como un fenómeno transitorio que prepara el advenimiento del derecho. El arbitraje, por el contrario, nos parece un fenómeno permanente que, si bien en ciertas épocas y en determinados ámbitos puede anticipar la instauración del derecho, en otras épocas y en otros ámbitos recupera terreno frente al derecho y se opone a éste debido a los defectos o insuficiencias que se señalan contra el derecho.

No negamos en absoluto que, en numerosos casos, las partes esperen de sus árbitros la aplicación de reglas idénticas a las que aplicarían los jueces. El arbitraje suele ser un remedio no tanto a defectos o insuficiencias del derecho en sí, sino a aquellos que conlleva –al menos en el ánimo de las partes o en las circunstancias del caso– la administración estatal de la justicia. La justicia es excesivamente lenta, demasiado costosa, falta de especialización y adolece de excesiva publicidad; por ello, las partes pueden re-

currir al arbitraje simplemente para eliminar tales deficiencias. No obstante, tendríamos una visión equivocada del arbitraje si lo considerásemos únicamente bajo este prisma. No se recurre al arbitraje solo para remediar defectos o rigideces excesivas en la organización o el procedimiento de los tribunales. En muchos casos, el arbitraje se explica por otra razón: las partes desean, al recurrir a él, obtener una forma de justicia distinta de la que resultaría de la aplicación del derecho nacional. ¿Cuándo acuden los particulares al arbitraje, en la práctica en este nuevo conjunto de hipótesis?

Las partes recurren al arbitraje, en primer lugar, cuando el derecho no constituye una técnica apropiada, dada la naturaleza de las relaciones que las vinculan; es el caso del arbitraje tradicional entre familiares, vecinos o miembros de una misma asociación o comunidad; el derecho resuelve^{NT8} las controversias considerando lo ocurrido en el pasado, sin preocuparse por el futuro; este modo de solucionar litigios no conviene a quienes, una vez resuelta la disputa, deben continuar conviviendo; la coexistencia pacífica no es compatible con la idea de derecho, y apela más bien un arbitraje orientado hacia el porvenir, dirigido a la paz antes que a la justicia estrictamente jurídica³.

^{NT7} Para la crítica que hace Savigny sobre la codificación ver su obra *“De la vocación de nuestro siglo. Para la legislación y para la ciencia del derecho”*

^{NT8} En original “le droit règle” que sería “el derecho regla”, pero preferimos usar “el derecho resuelve”

³ De ahí proviene la dificultad, si no la imposibilidad, de toda codificación auténtica que abarque en su totalidad el derecho internacional.

Las partes recurren al arbitraje, en segundo lugar, siempre que pertenecen a una comunidad y el sentido de su pertenencia a esa comunidad es para ellas, al menos en determinados aspectos, más relevante que su vínculo con el Estado. Así se explica el rol que desempeñó el arbitraje en las comunidades cristianas o judías⁴ a lo largo de la historia, y en los países donde estas comunidades son hoy minoritarias. Del mismo modo, se entiende el desarrollo del derecho mercantil en la Edad Media y, aparentemente, el reciente auge del arbitraje administrado por organizaciones profesionales que observamos en la actualidad. El arbitraje es el procedimiento mediante el cual se resuelven las disputas “entre ellos”, dentro de un grupo más o menos amplio; es, aunque no siempre se reconozca así, el instrumento de formación de un derecho corporativo, que complementa el efecto de los contratos modelo y de los formularios, los cuales sustituyen por su parte a las normas supletorias del derecho. El monismo jurídico y el monopolio del derecho estatuido y administrado por las autoridades estatales no son atacados frontalmente; ya que los contratos modelo y arbitraje dejan subsistir este principio únicamente ante quienes aceptan del Derecho una definición meramente formal.

Las partes recurren, por último, al arbitraje cuando no existe un derecho que se adapte a resolver sus controversias. Esto no resulta en absoluto excepcional hoy en día. En el ámbito de los conflictos colectivos de trabajo es prácticamente imposible prescindir del arbitraje, pues el derecho –fundado en una filosofía individualista– no ofrece técnicas apropiadas para dirimir tales conflictos. El arbitraje viene, además, a suplir –del modo que conocemos– las insuficiencias del derecho internacional público de nuestra época. Lo mismo ocurre en las controversias que surgen del comercio internacional. En estos casos pueden existir normas que, en aquí en Francia, en Alemania o en Inglaterra, permitan resolver conflictos de leyes y de jurisdicciones; pero tales normas, al ser nacionales, no constituyen el derecho uniforme que demanda el comercio internacional, ni garantizan la seguridad que éste exige: se pueden dar soluciones distintas a la controversia según que, por efecto de circunstancias imprevisibles al celebrar el contrato, ésta sea sometida a un tribunal francés, alemán o inglés. Por tanto, el derecho aplicado a los contratos de comercio internacional no ofrece las ventajas que, en general, asociamos al concepto de derecho. En cambio, el arbitraje surge para llenar ese vacío, a la espera de que quizás un día dé lugar a un

⁴ Véase así *Berk v. Berk*, referida en *12 Arbitration Journal* (1957), p. 210. En ese caso, las partes, marido y mujer, habían convenido que las dificultades que los separaban se resolverían mediante el arbitraje de tres rabinos. Respecto a este colegio arbitral, declaró el juez Brown: «El colegio arbitral puede dirimir la controversia aplicando normas jurídicas, morales o religiosas; eso es precisamente lo que las partes tuvieron en mente y lo que quisieron al acordar someterse al arbitraje de tal colegio».

verdadero derecho mercantil internacional.

Como se puede apreciar, el arbitraje no es esencialmente un modo de aplicación del derecho, como lo analizan los juristas. El arbitraje es, en esencia, un mecanismo de resolución de disputas al que se recurre cuando no existe un derecho aplicable o cuando el derecho aplicable no está capacitado para cumplir con la misión fundamental del derecho: garantizar la justicia y la paz.

De ahí surge la dificultad, para el jurista, de aprehender el arbitraje y, para el legislador, de reglamentarlo adecuadamente. La razón es que el arbitraje no es, esencialmente, un fenómeno jurídico. Cuando hablamos de arbitraje, siempre o casi siempre estamos antes del derecho o al margen de él⁵; los conceptos jurídicos, concebidos para analizar el derecho, resultan demasiado precisos, demasiado rígidos, y no sirven para comprender el fenómeno del arbitraje. Nunca lograremos decidir si el laudo arbitral tiene naturaleza contractual o procesal, porque no podemos forzarlo a encajar en esas nociones de contrato y de sentencia. Tampoco podremos expresar en una fórmula las obligaciones del amigable componedor, autorizado según algunos a

juzgar en equidad y relevado según otros de observar estrictamente las reglas del derecho; no se ha reparado suficiente en lo curioso que resulta este vaivén en las fórmulas cuando hablamos de una institución que ya era bien conocida en el siglo XIII y que, según opinión unánime, constituye la norma seguida en nueve de cada diez arbitrajes bajo el derecho francés.

Se percibe hasta qué punto una reflexión basada en las observaciones del derecho comparado resulta útil para comprender la esencia del arbitraje y cómo la propia naturaleza de esta institución puede esclarecerse en el derecho francés cuando, ayudados por el derecho comparado, logramos comprenderla liberándonos de los prejuicios y las costumbres que inevitablemente conlleva la familiaridad con un único ordenamiento nacional.

La verdadera naturaleza del arbitraje –su irreductibilidad al derecho– no implica que el derecho deba renunciar a regular esta institución, desistiendo de poder asimilarla; pero sí determina la forma en que debe concebirse dicha regulación, tanto en el ámbito del derecho nacional como en la perspectiva de una unificación, más o menos amplia, de las legislaciones sobre el arbitraje.

⁵ Otro factor que complica la comprensión del problema es el hecho de que las fronteras entre el derecho y el arbitraje son a veces imprecisas; lo que en su origen fue arbitraje puede convertirse más tarde en justicia y derecho, como consecuencia de un cambio en las circunstancias. Así, los laudos dictados por los obispos pudieron transformarse en sentencias tras la conversión de Constantino; y de igual modo se duda sobre el carácter jurídico o arbitral de las decisiones adoptadas en las ferias y mercados de la Edad Media. Véase sobre el primer punto A. R. Julien, *Evolution historique du compromis ad arbitros en jure canonico* (Apollinaris, 1937, pp. 187-232) y sobre el segundo W. C. Jones, "Three Centuries of Arbitration In New York", *Washington University Law Quarterly* 1956, pp. 193-219.

