

**CIERC**

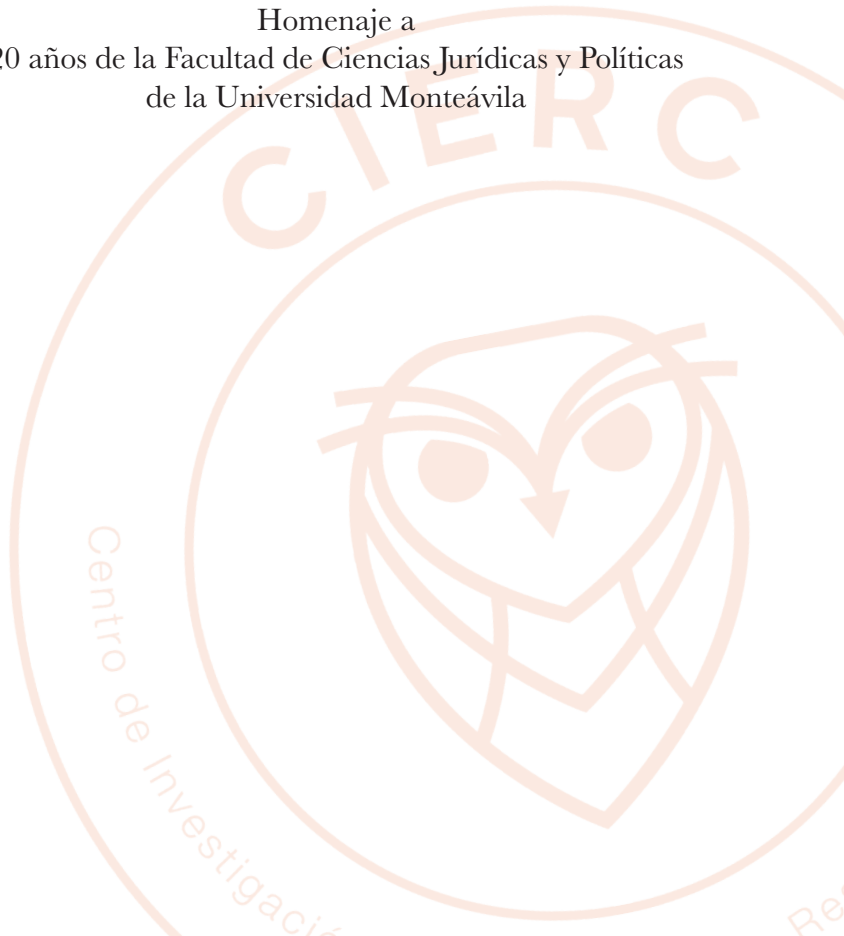
Centro de Investigación y Estudios para  
la Resolución de Controversias

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

# PRINCIPIA

No. 3 - 2020

Homenaje a  
20 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila





# Principia

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

No. 3-2020

Principia No. 3-2020  
Hecho en Depósito de Ley: MI2020000295  
ISSN:  
Caracas, Venezuela  
Principia es una Revista de publicación semestral





# Principia

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

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

[cierc@uma.edu.ve](mailto:cierc@uma.edu.ve)

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

Web: [www.uma.edu.ve](http://www.uma.edu.ve)

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

Fernando Sanquírigo Pittevil

**Director del CIERC**

Carmine Pascuzzo S

**Subdirector de Investigación**

Ramon Escovar Alvarado

**Subdirector de Estudios**

**DIRECCIÓN EDITORIAL**

Magdalena Maninat Lizarraga

**Director**

Caterina Jordan Procopio

**Coordinador Consejo Editorial**

Diego Castagnino

**Asesor del Consejo Editorial**

**CONSEJO EDITORIAL**

Carlos Soto Coaguila

Harout Samra

Mario Bariona Grassi

Adriana Vaamonde Marcano

Carmine Pascuzzo S

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Caricles Bolet

Rodrigo Farías Díaz

**HECHO EL DEPÓSITO DE LEY: MI2020000295**

**ISSN:**

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

## Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Con gran satisfacción, y una nueva imagen, nos enorgullece presentarles el tercer número de la revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila. Una edición dedicada a la enseñanza en el Derecho y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila (FCJP).

A lo largo de sus 20 años, la FCJP ha logrado crecer superando grandes obstáculos y retos en su camino. Con dos decanos tan insignes como lo fue el Dr. Aristides Rengel-Romberg y actualmente el Dr. Eugenio Hernández-Bretón, la FCJP ha buscado mantener una ejemplar enseñanza del Derecho, lo cual le transmite a cada uno de sus alumnos.

Este año la FCJP, y todas las instituciones de educación en general, están atravesando tiempos sin precedentes. La educación se ha visto en la necesidad de migrar a una educación no presencial de forma abrupta. Ha sido una enorme labor la que ha tenido la comunidad de la FCJP, incluidos alumnos, profesores y autoridades. No ha sido una tarea fácil, pero, a pesar de la dificultad, la FCJP puede estar orgullosa de sus alumnos, que han buscado la manera de adaptarse y seguir aprendiendo, aprovechando al máximo los recursos disponibles, cosa que celebramos desde *Principia*.

En honor a la FCJP, en esta entrega contamos con una espléndida entrevista al Dr. Carlos García Soto, quien, como egresado, profesor y ex autoridad de la FCJP, nos cuenta cómo ha sido su evolución a lo largo de estos 20 años.