Una buena regulación de la materia del arbitraje debe tener en cuenta, en nuestra opinión, la diversidad de situaciones en las que se recurre al arbitraje.

Debe reconocerse la distinción entre el arbitraje propiamente dicho y la amigable composición, pues dicha distinción responde a la naturaleza de las cosas: hay situaciones en las que, mediante el arbitraje, se persigue un resultado idéntico al que obtendrían los tribunales, y hay otras en las que se aspira a algo distinto. Los problemas que se plantean en cada uno de estos supuestos son muy diferentes y, por tanto, requieren dos regulaciones indudablemente distintas: la clara separación que los ordenamientos de tipo hispánico establecen entre ambos casos nos parece perfectamente justificada y, en principio, muy superior al método francés, consistente en reglamentar con cierto detalle el arbitraje propiamente dicho, que es la excepción, y en prever de manera meramente residual, sin regulación específica, la amigable composición, que en la práctica constituye la regla.

En la amigable composición propiamente dicha, consideramos necesario distinguir dos supuestos muy diferentes: aquel en el que las partes buscan esencialmente una solución de conciliación y

aquel en el que desean que su conflicto se resuelva “conforme al derecho”, pero atendiendo a un derecho que no sea un derecho “nacional”⁶. En la realidad, ambos casos son muy distintos, y esta distinción explica la imprecisión de las fórmulas que emplean los autores al referirse a la amigable composición. Se ha tratado de concebir la amigable composición como una institución única, cuando, ante la falta de un conjunto normativo suficiente de conceptos, se ha aplicado el término “amigable composición” a dos series de situaciones completamente diferentes. Evidentemente, no puede establecerse una regulación satisfactoria si no se percibe, desde el inicio, la variedad de los supuestos para los cuales se pretende diseñar dicha regulación.

Las consideraciones precedentes no ofrecen, sin duda, una solución inmediata a los problemas que plantea el arbitraje en las relaciones internacionales. Sin embargo, nos parecen idóneas para clarificar una situación que, en todos los países, hasta ahora ha sido abordada de un modo empíricamente erróneo y bastante desordenado, sin una verdadera comprensión de la naturaleza específica del arbitraje.

Quizá porque constituye un fenómeno no estrictamente jurídico, el arbitraje es-

⁶ La distinción corresponde, en gran medida, a la existente entre el arbitraje ocasional (arbitraje ad hoc, de carácter fiduciario) y el arbitraje institucional, administrado por organismos preconstituidos. La profunda diferencia que existe entre ambos tipos de arbitraje fue subrayada en numerosas ocasiones en 1954 en el Coloquio de Cadenabbia: *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato* (Milán, 1955), *passim*.

capa a la división^{NT9} nacional en la que se inscriben los distintos ordenamientos. Resulta significativo observar cómo, en este ámbito, la noción de sistema de derecho, familiar para los comparatistas, se diluye: el derecho estadounidense se opone al inglés⁷, el alemán al italiano y ambos al francés; una diversidad notable en una institución que, aquí o allá, parece tener que satisfacer las mismas aspiraciones.

La diversidad de las legislaciones en materia de arbitraje quizá no constituya el obstáculo fundamental que podría suponerse para la unificación del derecho del arbitraje, pues podría deberse, más que a los diferentes enfoques nacionales, a la incapacidad de los juristas de todos los países para aprehender cabalmente el fenómeno arbitral. Solo se logrará una unificación del derecho del arbitraje si se procura “desjuridizar”^{NT10} el arbitraje, renunciando a encuadrarlo en el marco de los conceptos estrictamente jurídicos de los ordenamientos nacionales, y elaborando para él, de manera decidida, normas nuevas específicamente adaptadas a su naturaleza original.

^{NT9} En original “l’arbitrage échappe au compartimentage national”.

⁷ Cf, en particular: F. E. Klein, *Autonomie de la volonté et arbitrage*, *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 255 y ss.

^{NT10} En original “déjuridiser”

Precedente

Decisión del 15 de noviembre de 2024 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Claudia Madrid Martínez*

Principia No. 11–2024 pp. 129-137

1. Institución o tribunal que dicta o administra la decisión
Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia
2. País y/o lugar de la decisión
Colombia
3. Fecha de la decisión
15 de noviembre de 2024
4. Número del expediente o caso
SC2821-2024 Radicación No. 11001-02-03-000-2024-00239-00
5. Tipo de decisión
Exequátur de laudo arbitral
6. Materia de la decisión
Examen de los requisitos para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en París.
7. Partes

Solicitante del exequatur:

Abbot Laboratories (Chile), Holdco SPA
y Abbout Laboratories (Chile) Holdco
Dos SPA (en liquidación)

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Com- parado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); Postdoctoral researcher becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoa- mericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

Opositores del exequatur: Roberto Maurice Ventura Crispino,
Joyce Reina Ventura de Durán y Bella
Clara Ventura Corkidi

8. Derecho y normas aplicables aplicable

Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros y Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012).

9. Resumen de la controversia

i. Fácticos

El 10 de agosto de 2012 un contrato de compraventa sobre unas acciones fue celebrado entre CFR International SPA –comprador– y CFR Pharmaceuticals SA –garante– por una parte, y por la otra Esther I. Ventura de Rendón, Roberto Maurice Ventura Crispino, Bella Ventura Corkidi, Joyce Ventura de Durán, Juan María Rendón Gutiérrez y Atavida Holdings GmbH, –vendedores. En dicho contrato, las partes acordaron someter cualquier disputa a arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Posteriormente, CFR International SPA y CFR Pharmaceuticals SA, fueron adquiridas por Abbott Laboratories, lo que generó discrepancias respecto a la interpretación y ejecución de ciertas cláusulas contractuales.

El conflicto principal giró en torno a la devolución de un depósito en garantía retenido por un agente fiduciario, el deber de informar sobre cambios en la posición contractual del comprador y el supuesto ejercicio abusivo del derecho a presentar reclamaciones, con el consecuente reclamo de indemnización por parte de los vendedores.

Atavida Holdings GmbH inició el procedimiento arbitral ante la CCI alegando que las compradoras incumplieron el contrato al retener injustificadamente el depósito en garantía. Además, argumentó que Abbott Laboratories, al adquirir CFR, había cambiado la posición contractual sin la debida notificación y autorización. Las demandadas, por su parte, sostuvieron que actuaron conforme a derecho y que la retención del depósito en garantía estaba justificada debido a reclamaciones en curso y procesos relacionados con la titularidad de las acciones en Lafrancol.

El tribunal arbitral emitió un laudo el 19 de abril de 2023, ordenando la liberación del depósito en garantía a favor de Atavida Holdings GmbH. No obstante, concluyó que las compradoras no habían incurrido en dolo, mala fe ni abuso del derecho, y, en consecuencia, negó la indemnización solicitada por los vendedores. Además, impuso a la parte demandante y a los vendedores adicionales la obligación de asumir los costos del arbitraje, honorarios legales y periciales. El 7 de julio del mismo año se dictó un adendum al laudo final en el que se corrigieron las condenas pecuniarias.

Tras este fallo, Abbott Laboratories solicitó ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, llamado también “homologación” en el texto de la sentencia, mientras que los vendedores se opusieron alegando violaciones al orden público y al debido proceso.

ii. Procesales

El proceso judicial inició con la solicitud de homologación del laudo arbitral emitido el 19 de abril de 2023 dentro del arbitraje CCI 25091/JPA/AJP, presentada por Abbott Laboratories (Chile) Holdco SPA y Abbott Laboratories (Chile) Holdco Dos SPA (en liquidación).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió la solicitud mediante auto del 14 de febrero de 2024 y notificó a las partes involucradas, otorgando un plazo de diez días para la presentación de oposiciones.

La oposición fue presentada por Roberto Maurice Ventura Crispino, Joyce Reina Ventura de Durán y Bella Clara Ventura Corkidi, quienes argumentaron que el reconocimiento de laudo en cuestión debía ser rechazado por exceder los términos del acuerdo arbitral, por violaciones procesales y por contravenir el orden público colombiano.

La Corte determinó que los opositores no lograron demostrar que el laudo vulnerara los principios fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano, enfatizando que el procedimiento de exequátur no constituye una instancia de apelación ni un medio para reexaminar el fondo del laudo.

Tras analizar los argumentos y documentos presentados, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema concedió el exequátur al laudo arbitral mediante sentencia del 15 de noviembre de 2024, con la condición de que la condena de intereses no excediera los límites permitidos en Colombia para créditos en moneda extranjera.

10. Argumentos de las Partes

i. Solicitante del exequátur:

La parte solicitante argumentó que el laudo arbitral de 19 de abril de 2023 —y su adendum del 7 de julio del mismo año— no incurrió en ninguna de las causales para denegar el reconocimiento previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York y en el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012, pues la materia objeto de la disputa es arbitrable, las partes tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de defensa y la decisión no fue contraria al orden público colombiano.

Argumentaron también que las objeciones de la parte opositora no constituían verdaderos alegatos de violación del orden público, sino intentos de reabrir el debate sobre el fondo del asunto, lo cual no es admisible en un procedimiento de exequátur.

ii. Opositores al exequátur:

Los opositores al reconocimiento del laudo arbitral en Colombia fundamentaron su posición en varias causales de denegación, contenidas tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley 1563 de 2012.

En tal sentido, afirmaron que el laudo contenía decisiones que excedían el alcance del acuerdo arbitral, pues el tribunal resolvió asuntos que no estaban dentro de los términos pactados en él por las partes. En particular, hicieron referencia al hecho de que el tribunal hubiera decidido que la sede del arbitraje sería la ciudad de París, contingencia no prevista en el acuerdo arbitral. Según su criterio, esta extralimitación vulneró el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En segundo término, afirmaron que el curso del arbitraje estuvo marcado por irregularidades procesales que afectaron el derecho a la defensa y el debido proceso. Entre estas irregularidades, destacaron que el tribunal arbitral emitió decisiones sin una motivación suficiente, lo que impidió conocer las razones detrás del fallo; impuso costos y honorarios sin una evaluación objetiva, basándose en una auto-certificación de los abogados, sin que la contraparte tuviera oportunidad real de controvertir dichos montos; y, en definitiva, no garantizó una adecuada participación de los vendedores en la defensa de sus intereses a lo largo del procedimiento.

Los opositores también sostuvieron que el laudo es contrario a principios esenciales del ordenamiento jurídico colombiano, en particular, alegaron que se desconoció la fuerza obligatoria de los contratos al no sancionar el in-

cumplimiento de las compradoras, justificándolo como una mera discrepancia de criterios. Además, se vulneró el principio *pacta sunt servanda* al tratar la obligación de informar o autorizar cambios en la posición contractual como una simple carga, sin considerar los perjuicios causados por la llegada de Abbott Laboratories. Finalmente, se quebrantó la prohibición del abuso del derecho y la buena fe, pues se retuvo ilegítimamente el depósito en garantía y se cambió de contratante sin autorización.

Los opositores también calificaron como contradictorio que las solicitantes buscaran el reconocimiento del laudo en Colombia mientras en Suiza intentaron desconocerlo, lo que, según ellos, atenta contra la coherencia procesal y la buena fe. Este comportamiento procesal, en su opinión, debe ser considerado como un abuso del derecho y, por ende, como un motivo para rechazar el exequátur del laudo.

11. Motivación de la decisión

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia fundamentó su decisión de otorgar el exequátur y homologar el laudo arbitral, en un análisis de las causales de denegación previstas tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley 1563 de 2012 que fueron alegadas por la parte que se opuso al reconocimiento. En tal sentido, la Corte analizó lo relativo a la extralimitación de parte del tribunal arbitral pedida por la parte y luego entró en el análisis de las causales que pueden revisarse de oficio, es decir, lo relativo a la arbitrabilidad del litigio, y a la vulneración del orden público material y procesal, causal esta última respecto de la cual también analizó los alegatos de la parte opositora.

En primer lugar, respecto de la alegada extralimitación del mandato arbitral por parte del tribunal, al determinar que la sede del arbitraje fuese la ciudad de París, la Sala analizó el acuerdo arbitral contenido en el contrato, en el que se permitía al comprador elegir la sede entre las ciudades de Miami, Nueva York o cualquier otra, sin hacer referencia a los casos en los que, como en efecto ocurrió, el arbitraje fuese iniciado por el vendedor. Por tal razón, en aplicación del reglamento del centro de arbitraje de la ICC, el tribunal arbitral decidió que la sede del arbitraje sería París. La Sala no encontró yerro alguno en este razonamiento y pasó a examinar la causales que pueden proceder de oficio.

Así, respecto de la arbitrabilidad del litigio, la Sala entendió que el objeto del litigio arbitral, relacionado con una controversia derivada de un contrato de

compraventa, recaía sobre derechos de libre disposición —criterio de arbitralidad dispuesto por el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012—, con lo cual concluyó que la materia es arbitrable conforme al Derecho colombiano.

Con relación al orden público, compuesto por “los valores y principios básicos o fundamentales en que se inspiran las instituciones jurídicas del ordenamiento patrio” (SC8453- 2016)”, la Sala afirmó que el tribunal arbitral “resolvió un conflicto que compromete esencialmente intereses privados, relativos a la compraventa de acciones, lo que descarta que pueda existir una afectación directa al orden público sustancial”.

Sin embargo, también reconoció, respecto del cálculo de intereses, la existencia de normas imperativas en el Derecho colombiano, por lo que estos no pueden exceder las tasas fijadas por la autoridad competente para los créditos denominados en moneda extranjera.

Ahora bien, respecto de las alegaciones de la parte opositora, relativas a la violación de principios esenciales, la Sala entendió que más que una contradicción con los principios esenciales del Derecho colombiano, hubo una diferencia respecto de la decisión de fondo y el procedimiento de exequátur no es el foro para discutir estas cuestiones y entrar en la revisión del fondo del laudo arbitral.

Finalmente, el orden público procesal, presuntamente vulnerado por el tribunal arbitral al no haber decretado ciertas pruebas y haber emitido decisiones sin la debida fundamentación, no implicó —o al menos la parte opositora no lo demostró— una afectación grave al derecho a la defensa, ya que esta parte tuvo la oportunidad de presentar alegatos y participar activamente en el proceso arbitral. Asimismo, la Sala descartó que la condena en costas constituyera una violación procesal, pues fue impuesta conforme a las normas aplicables.

12. Decisión

En vista de que no se verificó ninguna de las causales invocadas para denegar el reconocimiento del laudo arbitral, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia otorgó el exequátur al laudo arbitral.

Esta decisión se condicionó, respecto de la condena de intereses, a que estos no superen los límites señalados en las normas colombianas sobre intereses para créditos denominados en moneda extranjera.

13. Breve opinión del relator

La sentencia de exequátur emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el caso Abbott Laboratories (Chile) Holdco SPA y Abbott Laboratories (Chile) Holdco Dos SPA contra Atavida Holdings GmbH y otros, reitera la adhesión del alto tribunal a los principios consagrados por la Convención de Nueva York y por la Ley 1563 de 2012, privilegiando la eficacia y ejecutabilidad de los laudos arbitrales dictados en el extranjero.

Llama la atención, en primer lugar, la decisión de la Sala de aplicar, de “manera concurrente”, las normas de la Convención de Nueva York y de la Ley 1563 de 2012, admitiendo en su análisis que en caso de discrepancia, habrá de privilegiarse el principio pro-reconocimiento. En efecto, el citado principio “reclama acudir a la norma o la interpretación que sea más favorable para acceder a la solicitud. En otros términos, debe aplicarse al precepto más benévolo a la homologación, con el fin de facilitar que el laudo produzca efectos en nuestro país, en desarrollo de los compromisos internacionales adquiridos con la suscripción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras —en adelante Convención de Nueva York”.