Las contribuciones académicas también fomentan la enseñanza en el Derecho. En el caso de *Principia* y el CIERC, estamos comprometidos con la enseñanza de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias (MARC). Es por eso que en esta edición contamos con valiosos trabajos de destacados autores.

En esta oportunidad contamos con artículos que reflejan la realidad actual de los MARC. Este es el caso de las contribuciones del Dr. Fred Aarons, el Profesor Luis Ernesto Rodríguez y el

Profesor Gilberto Guerrero-Rocca, quienes discuten temas relevantes bajo la era del COVID-19.

Además, contamos con importantes y novedosos análisis en materia de los MARC de la mano del Profesor Antonio Briguglio, nuestro autor invitado de Italia, de Rafael J. Centeno y de la coautoría de Luis Sorondo y Anthony Muñoz.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás colaboradores que hacen que *Principia* sea posible.

Esperamos que con esta edición estemos logrando enriquecer la enseñanza y el conocimiento en los MARCs y el Derecho

¡Nos vemos en el No. 4!

**Magdalena Maninat Lizarraga**





# Contenido

## **20 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila**

Entrevista del Director del CIERC al Profesor Carlos García Soto pág 11

---

## **La digitalización en el Arbitraje y las Cortes en la búsqueda de Justicia en tiempos de pandemia**

Fred Aarons P. pág 15

---

## **The (long) growth crisis of International Commercial Arbitration**

Antonio Briguglio pág 38

---

## **El Arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos aplicado a las controversias surgidas en el ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual**

Rafael J. Centeno pág 51

---

## **La CISG en Arbitrajes Internacionales en la era del COVID-19 y en situaciones de fuerza mayor o excesiva onerosidad**

Gilberto A. Guerrero-Rocca pág 74

---

## **El reconocimiento de la legitimidad para ejercer la representación de un Estado en procesos arbitrales y judiciales. Caso: Venezuela**

Anthony Muñoz Ponce y Luis Felipe Sorondo pág 88

---

## **Principios y estándares en el renovado mundo de la solución de controversias por medios electrónicos (ODR). Instrumentos de Derecho transnacional**

Luis Ernesto Rodríguez Carrera pág 112

---

## **Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un Arbitraje Comercial**

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias pág 144

---

## **Normas Editoriales de Principia**

pág 148

---



# 20 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

Entrevista del Director del CIERC al Profesor Carlos García Soto\*

---

1. ¿Qué diferencia a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila (“FCJP”) de otras Facultades del país?

Sin ninguna intención de subestimar el trabajo que se hace en las otras Facultades del país, en la FCJP de la Universidad Monteávila tratamos de poner un especial esfuerzo en organizar la educación alrededor de la persona: educación personalizada es casi que un “emblema” que se quiere tener en la Facultad.

Por otra parte, se intenta que la formación esté impregnada de, al menos, tres perspectivas fundamentales: la formación humanística, la formación profesional y la formación ética, por usar un término usual. Queremos que nuestros profesionales sean cultos, muy buenos abogados, con una formación ética exigente.

2. ¿Cuál ha sido la evolución de la FCJP en estos 20 años?

La Facultad comenzó pequeña, y sigue siendo “pequeña”, si bien en algunos momentos ha contado con más alumnos, profesores y autoridades. La evolución ha implicado adaptar el *pensum*, los métodos y el acompañamiento a los alumnos conforme a lo que ha sido la evolución del país. Creemos que hemos logrado mantener el ritmo de exigencia, aun cuando el entorno ha sido cada vez más retador.

3. Habiendo sido estudiante de la FCJP, ¿cuáles son los retos de los estudiantes de la Facultad 20 años después de haber iniciado? ¿Es muy distinto ese reto, al que se enfrentaban los primeros estudiantes?

Pienso que sí, por lo que decía justo hace un momento: el país se ha hecho más retador. Ello no es necesariamente malo.

---

\* Abogado, magna cum laude, Universidad Monteávila (2004). Investigador Visitante, Universidad de Navarra (2009). Investigador visitante, Universidad de Columbia, New York (2010). Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (2009). Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, sobresaliente cum laude por unanimidad (2014). Ha sido Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Monteávila. Es Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Profesor de Entorno Regulatorio en el IESA. Director de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Tesorero de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

De hecho, nos ha exigido a todos dar cada vez más. Y eso es bueno. Quizá el principal reto que hoy enfrentamos es mantener el optimismo y la sonrisa. Para el resto, nos ayudamos entre todos.

4. **Habiendo sido profesor de la FCJP, ¿cuáles son los retos de los profesores a 20 años del inicio de la FCJP? ¿Son distintos los retos luego de 20 años?**

Los profesores tienen hoy un reto muy grande: seguir dando razones para la esperanza a sus alumnos. Además, tienen el reto de saber explicar el arte del Derecho en un entorno en el que los principios y las reglas jurídicas se desdibujan más y más.

5. **Habiendo sido autoridad de la FCJP, ¿a qué retos se enfrentan las autoridades 20 años después de iniciada la FCJP? ¿Son diferentes los retos a los que se enfrentaron las primeras autoridades?**

Las primeras autoridades tenían un reto muy importante: sacar adelante una Facultad desde sus inicios. Lo lograron, con creces. Le debemos mucho a sus “arquitectos”: Enrique Pérez Olivares, Gustavo Linares Benzo, Aristides Rengel-Romberg, Vicente Villavicencio, entre otros.

Las autoridades actuales tienen el reto de mantener el pulso, en un entorno cada vez más difícil, si es que cabe. Nadie hubiera imaginado que, además, tendrían que “enfrentar” una pandemia.

En todos estos años, el liderazgo y la autoridad moral del Decano Eugenio Hernández-Bretón ha sido invaluable.

6. **¿Qué consejo le daría a los Estudiantes, Profesores y Autoridades de la FCJP?**

No ceder a la tentación de dejar de estudiar, o de estudiar menos. Sin que nos demos cuenta, las circunstancias conspiran contra nuestro estudio. Que cada quien haga examen al final de la semana de cuántas horas dedicó al estudio de las Humanidades y del Derecho esa misma semana. Y corregir cuando haga falta. Hoy contamos con unas facilidades para acceder a bibliografía en la *web* de forma gratuita, que hace unos pocos años hubiera sido impensable. Pero también estudiar con libros físicos.

7. **Según su opinión, ¿Cuál es el balance de estos 20 años “andando en derecho”<sup>1</sup>?**

Creo que se ha logrado en líneas generales el objetivo. El reto es corregir donde haga falta, y estar muy alertas de no bajar

---

<sup>1</sup> Frase tomada de las palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Montevideo, Dr. Eugenio Hernández Bretón en <http://www.derysoc.com/blog/20-anos-andando-derecho/>

la guardia sin darnos cuenta por la inercia del día a día.

8. ¿Cómo quisieras ver a la FCJP en 20 años?

Con más alumnos, profesores y autoridades. En el nuevo *campus* de El Hatillo. Con los alumnos teniendo el legítimo deseo de parecerse en las virtudes a sus profesores, y trabajando todos los días para ello.



# La digitalización en el Arbitraje y las Cortes en la búsqueda de Justicia en tiempos de pandemia

Fred Aarons P.\*

---

**Resumen:** El propósito de este artículo es proporcionar una referencia breve acerca de las medidas adoptadas por los órganos jurisdiccionales y tribunales arbitrales en diversos países, con el fin de garantizar el acceso a la justicia durante la pandemia por el COVID-19. Así mismo, se hace referencia a las posibilidades de potenciar el uso de las plataformas digitales tanto en procesos judiciales gestionados por los órganos jurisdiccionales como aquellos canalizados por los medios alternativos de solución de controversias, con especial referencia al arbitraje comercial, durante la pandemia por el COVID-19 y con posterioridad a esta. Se destaca también la conveniencia del uso de cláusulas escalonadas para establecer una pauta eficiente en la solución de controversias mediante la aplicación progresiva de los medios alternativos.

**Abstract:** The purpose of this article is to provide a brief reference about the measures adopted by the jurisdictional bodies and arbitration courts in various countries to guarantee access to justice during the COVID-19 pandemic. Likewise, reference is made to the possibilities of promoting the use of digital platforms both in judicial processes managed by the courts and those channeled through alternative dispute resolution means, with special reference to commercial arbitration, during the COVID-19 pandemic and thereafter. The convenience of the use of multi-tiered clauses to establish an efficient guideline in the settlement of disputes through the progressive application of alternative means is also highlighted.

**Palabras Claves:** Acceso a la justicia. Digitalización judicial. Órganos jurisdiccionales. Medios alternativos de solución de controversias. Arbitraje comercial. Cláusulas escalonadas. Plan de gestión digital. Mejores prácticas. Encriptación de data. Confidencialidad. Infraestructura digital. Pandemia. Coronavirus COVID-19. Economía digital.

---

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

**Keywords:** Access to justice. Judicial digitization. Jurisdictional bodies. Alternative means of dispute resolution. Commercial arbitration. Multi-tiered clauses. Digital management plan. Best practices. Data encryption. Confidentiality. Digital infrastructure. Pandemic. COVID-19 coronavirus. Digital economy.



**Sumario: I. Introducción, II. Efectos de la pandemia del COVID-19 en la administración de justicia, III. Barreras para alcanzar justicia, IV. Mejores prácticas para promover el acceso a la justicia en tiempos de pandemia, V. El uso de los medios alternativos para la solución de controversias en tiempos de pandemia, VI. Criterios para la promoción de la digitalización en el arbitraje, VII. Conclusiones**

## **I. Introducción**

La pandemia por el COVID-19 ha planteado un cambio fundamental en el quehacer diario de la humanidad, lo cual ha traído como consecuencia la necesidad de adoptar modalidades innovadoras de ejecución en múltiples actividades económicas y sociales. El acceso a la justicia es un derecho fundamental del ser humano y como tal debe haber interés por parte de los Estados en garantizarlo aún en medio de circunstancias de emergencia y alarma suscitadas por la pandemia que nos afecta.

Los procesos judiciales, ya sean gestionados ante los órganos jurisdiccionales ordinarios como por los tribunales arbitrales requieren adaptarse a los requerimientos de innovación y de distanciamiento social que imponen la pandemia por el COVID-19.

La digitalización de los procesos judiciales o de los métodos alternativos de solución de controversias se configura como la piedra angular de una estrategia coordinada entre los sectores público y privado para proporcionar acceso efec-

tivo a la justicia durante la pandemia por el COVID-19 y un parámetro distinto de operatividad aplicable inclusive posteriormente. En consecuencia, la ocasión es propicia para promover la discusión acerca de estos asuntos.