Ahora bien, a lo largo de su análisis, la Sala insiste acertadamente en que el procedimiento de exequátur no constituye una instancia de apelación o de revisión del fondo de la decisión arbitral, sino que debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la Convención de Nueva York. Este enfoque se alinea con la corriente jurisprudencial, aceptada por la propia Corte, que busca fortalecer la seguridad jurídica y la estabilidad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Sin embargo, esto también plantea la consabida interrogante respecto de la efectividad del control judicial en casos en los que los principios fundamentales del Derecho del juez de reconocimiento puedan verse comprometidos. Al fin de cuentas, el arbitraje no es infalible.

Uno de los argumentos centrales de los opositores al reconocimiento del laudo fue la presunta violación del orden público colombiano. Alegaron que la decisión arbitral desconoció principios como la fuerza obligatoria de los contratos, la prohibición del abuso del derecho y la equidad procesal. La Sala, sin embargo, desestimó estos argumentos al considerar que la interpretación y aplicación de estos principios correspondía al tribunal

arbitral y que, salvo que se demostrara una vulneración manifiesta y evidente, no correspondía a la jurisdicción ordinaria entrar a reevaluar el fondo del litigio. Con lo cual su intervención se limita a los casos en los que estén en juego normas imperativas, como ocurrió en este caso con el cálculo de los intereses.

La decisión también abordó las críticas relativas a la imparcialidad y regularidad del procedimiento arbitral. Los opositores argumentaron que el tribunal arbitral emitió decisiones sin la debida motivación y que las reglas sobre costos y honorarios se aplicaron de manera arbitraria, lo que, a su juicio, afectó el derecho a la defensa. La Sala analizó estos señalamientos y concluyó que las partes tuvieron la oportunidad de presentar sus argumentos y que las decisiones del tribunal arbitral se adoptaron dentro del marco de sus facultades.

Un elemento particularmente relevante de la sentencia es la condición impuesta respecto a los intereses derivados del laudo. La Sala estableció que, si bien la imposición de intereses no vulnera *per se* los principios esenciales protegidos por el orden público colombiano, su ejecución en el país debe ajustarse a los límites fijados por la legislación nacional. Esta decisión constituye un punto intermedio entre la aplicación irrestricta del laudo y la protección del ordenamiento jurídico interno, poniendo de manifiesto que, en ocasiones limitadas, el control judicial del laudo en un procedimiento de exequátur puede ir más allá de lo meramente formal, introduciendo salvaguardas cuando sea necesario.

Otro aspecto digno de destacarse está relacionado con la coherencia procesal de las partes. Los opositores al reconocimiento del laudo sostuvieron que la conducta de las solicitantes era contradictoria, ya que en Suiza habían promovido acciones para desconocer el laudo, mientras que en Colombia buscaban su ejecución. La Corte Suprema, sin embargo, no consideró que este hecho constituyera una razón suficiente para negar el exequátur, lo que plantea una discusión sobre la importancia de la buena fe procesal en el arbitraje internacional. Aunque el principio de estoppel no tiene un reconocimiento expreso en el sistema colombiano, la jurisprudencia comparada ha evolucionado hacia la exigencia de coherencia en la actuación de las partes, lo que podría justificar un análisis más detallado en futuras decisiones.

En términos generales, la sentencia refuerza la posición de Colombia como un Estado que respalda el arbitraje internacional y que aplica de manera rigurosa los estándares establecidos en la Convención de Nueva York. No

obstante, también deja en evidencia algunos desafíos, como la siempre problemática delimitación del concepto de orden público, la posibilidad de revisar vicios procesales en la etapa de exequátur y la coherencia en la actuación de las partes en litigios internacionales.

Decisión del 22 de enero de 2025 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Claudia Madrid Martínez*

Principia No. 11–2024 pp. 139-149

1. Institución o tribunal que dicta o administra la decisión
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
2. Fecha de la decisión
22 de enero de 2025
3. Número del expediente o caso
ICSID Case No. ARB/07/30
4. Tipo de decisión
Decisión de anulación
5. Materia de la decisión
Examen para nulidad del laudo final de 8 de marzo de 2019, que ordenó a Venezuela pagar USD 8.700 millones a ConocoPhillips, más costos legales.
6. Partes

Demandante: República Bolivariana de Venezuela

Demandado(s): Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. y Conocophillips Gulf Of Paria B.V.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Com- parado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); Postdoctoral researcher becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoa- mericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

7. Derecho y normas aplicables aplicable

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

8. Resumen de la controversia

i. Fácticos

Tras el laudo arbitral de 8 marzo de 2019, que ordenó a Venezuela pagar USD 8.700 millones a ConocoPhillips, por expropiación indirecta de sus inversiones, Venezuela solicita que el Comité ad hoc anule el Laudo con base en la indebida constitución del Tribunal (art. 52(1)(a)); el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (art. 52(1)(d)); la extralimitación manifiesta en sus facultades (art. 52(1)(b)); y la falta de motivación (art. 52(1)(e)).

El Comité de Anulación concluyó que no se verificaron las causales alegadas por Venezuela, rechazó la solicitud de anulación y confirmó la validez del laudo original, reafirmando la obligación de Venezuela de compensar a ConocoPhillips según lo establecido en el laudo de 2019.

ii. Procesales

El 27 de noviembre de 2019, Venezuela presentó una solicitud de anulación del laudo ante el CIADI, seguida de otra solicitud el 5 de diciembre por otro equipo legal en representación del país¹. Ambas solicitudes incluyeron una

¹ El tema de la representación de Venezuela en este caso, merece una mención aparte. Entre los párrafos 122 y 125 del Laudo, el Comité de Anulación aborda la cuestión, evitando tomar partido en la disputa política interna de Venezuela y, en un enfoque ciertamente pragmático, permitió que ambos grupos representaran al Estado en el proceso de anulación.

Tengamos en cuenta que en este caso Venezuela estaba representada por dos grupos legales en competencia: De Jesús, en representación del gobierno de Nicolás Maduro; y Curtis, en representación de la Asamblea Nacional de Venezuela, considerada por algunos como el órgano legítimo durante el período de disputa política. Ambos grupos afirmaron ser los representantes legítimos de Venezuela en el proceso de anulación.

Así, mientras Curtis argumentó que el Consejo para la Administración y Protección de Activos, creado por la Asamblea Nacional, era la entidad designada para representar a Venezuela en el extranjero, incluyendo en este arbitraje, De Jesús rechazó esta afirmación, alegando que el Consejo no existía legalmente y que su uso del escudo oficial de Venezuela era una simulación. De Jesús también advirtió que permitir la participación de Curtis pondría a Venezuela en una grave situación, ya que este actuaría sin autoridad y en su propio interés.

Finalmente, el Comité admitió no tener facultades para resolver cuestiones políticas y, en lugar de excluir a uno de los grupos, decidió mantener a ambos representantes considerando, en particular, que ambos presentaron argumentos similares e incluso idénticos en favor de la anulación del laudo que, desde luego, serían respondidos de manera separada. El Comité de hecho consideró que Venezuela había tenido una amplia oportunidad para presentar sus alegatos a través de ambas representaciones.

petición de suspensión de la ejecución del laudo hasta que se resolviera la anulación. El 16 de diciembre de 2019, el CIADI registró la solicitud y suspendió provisionalmente la ejecución.

Venezuela solicitó que el presidente de la Corte Internacional de Justicia recomendara a los miembros del comité *ad hoc*, pero el CIADI aclaró que dicha designación correspondía a su Consejo Administrativo. El 3 de febrero de 2020 se constituyó el comité ad hoc con tres árbitros. Se programaron audiencias y procedimientos para la primera sesión y la consulta procesal preliminar, que se celebraron entre marzo y abril de 2020.

El 16 de abril de 2020, Venezuela presentó una recusación contra todo el comité, lo que suspendió el proceso hasta el 23 de julio de 2020, cuando la recusación fue rechazada. Posteriormente, se fijaron audiencias para discutir la suspensión de la ejecución del laudo y la anulación. En noviembre de 2020, se confirmó que la audiencia sobre anulación se celebraría en octubre de 2021.