Con el fin de acometer nuestra tarea en este artículo hacemos referencia a la modalidad adoptada por los países para proporcionar acceso a la justicia durante la pandemia por el COVID-19. Asimismo, identificamos las mejores prácticas adoptadas para facilitar la digitalización en los procesos dirigidos a garantizar el acceso a la justicia durante la pandemia por el COVID-19. Por otra parte, resaltamos que la pandemia suscitada representa una oportunidad para profundizar el uso no solo del arbitraje comercial, sino también la negociación y la mediación como mecanismos alternativos de solución de controversias de aplicación progresiva. Con el ánimo de proporcionar mayor flexibilidad en la tramitación de las soluciones de controversias resaltamos la conveniencia de introducir las cláusulas escalonadas en los contratos y la digitalización de dichos

servicios siguiendo criterios mínimos de operatividad que contribuyan a alcanzar una justicia más incluyente, transparente, innovadora y oportuna.

## II. Efectos de la pandemia del Coronavirus en la Administración de Justicia

De acuerdo con los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) en fecha 24 de febrero de 2010, una pandemia es la propagación mundial de una enfermedad. A decir de la OMS, se produce una pandemia de gripe cuando surge un nuevo virus gripal que se propaga por el mundo y la mayoría de las personas no tiene inmunidad contra él. Por lo común, los virus que han creado pandemias con anterioridad han provenido de virus gripales que afectan a animales<sup>1</sup>.

Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de oriente medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto y expandido más reciente-

mente causa la enfermedad por COVID-19.

En fecha 11 de marzo de 2020 la OMS declaró la pandemia global por el coronavirus COVID-19, debido a la amplia propagación del referido virus a nivel mundial. Dicha declaración de la OMS provocó la adopción de una serie de medidas de distanciamiento social tanto en países que ya habían sido afectados por dicho virus como en aquellos que podrían ser inminentemente afectados. El coronavirus COVID-19 amenaza con causar estragos en los sistemas de salud pública a nivel mundial debido al creciente número de personas infectadas con el virus y el progresivo aumento de fallecimientos provocados por complicaciones de salud causadas por el virus. Las medidas adoptadas como consecuencia de la declaración de pandemia obligaron al cierre de las oficinas públicas y privadas a gran escala, la adopción de medidas de distanciamiento social de amplio alcance, incluyendo la suspensión total o parcial de los procedimientos de administración de justicia en algunos países. La eventual suspensión de actividades públicas como privadas ha provocado la paralización de todo tipo de actividades por varias semanas, inclusive meses

---

<sup>1</sup> World Health Organization, [Who.int/CSR/disease/swinflu/frequently\\_asked\\_questions/pandemic/es/](https://www.who.int/CSR/disease/swinflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/)

consecutivos en algunos casos, conllevando un limitado y en algunos casos inexistente acceso a la justicia. Tal circunstancia tiene consecuencias importantes para los ciudadanos, puesto que en virtud de los efectos perniciosos del coronavirus COVID-19, se ha determinado que no se trata de una emergencia sanitaria de carácter temporal, sino más bien de una pandemia de efectos prolongados en el tiempo. Semejante situación provocará que las medidas de distanciamiento social adoptadas para combatir el coronavirus COVID-19 se constituyan en prácticas profilácticas que habrían llegado para permanecer en el tiempo. No obstante, las medidas adoptadas para asegurar el acceso a la justicia han variado ostensiblemente en función principalmente de la capacidad relativa de los órganos jurisdiccionales de atender o no de forma remota los procesos judiciales en curso, así como aquellos casos iniciados durante la pandemia.

En algunos países el cierre ha sido total y prolongado por más de tres meses ininterrumpidos, provocando con la suspensión de las causas procesales existentes que el acceso a la justicia sea denegado. Todo ello sin perjuicio que se practiquen las actuaciones consideradas urgentes para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes de

conformidad con la ley. Cabe destacar que en la mayoría de las jurisdicciones se han considerado habilitados los órganos jurisdiccionales correspondientes competentes para dirimir recursos de amparo constitucional durante el período de suspensión general antes referido, al igual que los tribunales con competencia en materia penal, así como los circuitos judiciales laborales, de protección de niños y adolescentes y aquellos con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, todos ellos habiendo quedado facultados para adoptar las medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia en las diversas circunscripciones judiciales.

Si bien la suspensión generalizada de la gestión jurisdiccional busca preservar la salud pública, su irrestricta aplicación hace ilusorio el acceso a la justicia en una amplia variedad de derechos, tal como podría ocurrir –por ejemplo– en la violación del derecho a la propiedad en causas existentes que no sean consideradas urgentes.

En este primer grupo de países, a pesar de haberse formulado ciertas declaraciones formales de continuidad puntual en las gestiones de los órganos jurisdiccionales para asegurar el acceso a la justicia, la realidad ha evidenciado que las instalaciones de la mayoría de los juzgados y tribunales han adoptado medidas de cierre temporal; además de

no tener capacidad instalada para proporcionar acceso remoto para atender nuevos procesos judiciales y darle continuidad a los procesos existentes previo a la pandemia. En dichos países, la falta de infraestructura tecnológica y limitada capacidad de conectividad al internet ha sido determinante para impedir el acceso a la justicia de manera continua. Asimismo, la falta de un plan de gestión ordenado apoyado con adecuada difusión a la población ha impedido establecer procesos alternativos para la atención continua y oportuna de asuntos jurisdiccionales. En buena medida las deficiencias institucionales marcan decididamente el curso de acción de aquellos países incluidos en este primer grupo, agudizando la falta de seguridad jurídica, colocando el estado de derecho en situación de precariedad relevante ante la situación de emergencia suscitada por la pandemia –por el coronavirus COVID-19– y la consecuente agudización del retraso judicial preexistente.

En otro grupo de países, que incluye a la mayoría de los países desarrollados, se han adoptado planes concretos, al inicio de la pandemia o durante su desarrollo, dirigidos a mantener operativos los órganos jurisdiccionales, mediante el uso de mecanismos remotos o virtuales que permiten el permanente acceso a la

justicia, independientemente de la naturaleza o características del asunto o de la controversia judicial de que se trate. De tal manera se busca atender de forma efectiva los derechos constitucionales de los ciudadanos, preservando su seguridad jurídica de forma permanente.

Como parte de tales esfuerzos la judicatura en diferentes países ha continuado las audiencias judiciales por vía remota o por medios digitales, utilizando múltiples plataformas tecnológicas que incluyen videoconferencias o teleconferencias y la remisión de actuaciones procesales por vía digital. No obstante, en aquellas situaciones en las que una audiencia procesal es requerida, la judicatura en múltiples naciones ha implementado procedimientos sustitutivos para proteger la salud y seguridad de los agentes prestadores de servicios jurisdiccionales y sus usuarios, en lugar de requerir su presencia regular en las instalaciones judiciales. En tales circunscripciones judiciales, los órganos jurisdiccionales continúan recibiendo y procesando tramites y solicitudes judiciales por vía de correos electrónicos, facsímiles o en centros remotos de recepción. Así mismo, las decisiones y sentencias continúan siendo publicadas por los jueces en relación con la mayoría de los asuntos judiciales pendientes.

A partir de la declaración de la pandemia por el COVID-19, se han extendido los foros de discusión a nivel mundial dirigidos a promover el acceso a la justicia durante la pandemia por COVID-19. A manera de referencia, se presentaron diversas alternativas en un panel de discusión promovido por el Bolch Judicial Institute y el American Law Institute, en el que participaron destacados jueces federales y estatales en los Estados Unidos de América, acerca de cómo los organismos jurisdiccionales están asegurando la continuidad de operaciones durante la pandemia por el COVID-19. Por otra parte, la presidente de la Corte Suprema del Estado de Michigan, Estados Unidos de América, afirmaba ante un panel del Comité de Justicia del Congreso de ese país que se ha determinado la amplia necesidad de cambiar el sistema de justicia como resultado de las pruebas de funcionamiento remoto implementadas a partir de la pandemia por el COVID-19. Destacaba en su exposición que la pandemia por el COVID-19 ha producido más cambios en la forma de operar los órganos jurisdiccionales en tres meses que los alcanzados durante tres décadas. La pandemia no es una disrupción deseada, pero se ha podido constituir en motivo de la transformación que los órganos jurisdiccionales requerían para constituirse en instituciones más accesibles,

transparentes, eficientes y amigables para sus usuarios. Ante los beneficios de la innovación, tenemos una oportunidad única para crear cambios necesarios de largo plazo a favor del sistema de justicia. Los sistemas judiciales de Michigan –por ejemplo– han celebrado más de 50.000 audiencias de Zoom y se acercan a las 350.000 horas de procedimientos en línea desde el 1 de abril hasta mediados del mes de junio de 2020, según McCormack.

Al permitir que los acusados en casos penales y civiles en el Estado de Michigan, EEUU escuchen sus casos virtualmente, la magistrada dijo que el sistema legal de Michigan ha eliminado las barreras, incluyendo el transporte, el estacionamiento, las discapacidades, el cuidado de niños y las responsabilidades laborales. Además, McCormack dijo que las audiencias virtuales han demostrado ser menos intimidantes para las partes que aparecen sin abogados: *“Hay algo en la naturaleza igualada de que todas las plataformas Zoom son del mismo tamaño, lo que hace que la gente se sienta más escuchada y más respetada”*, dijo. *“Tal vez es menos intimidante.”*

El traslado a las salas de audiencias virtuales en el Estado de Michigan, EEUU se hizo en marzo, cuando el estado detuvo temporalmente muchos negocios y actividades no consideradas esenciales para mantener y proteger la

vida durante la pandemia por el COVID-19. Antes de la pandemia, McCormack dijo que su equipo administrativo invirtió en equipar cada sala del tribunal en el Estado con un sistema de videoconferencia y cada juez con una licencia Zoom.

Para mantener el acceso público, muchas audiencias judiciales se publican en vivo en Youtube, y el Estado ha creado un directorio virtual de la sala de audiencias para permitir que la ciudadanía vea a cualquier juez en el Estado. McCormack testificó que el recurso se ha utilizado más de 25.000 veces solo en el último mes, incluyendo una que atrajo a más de 8.000 espectadores a la vez.