A lo largo de 2021 y 2022, las partes presentaron memorandos y escritos procesales. Debido a restricciones sanitarias, el comité propuso realizar la audiencia por videoconferencia. En octubre de 2021, el procedimiento se suspendió por falta de pago de los anticipos requeridos, reanudándose en marzo de 2022 tras el pago por parte de Venezuela.

En marzo de 2022, uno de los árbitros renunció, lo que llevó a una nueva suspensión del procedimiento hasta junio de 2022, cuando el comité fue reconstituido con la designación de un nuevo árbitro. Poco después, Venezuela intentó recusar a dos miembros del comité, lo que nuevamente suspendió el proceso hasta septiembre de 2022, cuando la recusación fue rechazada.

En diciembre de 2022, se programó una audiencia presencial para octubre de 2023 en París. Se discutieron detalles logísticos y se fijaron los procedimientos para el desarrollo de la audiencia. Las Partes enviaron sus correcciones a la transcripción de la audiencia, sus alegaciones sobre las costas, y el procedimiento se cerró el 2 de diciembre de 2024.

9. Argumentos de las Partes

i. Demandante

Respecto de cada causal de nulidad, los alegatos de Venezuela, coincidentes en ambas representaciones, fueron los siguientes:

- a. Errónea constitución del tribunal arbitral (art. 52(1)(a) del Convenio del CIADI):

Venezuela sostuvo, en primer lugar, que debe evaluarse si el tribunal arbitral cumplió con el requisito del artículo 14(1) del Convenio CIADI, que exige que los árbitros inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio. Esto incluye los conceptos de independencia e imparcialidad, de manera que, si un árbitro no cumple con estas cualidades, el laudo debe ser anulado por constitución indebida del tribunal arbitral.

En tal sentido, Venezuela solicitó la revisión de los hechos y circunstancias que la llevaron a recusar a los árbitros durante el arbitraje, para determinar si estos cumplieron con los requisitos de independencia e imparcialidad a lo largo del proceso. En particular, Venezuela afirmó que cuando una decisión que deniega una recusación es manifiestamente irrazonable, entonces procede la anulación y, en este caso, las recusaciones fueron evaluadas de manera aislada, sin considerarlas en su conjunto, lo que llevó a decisiones incorrectas.

Finalmente, Venezuela reiteró que el Comité tiene la facultad de evaluar la independencia e imparcialidad de los árbitros de manera objetiva, sin estar limitado por las decisiones previas de recusación.

- b. Extralimitación manifiesta de facultades del tribunal arbitral (art. 52(1)(b) del Convenio del CIADI)

Venezuela argumentó que la procedencia de esta causal depende del cumplimiento de dos requisitos: (i) que el tribunal haya excedido los límites de su autoridad; y (ii) que la extralimitación sea evidente o manifiesta.

En este caso, el tribunal (i) actuó más allá del alcance del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) y del Convenio del CIADI; no aplicó correctamente la ley, ya sea por ignorarla o por aplicarla de manera incorrecta o parcial; e inventó diferencias o hechos no controvertidos por las partes, lo que constituye una extralimitación. Además, según alega Venezuela, el tribunal otorgó compensaciones que no le fueron solicitadas, excediendo su autoridad.

Además, (ii) respecto del carácter manifiesto de la extralimitación, Venezuela afirma que este puede considerarse satisfecho cada vez que un tribunal arbitral excede sus poderes de jurisdicción porque las cuestiones jurisdiccionales son cuestiones claras: o un tribunal tiene jurisdicción, o no la tiene. En este último caso, si a pesar de ello el tribunal asume su competencia, necesariamente se extralimita en sus facultades.

Esta extralimitación, en su opinión, no exige que haya consecuencias sustanciales adversas. De hecho, la inaplicación de la ley aplicable es naturalmente adversa para la parte que solicita una anulación.

c. Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52(1)(d) del Convenio del CIADI)

Venezuela argumentó que el Tribunal Arbitral violó normas fundamentales del procedimiento, como el derecho a ser oído, la igualdad de trato y la imparcialidad del tribunal, y que estas violaciones fueron graves y podrían haber afectado el resultado del arbitraje.

Venezuela sostuvo que, para que proceda la anulación por esta causal debe producirse una violación significativa de una norma, de manera tal que se afecte sustancialmente el procedimiento; y que se la norma violada sea esencial para garantizar la integridad y equidad del arbitraje.

En este caso, Venezuela argumentó que en el procedimiento se violaron normas fundamentales que incluyen principios básicos del derecho internacional, tales como, la igualdad de trato; el derecho a ser oído; y el derecho a un tribunal independiente e imparcial.

Se trató de un quebrantamiento al habersele negado a Venezuela el derecho a designar un árbitro sustituto, lo que afectó la imparcialidad del tribunal; el derecho a ser oído, pues según se afirmó, no se le permitió presentar adecuadamente su caso; además, el tribunal no actuó de manera imparcial. Todas estas violaciones podrían haber tenido un efecto material en el resultado del arbitraje, aunque la procedencia de la nulidad no dependa de la prueba de esta circunstancia

d. Falta de motivación (art. 52(1)(e) del Convenio del CIADI)

Venezuela empezó por afirmar que el artículo 52(1)(e) debe leerse en concordancia con el artículo 48(3) del Convenio, norma de conformidad con la cual El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado. Así, el laudo ser claro y coherente; debe abordar todas las cuestiones, argumentos y pruebas presentadas con una explicación, en este último caso, de las razón por la cual algunas de ellas se descartan.

Venezuela afirma que la motivación del laudo falló porque el tribunal dio razones contradictorias o insuficientes, y no abordó adecuadamente todos los documentos y argumentos críticos presentados por las partes.

Así, Venezuela solicita al Comité revisar si las razones del tribunal fueron contradictorias, insuficientes o inadecuadas, lo que justificaría la anulación del laudo bajo el artículo 52(1)(e). Venezuela rechazó la afirmación de Conoco de que sus alegatos se basaban en la calidad o persuasión del razonamiento, insistiendo en que el problema era la inadecuación o insuficiencia de las razones.

ii. Demandado

Respecto de cada causal de nulidad, Conoco contradice los argumentos de Venezuela en los siguientes términos:

- a. Errónea constitución del tribunal arbitral (art. 52(1)(a) del Convenio del CIADI)

ConocoPhillips rechazó los argumentos de Venezuela, sosteniendo que la solicitante de la anulación del laudo no puede volver a alegar sus propuestas de recusación fallidas. El Comité debe abordar la cuestión considerando que las decisiones sobre las recusaciones que se dieron durante el proceso arbitral no fueron claramente irrazonables, con lo cual Venezuela no puede solicitar una reevaluación de los hechos.

- b. Extralimitación manifiesta de facultades del tribunal arbitral (art. 52(1)(b) del Convenio del CIADI)

ConocoPhillips argumentó que el artículo 52(1)(b) no faculta a los Comités de Anulación a revisar ex novo las conclusiones de hecho o de derecho del tribunal. La anulación solo procede si el tribunal se salió por completo del ámbito de autoridad conferido por las partes, es decir, si hubo una extralimitación obvia, clara y evidente, de manera que no se requiera un análisis elaborado; y esa extralimitación tiene consecuencias adversas graves para la parte que solicita la anulación.

Esto no ocurrió en este caso. de hecho en opinión de ConocoPhillips los posibles errores de interpretación solo constituyen una extralimitación cuando el tribunal desaplica totalmente el Derecho competente. Además recuerda que los tribunales tienen amplia libertad para resolver cuestiones jurídicas y calcular daños, sin estar limitados por los argumentos específicos de las partes.

En definitiva, ConocoPhillips rechazó los argumentos de Venezuela por considerar que el laudo estuvo respaldado por argumentos razonables, que no pueden considerarse como insostenibles. En tal sentido, es imposible el nuevo examen del caso que en el fondo propone Venezuela.