La magistrada del Estado de Michigan, EEUU también resumió el sistema de resolución de disputas en línea del Estado, que permite a las personas gestionar una disputa sin ir a la corte, y un sistema piloto de mensajería de pruebas que notifica al público de eventos y pagos judiciales. *“Mirando hacia el futuro, no podemos volver a realizar viejas formas de llevar a la gente a los tribunales, donde el acceso a la justicia es un problema continuo”*, dijo. *“En lugar de eso, debemos centrar nuestros recursos en llevar justicia a las personas donde viven y donde trabajan. Debemos reconstruir lo que hacemos*

*desde cero y crear un sistema de justicia del siglo XXI.”*

McCormack fue uno de los tres jueces jefes estatales a los que se les pidió que testificaran durante la audiencia antes referida celebrada en el Congreso de los EEUU. Cuando se le preguntó si apoyaría los procedimientos de transmisión en vivo de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el tribunal de apelaciones, dijo que lo haría, señalando la importancia de la transparencia en el sistema judicial. La magistrada notó que hay *“definitivamente áreas de valores contradictorios que necesitarán más discusión.”*

Algunos procedimientos no son apropiados para plataformas remotas, como testigos que testifican en un juicio penal, dijo. Sin embargo, muchas de las audiencias de casos de alto volumen, incluida la cobranza de deudas, los desalojos y otros casos de tribunales de distrito, se prestan a plataformas virtuales y McCormack dijo que tener una opción virtual ya ha demostrado aumentar la participación. Otros participantes en la audiencia del Congreso expresaron su preocupación por las áreas que no tienen el mismo acceso a la tecnología y la conexión a internet. McCormack dijo que le

gustaría que fuera una opción en los casos que corresponda<sup>2</sup>.

En esencia, lo importante es asegurar el compromiso de los órganos jurisdiccionales en la prestación de servicios para garantizar el acceso de la justicia para todos los ciudadanos, tomando en consideración las limitaciones y restricciones propias resultantes de las medidas de salud pública y distanciamiento social adoptadas para combatir la pandemia por el COVID-19 que nos afecta.

A pesar de las medidas alternativas adoptadas para asegurar el acceso a la justicia en tiempos de pandemia, múltiples retos existen y los efectos de largo plazo podrían ser significativos. Habría que asegurar que los órganos jurisdiccionales dispongan de la infraestructura adecuada, incluyendo el equipamiento para acceder y utilizar eficientemente las tecnologías necesarias para la prestación de servicios remotos o por vía digital, así como la implementación de procedimientos temporales ajustados a las condiciones de necesaria preservación de la salud pública, mientras los órganos

jurisdiccionales continúan su ininterrumpida atención al público y la oportuna mitigación del retraso judicial que se pueda producir durante el tiempo de pandemia. Por tal motivo, vale destacar los retos que representan los cambios rápidos que se están efectuando en los procesos judiciales, incluyendo la implementación de herramientas de videoconferencias, cambios de plazos procesales y la adopción de nuevas reglas para la interacción segura en los tribunales y juzgados. Así mismo, debemos considerar la importancia de promover los cambios que puedan implementarse durante la pandemia por el COVID-19 y extenderse más allá de esta para lograr una mejora efectiva en el acceso a la justicia<sup>3</sup>.

### III. Barreras para alcanzar justicia

Cualesquiera que sean las mejores prácticas que se adapten para acceder a la justicia en tiempos de pandemia, debemos confrontar primeramente dos barreras fundamentales. Entre la multiplicidad de barreras que confrontamos, destacan dos barreras principales para acceder a la justicia en

---

<sup>2</sup> Justin P. Hicks, "Technology brought 'much-needed change' to judicial system, Michigan Supreme Court chief justice tells Congress", M Live Media Group, <https://www.mlive.com/public-interest/2020/06/technology-brought-much-needed-change-to-judicial-system-michigan-supreme-court-chief-justice-tells-congress.html>

<sup>3</sup> Bolch Institute, "Coping with COVID: How Courts are Preserving Access to Justice", <https://web.law.duke.edu/video/bolch-institute-coping-covid-how-courts-are-preserving-access-justice/>

los referidos tiempos, tales son (i) la reducida o no disponibilidad o acceso a los medios de digitalización; y (ii) los costos relativos de los procesos judiciales.

En relación con la disponibilidad o acceso a los medios de digitalización a través del internet, su utilización conlleva el establecimiento de una infraestructura cónsona que forme parte de las herramientas de economía digital de una nación; en otras palabras, la capacidad de digitalización estaría determinada por el nivel de penetración del internet como plataforma de conectividad remota en una sociedad, incluyendo los órganos jurisdiccionales y sus usuarios. Debemos tomar en consideración que el nivel de penetración del internet en las diversas economías es determinante para proporcionar amplia continuidad operativa al sistema jurisdiccional por medios remotos, para así asegurar la continuidad de los procesos judiciales que se inicien o se encuentren en tramitación durante la pandemia. En la medida que el nivel de penetración del internet en una economía sea menor, en dicha proporción la referida variable se constituirá en una barrera importante

para proporcionar acceso a la justicia en tiempos de pandemia.

Las estadísticas más recientes en relación con los niveles de penetración de internet por región indican que el norte de Europa lidera dicho rubro con una penetración de 95%, seguido por Europa occidental con una penetración del 92%; América del norte con una penetración de 88%.

Mientras el nivel de penetración del internet a nivel mundial es del 59%, en Suramérica es del 72%, en Centroamérica es del 66% y en el Caribe es del 60%<sup>4</sup>.

Al respecto, corresponde a cada país establecer una estrategia de mediano y largo plazo para aumentar el acceso a la red digital mediante el establecimiento y mantenimiento de una estructura digital adecuada.

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

---

<sup>4</sup> J. Clement, "Internet penetration rate worldwide as of January 2020", Statista, <https://www.statista.com/statistics/269329/penetration-rate-of-the-internet-by-region/#statisticContainer>



este particular, cabe destacar que la adecuada relación entre la obtención de un laudo arbitral en el menor tiempo posible y con costos razonables maximiza la relación costobeneficio resultante del proceso arbitral.

Asumiendo que los costos del arbitraje comercial sean razonables, tal como lo promueven la mayoría de las legislaciones y reglamentos de los centros arbitrales en América Latina, existen circunstancias que determinan que los costos en el arbitraje sean un aspecto de relativa preocupación de las partes interesadas en acudir al arbitraje como alternativa válida y eficiente para solucionar las controversias que puedan surgir en relación con sus relaciones contractuales. Ante la decisión de las partes de acudir a un proceso arbitral para dirimir sus controversias comerciales, surge una variedad de aspectos relevantes en materia de costos que ameritan la atención de las partes, los árbitros, los centros arbitrales y eventualmente de terceros vinculados directa o indirectamente con tal proceso, tales como peritos, expertos, financistas, entre otros.

En el arbitraje la justicia es sufragada por las partes ya sea en seguimiento del acuerdo alcanzado al momento de contratar, o por los requisitos establecidos en la legislación pertinente, sea esta la ley de arbitraje o el código

normativo que corresponda de acuerdo con el marco regulatorio aplicable, o por el reglamento al cual las partes se hayan adherido para tramitar el procedimiento arbitral y alcanzar la solución de las controversias suscitadas, como consecuencia de las transacciones pactadas.

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

El pago de los costos en el arbitraje es una obligación propia del acuerdo arbitral en sentido *lato*, cuando las partes estipulan el sometimiento de cualquier controversia que se suscite al arbitraje, sea este de derecho o equidad. Sin embargo, aun cuando las obligaciones y derechos de las partes contratantes de la cláusula compromisoria surgen esencialmente de esta, las partes usualmente no hacen referencia expresa al esquema aplicable para atender al pago de los costos rela-

cionados con el arbitraje. De allí que haya que acudir de manera subsidiaria a la ley aplicable o al reglamento según el cual las partes hayan acordado tramitar la controversia, con el fin de determinar de forma específica el tratamiento aplicable en relación con el pago de los costos, o ante la falta de pago, en un procedimiento regido por normas de arbitraje comercial<sup>5</sup>. La implementación de una tarifa plana o “flat rate” para ciertos tipos de asuntos dirimidos en tribunales arbitrales podría contribuir en la reducción sustancial de los costos en el arbitraje comercial y así maximizar las ventajas que este presenta por su menor plazo de tramitación, en comparación con los asuntos dirimidos ante los órganos jurisdiccionales.

#### **IV. Mejores prácticas para promover el acceso a la justicia en tiempos de pandemia**

Considerando que la pandemia por el COVID-19 que nos afecta en la actualidad no es un evento aislado, sino más bien una situación de emergencia que amenaza con mantenerse entre nosotros por un tiempo relativamente prolongado, resulta necesario promover las mejores prácticas para asegurar el acceso a la justicia en tiempos de pandemia u otras situaciones de

emergencia, e inclusive posteriormente para de tal manera hacer de los órganos jurisdiccionales instituciones más incluyentes y accesibles a la ciudadanía. En tal sentido, sugerimos considerar las siguientes prácticas para promover el acceso permanente a la justicia en tiempos de pandemia y garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos, independientemente de la naturaleza y las características de los asuntos de que se traten.

Los órganos jurisdiccionales, incluyendo los centros de arbitraje comercial, deberían primeramente disponer de un plan de gestión en el que establezcan los procedimientos aplicables durante la vigencia de la pandemia o emergencia general de que se trate. El plan de gestión para los procedimientos aplicables debe ser ajustado periódicamente según las circunstancias ameriten. Dicho plan de gestión debe configurarse como una guía operativa para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, según evolucionen las diferentes etapas de la pandemia e inclusive posteriormente. Si bien la mayoría de las mejores prácticas están dirigidas a las audiencias audiovisuales, se debe considerar también las audiencias por vía telefónica.

---

<sup>5</sup> Aarons P., Fred, “Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales”, en *Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela y Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015), 80-81.

El plan de gestión debería tomar en consideración, como mínimo, los aspectos siguientes:

1. Contemplar los ajustes de los procedimientos procesales aplicables en función de la situación de emergencia planteada;
2. Establecer pautas de distanciamiento social en las instalaciones jurisdiccionales, según las particularidades propias del caso;
3. Establecer pautas de comunicación permanente mediante conexión a plataformas digitales;
4. Establecer la metodología aplicable para el acceso a procesos judiciales por vía remota;
5. Asegurar que todas las partes estén informadas acerca del equipamiento requerido para las audiencias con el fin de asegurar su uso adecuado;
6. Las partes deben ser flexibles para atender las dificultades técnicas y otros impedimentos que puedan surgir con ocasión del acceso remoto, para darle continuidad a los procesos judiciales durante la pandemia por el COVID-19;
7. Las partes deben intentar alcanzar la mayor cantidad de acuerdos transaccionales posibles con el fin de reducir el número de procedimientos judiciales;
8. Las audiencias requieren civilidad, profesionalismo, cooperación, comunicación y colaboración entre las partes;
9. Previo a la audiencia, las partes deben acordar el formato y cronograma aplicable para los diferentes trámites, así como las plataformas en las cuales se efectuarían dichos trámites;
10. Lo óptimo es tratar de reducir en lo posible las exposiciones orales, mientras se hace uso de los escritos para reducir la extensión de las audiencias. Tal recomendación es altamente efectiva en aquellas localidades que padecen de interrupciones eléctricas frecuentes;
11. Se debe asegurar que haya imparcialidad en los aspectos sustantivos y procedimentales del proceso, de manera que no se coloque a alguna de las partes en situación de indefensión por el eventual acceso limitado que pudiera tener durante el proceso;
12. Se requiere considerar la flexibilización de plazos procesales con la anuencia de las partes;
13. Se requiere considerar que en algunas circunstancias las audiencias remotas no son el medio más adecuado por tratarse de asuntos