- c. Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52(1)(d) del Convenio del CIADI)

ConocoPhillips argumentó que Venezuela no demostró el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la causal de nulidad contenida en el artículo 52(1)(d). en efecto, Venezuela no logró probar que se hubiera violado una norma fundamental del procedimiento ni que dicha violación hubiera alterado sustancialmente el resultado del arbitraje. ConocoPhillips sostuvo que las alegaciones de Venezuela se centraron en normas ordinarias y en impactos potenciales, lo que no es suficiente para justificar la anulación.

- d. Falta de motivación (art. 52(1)(e) del Convenio del CIADI)

ConocoPhillips rechazó los argumentos de Venezuela, afirmando que el tribunal no ignoró documentos o argumentos críticos, y que en la decisión del caso *TECO c. Guatemala* se ignoraron 1.200 páginas de evidencia clave, con lo cual tal razonamiento no resulta aplicable en este caso. Además, el tribunal arbitral tiene plena libertad para decidir qué argumentos y pruebas son relevantes, y que los Comités no pueden cuestionar estas decisiones en un procedimiento de anulación.

10. Motivación de la decisión

El comité ad hoc negó la solicitud de anulación del laudo presentada por Venezuela, basándose en un análisis detallado de las causales invocadas, de acuerdo con el artículo 52 del Convenio del CIADI. Las motivaciones para su negativa pueden resumirse así:

1. Respecto de la constitución indebida del tribunal arbitral (art. 52(1)(a)), el Comité rechazó el alegato de Venezuela debido a que consideró que no había evidencia suficiente para demostrar que los árbitros no actuaron de manera imparcial o independiente. Además, el Comité destacó que las decisiones previas sobre recusaciones durante el arbitraje no fueron manifiestamente irrazonables, y que no había motivos para cuestionar la legitimidad del tribunal.
2. La extralimitación manifiesta de facultades (art. 52(1)(b)) tampoco se verificó en este caso. Así, ante el alegato de Venezuela de que el tribunal excedió su autoridad al otorgar compensaciones no solicitadas y al interpretar incorrectamente el TBI, el Comité consideró que el tribunal actuó dentro de los límites de su jurisdicción y aplicó correctamente la ley. Además, el Comité señaló que la extralimitación no era manifiesta, de

manera que resultó evidente ni obvia, al contrario, las decisiones del tribunal estaban respaldadas por argumentos razonables.

3. Sobre la violación grave de una norma fundamental del procedimiento (art. 52(1)(d)), Venezuela había argumentado que el tribunal violó normas respecto del derecho a ser oído y la imparcialidad del tribunal. El Comité rechazó estos alegatos, señalando que Venezuela no demostró que estas violaciones hubieran tenido un impacto material en el resultado del arbitraje. El Comité destacó que las normas fundamentales del procedimiento no fueron quebrantadas de manera grave, y que el tribunal garantizó un proceso justo y equitativo para ambas partes.
4. Finalmente, respecto de la falta de motivación del laudo (art. 52(1)(e)), el Comité determinó que el laudo era coherente y comprensible, y que el tribunal había abordado adecuadamente todas las cuestiones presentadas. El Comité recordó que el artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI no lo autoriza a revisar la calidad o el grado de certeza del razonamiento del tribunal, sino que más bien solo le permite verificar que el laudo haya sido debidamente motivado. En este caso, el Comité consideró que el tribunal cumplió con este requisito.

En conclusión, el Comité de Anulación negó la solicitud, al considerar que Venezuela no demostró que el laudo incurriera en ninguna de las causales previstas en el artículo 52 del Convenio del CIADI. El Comité enfatizó el necesario respeto a las decisiones de los tribunales arbitrales y la naturaleza excepcional del recurso de anulación, reforzando así los estrictos estándares que deben cumplirse para anular un laudo arbitral.

11. Decisión

El Comité, por unanimidad, desestimó la solicitud de anulación del laudo presentada por Venezuela, ordenó que asumiera sus propios costos y los del procedimiento de anulación (USD 1.346.568,30), además de pagar USD 6.460.974,86 a las demandadas en anulación por honorarios y gastos, y rechazó todas las demás reclamaciones y solicitudes.

12. Breve opinión del relator

El laudo de anulación en este caso marca un hito importante en la evolución de la jurisprudencia arbitral, especialmente en lo que respecta a los límites y alcances del mecanismo de anulación dentro del sistema del CIADI. A simple vista, el rechazo unánime de la solicitud presentada por Venezuela parece reafirmar la estabilidad y previsibilidad del arbitraje internacional. Sin

embargo, un análisis más profundo deja abiertas algunas interrogantes sobre la flexibilidad del sistema para corregir eventuales fallas procesales y sobre la manera en que los comités de anulación evalúan los argumentos de las partes.

Desde el punto de vista doctrinal, el Comité de Anulación examinó con rigor técnico los argumentos de Venezuela, basados, como he afirmado supra, en las causales a, b, d y e del artículo 52 del Convenio CIADI. En tal sentido, la defensa venezolana alegaba, entre otras cosas, que el laudo original carecía de una exposición suficiente de sus fundamentos, que el tribunal arbitral se había excedido en su mandato y que se habían vulnerado principios fundamentales del debido proceso. En cada uno de estos aspectos, el Comité optó por una interpretación estricta, alineándose con precedentes anteriores y dejando en claro que la anulación no constituye un mecanismo de apelación encubierto.

No obstante, esta postura también pone en evidencia la rigidez del sistema y su incapacidad para abordar situaciones en las que, sin que exista un error manifiesto, el razonamiento jurídico del tribunal podría presentar fallas sustanciales.

Uno de los puntos más discutidos fue la supuesta falta de motivación en el laudo original. Venezuela argumentó que el tribunal no había explicado con suficiente claridad su razonamiento en cuestiones clave, lo que a su juicio encuadraba en la causal de inmotivación establecida por el artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. Sin embargo, el Comité concluyó que el laudo sí contenía una exposición razonada de los fundamentos de la decisión y recordó que la obligación de motivación no significa que el tribunal deba abordar de manera exhaustiva todos los argumentos de las partes. Aunque jurídicamente defendible, esta interpretación genera dudas sobre el grado de escrutinio al que se someten los laudos en el proceso de anulación. ¿Es suficiente con que un laudo no sea completamente inmotivado o debería exigirse que los argumentos clave sean explicados de manera más detallada?

Otro aspecto relevante fue el argumento de Venezuela sobre la supuesta desviación de mandato del tribunal arbitral. Según la demandante en anulación, el tribunal habría interpretado disposiciones del tratado de inversión de una manera contraria a su objeto y fin, lo que equivaldría a una extralimitación de sus funciones. No obstante, el Comité reafirmó el principio de deferencia y respeto hacia la interpretación que realizan los tribunales arbitrales, señalando que una mala interpretación del Derecho aplicable no es, en sí misma, motivo suficiente para anular un laudo. Si bien este razonamiento está en lí-

nea con la doctrina arbitral predominante, también evidencia la limitada capacidad de control sobre decisiones que, aunque no sean arbitrarias en sentido estricto, pueden apartarse significativamente del propósito del tratado invocado.

El argumento relativo a la violación del debido proceso es quizás el que más impacto tiene en la legitimidad del arbitraje internacional. Venezuela alegó que se le había privado de su derecho a una defensa adecuada debido a restricciones en la presentación de pruebas y alegatos. Sin embargo, el Comité consideró que las reglas procesales se aplicaron de manera equitativa y que Venezuela no demostró una afectación grave a sus derechos procesales. Este punto es crucial porque deja en evidencia la alta carga probatoria que debe asumir la parte que alega una vulneración del debido proceso. Aunque esta exigencia luce razonable, lo cierto es que podría convertirse en un obstáculo para que los Estados logren una revisión efectiva en los casos en que consideren hallarse frente a una decisión injusta o desequilibrada.

Un elemento adicional que merece atención es la imposición de costas a Venezuela. Aunque la obligación de pagar más de seis millones de dólares a las demandadas en anulación refuerza la tendencia de los comités del CIADI a desincentivar solicitudes de anulación que consideren infundadas o de carácter estratégico, esta práctica también plantea el riesgo de generar un efecto disuasorio excesivo, limitando el acceso al mecanismo de anulación incluso en casos donde existen fundamentos legítimos para cuestionar un laudo.

Desde una perspectiva más amplia, este caso confirma que el arbitraje de inversión se mantiene como un sistema con un alto grado de respeto a los laudos arbitrales originales, lo que aporta estabilidad y seguridad para los inversores. Pero el estricto cuidado de la seguridad jurídica también puede poner de manifiesto las limitaciones del control que pueden ejercer los comités de anulación, especialmente cuando se trata de la revisión de razonamientos jurídicos deficientes o interpretaciones dudosas del Derecho aplicable. Esto nos conduce a plantearnos una interrogante que consideramos fundamental: ¿logra el sistema actual equilibrar de manera adecuada la necesidad de certeza jurídica con la posibilidad de corregir fallos sustanciales en casos concretos?

En definitiva, reiteramos, la decisión del Comité de Anulación en este caso refleja una clara tendencia hacia la estabilidad de los laudos arbitrales y una interpretación restrictiva de las causales de anulación, tendencia que

encuentra su fundamento en la certeza jurídica y la eficiencia del sistema, pero que a la vez plantea desafíos en términos de flexibilidad y legitimidad.

Para los Estados, este caso deja una lección clara: la defensa debe ser sólida en la fase arbitral inicial, ya que las oportunidades de corrección en la etapa de anulación son sumamente limitadas. A futuro, sería pertinente reflexionar sobre si los estándares aplicados en la anulación logran un equilibrio adecuado entre la estabilidad del sistema y la corrección de eventuales desviaciones en el proceso arbitral.

Finalmente, este caso particular deja la vía abierta a las acciones para la ejecución del laudo arbitral de 2019, que ya había iniciado ConocoPhillips frente a un tribunal del estado de Delaware, en una acción que, junto a otras 18 empresas afectadas por incumplimientos de pagos o expropiaciones, buscan recuperar hasta 21.300 millones de dólares mediante la subasta de acciones de Citgo Petroleum, filial de PDVSA.

Decisión del 16 de octubre de 2024 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Pedro Saghy*

Principia No. 11–2024 pp. 151–154

1. Institución o tribunal que dicta o administra la decisión
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
2. País y/o lugar de la decisión
La Haya (Países Bajos)
3. Fecha de la decisión
16 de octubre de 2024
4. Número del expediente o caso
ARB(AF)/18/6
5. Tipo de decisión
Laudo definitivo
6. Materia de la decisión
Sede del arbitraje – Kompetenz-Kompetenz – Validez del acuerdo arbitral –
Derecho Internacional Privado – Principios UNIDROIT.
7. Partes

Demandante: Dick Fernando Abanto Ishivata

Demandado: República Bolivariana de Venezuela
8. Derecho y normas aplicables aplicable
Derecho venezolano y Tratado de Protección Recíproca de Inversiones entre
Perú y Venezuela (El Tratado).

* Abogado de la UCAB; DSU, DEA y Doctor en derecho de la Université Panthéon-Assas Paris 2; Avocat à la cour (Paris).

9. Resumen de la controversia

El Sr. Dick Fernando Abanto Ishivata, un empresario peruano y especializado en el sector de las telecomunicaciones alega que en 2014 una Junta Interventora Judicial designada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal de Caracas, expropió sus empresas de telecomunicaciones Omnivisión C.A., Winet Telecomunicaciones, C.A. y Netfinanzas C.A.

10. Argumentos de las Partes

i. Demandante

Alega la expropiación de su inversión, a través de la transferencia de los activos de sus compañías a favor de otras compañías, en ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal penal.

ii. Demandado

Argumentos de la demandada sobre la jurisdicción del tribunal:

- a. Primera Objeción: Que el demandante no probó ser titular de las acciones de las compañías Omnivisión, Winet o Netfinanzas (A.); Que el demandante no realizó una inversión (B.); Que el demandante es en realidad una persona interpuesta (fiduciario/testaferro) del Sr. Pérez Belisario (C.).
- b. Segunda Objeción: La demandada estima que el demandante no actuó de forma legal ni de conformidad con la buena fe. En particular, que no cumplió con las formalidades exigidas por la ley venezolana de presentar los documentos corporativos a CONATEL que reflejan el cambio accionario.
- c. Tercera Objeción: La demandada alega que el Tribunal Arbitral no tiene competencia porque ‘las concesiones otorgadas a las empresas del demandante contienen una cláusula de jurisdicción exclusiva en favor de los tribunales venezolanos.
- d. Cuarta Objeción: Que el demandante no tiene legitimación activa pues quien se alega que sufrió los daños fue una empresa con personalidad jurídica propia.

Argumentos de la demandada sobre el fondo de la controversia:

- a. La demanda niega que se haya violado el Tratado de Protección de Inversiones y en particular que no hubo expropiación.

11. Motivación de la decisión

Sobre la jurisdicción:

- a. Respecto a la Primera Objeción: El tribunal arbitral analizó las pruebas aportadas por las partes y llegó a la conclusión que el demandante probó ser el titular de las acciones de las compañías Omnivisión, Winet o Netfinanzas.

Respecto a la inversión: El Tribunal es de la opinión que el Sr. Abanto ha realizado una inversión en la República Bolivariana de acuerdo con el TBI.

En relación al argumento de fiduciario: El tribunal arbitral concluyó que, como consecuencia de las conclusiones anteriores (que el demandante adquirió las acciones y que realizó una inversión) no es posible concluir que el demandante sea un fiduciario.

- b. Respecto a la Segunda Objeción: El Tribunal Arbitral consideró que no hay prueba de la ilegalidad de la inversión del demandante.
- c. Respecto a la Tercera Objeción: El Tribunal Arbitral consideró que las cláusulas de jurisdicción de las Concesiones aplican sólo a las disputas contractuales y no a las disputas relativas a inversiones internacionales.
- d. Respecto a la Cuarta Objeción: El tribunal considera que el demandante si está legitimado para pedir una indemnización por los daños causados en su patrimonio por los daños causados en la empresa en la que era accionista.

En base a lo anterior el tribunal declara que tiene jurisdicción para decidir la presente controversia.

Sobre el fondo:

- a. El Tribunal Arbitral concluyó que la demandada realizó una expropiación directa, sufrida por Omnivisión, que fue desposeída de todo su patrimonio y de su actividad empresarial; Adicionalmente, el Tribunal Arbitral consideró que la demandada adoptó una medida con efectos equivalentes a la expropiación, sufrida ésta por el Sr. Abanto, quien fue privado de todos sus derechos como accionista de la sociedad Omnivisión.

12. Decisión

Se condena a la demanda a indemnizar al demandado. Para el cálculo de la indemnización, el Tribunal Arbitral, con base en el tratado, decidió que la indemnización debía ser equivalente al valor de la inversión expropiada, calculado inmediatamente antes de la fecha de expropiación.

13. Breve opinión del relator

Tal vez lo más interesante de este caso sea su voto salvado de 203 páginas, para disentir de un laudo de 179 páginas. El árbitro disidente discrepa de sus estimados e ilustres colegas tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho. La razón y el interés de este caso es que la disputa está conformada por un gran número de indicios y principios de pruebas, de parte y parte, que son apreciados de manera muy diferente por el laudo y por el voto salvado. Es un excelente caso para abogados y estudiantes en búsqueda de casos difíciles de probar y para entender mejor el proceso de valoración de las pruebas en el arbitraje internacional.

Decisión del 30 de octubre de 2024 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Pedro Saghy*

Principia No. 11–2024 pp. 155-160

1. Institución o tribunal que dicta o administra la decisión

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario).

2. Fecha de la decisión

30 de octubre de 2024

3. Número del expediente o caso

Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1

4. Tipo de decisión

Laudo definitivo

5. Materia de la decisión

Doble nacionalidad

6. Partes

Demandante:

Luis García Armas

Demandado:

República Bolivariana de Venezuela

7. Derecho y normas aplicables aplicable

Derecho venezolano, Tratado de Protección Recíproca de Inversiones entre Venezuela y España (El Tratado) y Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), reglas reconocidas por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) como declarativas del Derecho Internacional Consuetudinario en la materia.

* Abogado de la UCAB; DSU, DEA y Doctor en derecho de la Université Panthéon-Assas Paris 2; Avocat à la cour (Paris).

8. Resumen de la controversia

i. Fácticos:

El Arbitraje está relacionado con supuestas medidas tomadas por la Demandada en contra de las inversiones del Demandante en el sector de distribución y comercialización de alimentos en Venezuela, particularmente en las empresas Frigoríficos Ordaz, S.A. (“Friosa”), Delicatesses La Fuente, C.A. (“La Fuente”), Inversiones Koma, S.A. (“Koma”), García Armas Inversiones, S.A. (“Gaisa”), e Inversiones García Hermanos, S.A. (“Ingahersa”) (conjuntamente, las “Empresas”). Según el Demandante, dichas Medidas resultaron en la expropiación de las compañías por parte de la Demandada, sin el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva y en otras violaciones del Tratado y del Derecho internacional.

ii. Procesales:

El 24 de julio de 2020, el Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción. En esa decisión el Tribunal Arbitral decidió lo siguiente:

- a. Desestimar la excepción preliminar de ausencia de jurisdicción *ratione voluntatis* y *ratione personae* presentada por la Demandada y confirmar su jurisdicción *ratione voluntatis* y *ratione personae* en el presente caso;
- b. Unir al fondo cualquier otra excepción preliminar que estuviese pendiente;
- c. Iniciar la fase subsiguiente del procedimiento en el caso;
- d. Reservar la decisión sobre las costas relacionadas con esta etapa del procedimiento hasta el Laudo; y
- e. Mantener en depósito con la CPA el monto de USD 750.000 (setecientos cincuenta mil dólares estadounidenses) para los mismos fines que determinaron su creación y hasta decisión ulterior en sentido contrario de este Tribunal Arbitral o hasta que el Tribunal Arbitral dicte una decisión que ponga fin al procedimiento en el presente caso.

“Esta excepción preliminar [de jurisdicción] se fundaba exclusivamente en el hecho de que el Demandante, según alegaba la Demandada, no estaba en condiciones de probar fehacientemente su nacionalidad española, condición esencial para poder demandar a la Demandada por alegadas violaciones de los estándares de protección del TBI y reclamar una indemnización.”

9. Argumentos de las Partes

i. Demandante

El Demandante alega que por tener la nacionalidad española sus inversiones estaban protegidas por el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Venezuela y España. Alega que la demandada expropió sus inversiones sin pagar la debida indemnización. En particular alega:

- a. Que el 21 de mayo de 2010 el INDEPABIS emitió la Providencia No. 180 de 2010 con medida preventiva de ocupación y operatividad temporal en todas las sedes de Friora, y designó una junta de administración temporal.
- b. Que el 6 de julio de 2010, se notificó la decisión del INDEPABIS de extender la medida de ocupación y operatividad temporal a La Fuente y Koma.
- c. Que el 19 de agosto de 2010, el INDEPABIS abrió un procedimiento sancionatorio contra Friora, imponiendo una nueva medida de ocupación y operatividad temporal y la renovación del mandato de la Junta Temporal.
- d. Que el 2 de septiembre de 2010, el Presidente de Venezuela anunció “la expropiación del Complejo García Hermanos que comprende la empresa Frigorífico Ordaz, Friora, Inversiones Koma y Delicatesses La Fuente.
- e. Que el 27 de junio de 2012, la Procuraduría inició el procedimiento judicial de expropiación de los bienes identificados en el Decreto No. 8.958 de 2012, solicitó mantener la medida cautelar de “ocupación, posesión, uso y administración” otorgada en febrero de 2011, y que ella se extendiera sobre los bienes objeto del Decreto No. 8.958 de 2012.

Sobre la base de lo anterior, el Demandante solicita que se condene a la Demandada, entre otros, al pago de US\$ 63,2 millones, más intereses hasta que tenga lugar el pago efectivo del monto total del Laudo.

ii. Demandado

El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*: El Demandante no aportó la prueba ni de haber hecho aportes ni de “involucramiento activo en sus alegadas inversiones”.

- a. Que el Demandante no realizó ningún aporte transfronterizo.
- b. Que en 1984 el Demandante se inscribió ante la SIEX como “inversor nacional”.
- c. Que el Demandante hace un reclamo indirecto. No por la pérdida del valor de sus acciones sino por la pérdida de los bienes que pertenecían a las empresas en las que supuestamente tenía una participación accionaria. Que el Tratado no permite las reclamaciones indirectas.
- d. Que la Demanda es inadmisibile debido a las múltiples ilegalidades cometidas por el Demandante.
- e. Que la familia García Armas usó como fachada empresas chilenas (Benipaula Chile y MSM Chile) y testaferros para realizar importaciones con sobreprecio que le permitieron obtener la asignación de millones de dólares a tasa preferencial defraudando al Estado venezolano

10. Motivación de la decisión

El Tribunal Arbitral consideró: “a la luz de los argumentos y pruebas de las Partes y del derecho aplicable definido por el TBI, la jurisdicción es inexistente y, como consecuencia, la reclamación inadmisibile.”

El Tribunal Arbitral interpretó los términos “inversor” e “inversión” del Tratado de Protección Recíproca de Inversiones entre Venezuela y España, a la luz de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDI”), reglas reconocidas por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) como declarativas del Derecho Internacional Consuetudinario en la materia.

“No hay duda posible, por lo tanto, que el intérprete al determinar el sentido corriente que hay que dar al término “inversores”... [debe] entender que la persona física de que se trate, el Demandante en el presente caso, tenga no solamente la nacionalidad de la otra Parte Contratante, sino también que haya realizado el mismo la inversión en el territorio de la otra Parte Contratante en cuestión. En consecuencia, las “inversiones” protegidas por el TBI abarcan efectivamente todo tipo de activos, pero únicamente cuando se trate de activos invertidos efectivamente por el propio inversor en el territorio de la otra Parte Contratante, es decir, cuando el inversor haya realizado él mismo la acción de invertir, tal como alega la Demandada.

El Sr. García Armas no ha probado si ha habido o no una contraprestación del Demandante en relación con la adquisición de las acciones que alega poseer ni, si ese hubiese sido el caso, la naturaleza de dicha contribución y su eventual cuantía.

Que el Demandante admitió que la inversión que alega no comportó la transferencia de ningún caudal o contribución del exterior en el territorio de Venezuela y que las Empresas en las que afirma tener acciones son todas empresas de nacionalidad venezolana de carácter familiar constituidas con haberes ganados en Venezuela por su trabajo y el de sus hermanos y otros miembros de la familia García Armas, todos ellos, salvo el Demandante, de nacionalidad venezolana.

El Demandante, como sus hermanos y demás parientes venezolanos, no fueron en ningún momento inversores protegidos por el TBI, cuyo objeto y fin no es proteger a inversores o inversiones nacionales sino a los inversores e inversiones de la otra Parte Contratante, es decir inversiones de extranjeros únicamente.

Lo que debe probar, por lo tanto, al respecto el Demandante no es solamente el hecho de la tenencia de las acciones de las empresas expropiadas mediante instrumentos legales perfectamente legítimos de acuerdo con el derecho venezolano, sino que - para que dicha tenencia pueda calificarse de una inversión internacional protegida por el TBI España- Venezuela - adquirió dichas acciones mediante una “contribución” de su parte en caudales o en especies. Para este Tribunal Arbitral el Demandante no ha administrado dicha prueba.

11. Decisión

- a. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae*.
- b. La inversión que alega el Demandante no se corresponde con la definición del término “inversiones” que a los efectos del TBI.
- c. El objeto del Tratado es lo de promover y proteger las inversiones internacionales realizadas por los inversores de una de las Partes Contratantes del TBI en el territorio de la otra Parte Contratante y viceversa y no se extiende, por lo tanto, a las inversiones de un carácter meramente nacional.

12. Breve opinión del relator

Una de las cosas más importantes que deja la lectura de esta decisión, es la importancia que tiene la coherencia de una estrategia procesal. La República demostró con éxito que el demandante cambió de estrategia y con ello incurrió en ESTOPEL. En análisis que se hace del ESTOPEL o principio general de derecho de los actos propios del Derecho Internacional y de la interpretación de las Convenciones Internacionales, es muy claro y adecuado para resolver este caso.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con el Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.