que contienen información sensible, particularmente aquellos relativos a asuntos criminales, de menores u otros similares. En otros casos, las audiencias remotas pueden ser inadecuadas por las circunstancias personales de la parte afectada o por la falta de acceso a la tecnología necesaria para llevar a cabo la audiencia remota.

Las mejores prácticas antes señaladas reflejan las diferentes medidas adoptadas por los órganos jurisdiccionales, así como los centros arbitrales, para establecer pautas de funcionamiento de las cortes y de los tribunales arbitrales durante la pandemia por el COVID-19. Las mismas tienen carácter enunciativo y requieren ser complementadas en la medida que se susciten situaciones generales o particulares que requieran atención para asegurar el oportuno acceso a la justicia tanto en asuntos judiciales gestionados ante los órganos jurisdiccionales, así como aquellos tramitados ante los tribunales arbitrales<sup>6</sup>.

## V. El uso de los medios alternativos para la solución de controversias en tiempos de pandemia

La pandemia por el COVID-19 ha reconfigurado a los medios alternativos de solución de controversias, puesto que, como señalábamos, no ha sido homogénea la aproximación adoptada por los órganos jurisdiccionales. En algunos países únicamente se ha dado atención a los asuntos considerados urgentes, mientras que en otros se ha tratado de dar continuidad a los servicios de justicia mediante atención remota o virtual. Tal circunstancia ha proporcionado una oportunidad única para el uso de los medios alternativos de solución de controversias como una vía flexible de atención para asuntos civiles y mercantiles mediante ya sea la negociación, la mediación y el arbitraje.

La pandemia por el COVID-19 en buena medida ha provocado la paralización de la actividad judicial, con el consecuente incremento en el estado del retraso judicial preexistente, lo cual provocará el alargamiento de los plazos judiciales. Por otra parte, la pandemia por el COVID-19 habría provocado la disrupción en la ejecución de contratos

---

<sup>6</sup> Supreme Court of Florida, "Recommendations from the Court Operations Subgroup, Recommendations for the Priority in Which to Resume Civil and Criminal Jury Trials and Management of Evidence in Remote Pretrial Hearings in Criminal Cases"; <https://www.floridasupremecourt.org/content/download/637816/7251530/06-16-2020-Best-Practices-Guidelines.pdf>

civiles y mercantiles debido principalmente al cambio de las circunstancias suscitadas por sus efectos, lo cual provocará un aumento importante de la actividad judicial en la jurisdicción civil y mercantil. Adicionalmente, las partes en sus nuevas contrataciones requerirán mecanismos flexibles y eficientes para la rápida solución de las controversias que pudieran surgir durante su ejecución, durante la pandemia o posteriormente.

Ante la situación descrita resulta ser de creciente importancia recurrir a los medios alternativos para la solución de controversias, siendo particularmente oportuno considerar el uso en medio de la pandemia de las llamadas “cláusulas escalonadas”. Las cláusulas escalonadas o también referidas como *multi-tiered clauses* o *multi-step clauses* son cláusulas de resolución de controversias que conllevan un sistema progresivo para la solución de las diferencias que las partes pueden disponer en sus fases iniciales de varios métodos alternativos para la resolución de controversias (negociación entre altos ejecutivos, mediación, *dispute boards*, etc.) y que culmina en arbitraje, en caso de resultar infructuosa alguna solución durante la aplicación de los primeros métodos alternativos. Acerca de su naturaleza se ha discutido exten-

samente si se trata o no de auténticos convenios arbitrales. No obstante, la tendencia imperante en la actualidad sugiere la utilización de este tipo de cláusulas en los más diversos tipos de contratos, razón por la cual los principales centros arbitrales están promoviendo el uso de las cláusulas escalonadas.

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

Pese a sus ventajas, estas cláusulas son fuentes de no pocos problemas cuando una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o cuando la redacción de la cláusula tiende a ser ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos, previo al inicio del arbitraje. El tema principal relativo dichas cláusulas es el que se refiere a los efectos y consecuencias en el arbitraje, así como su reconocimiento y ejecución del laudo que resulte, en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto

en la cláusula escalonada. Por otra parte, es prestar debida atención cuando una de las partes solicita medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a la parte a dar inicio al arbitraje dentro de un plazo relativamente breve o cualquier otra circunstancia procesal que le impida que alguna parte pueda respetar el procedimiento escalonado. La inclusión de una cláusula escalonada en un contrato debe atender a las necesidades propias de las partes contratantes y de la transacción que los vincula, con el fin de asegurar su efectividad y la maximización de los beneficios. Por ello es necesario precisar aspectos particulares en la referida cláusula, tales como determinar claramente el carácter imperativo o no de los procedimientos previos al inicio del arbitraje (negociación, perito técnico, *dispute boards*, etc.), los plazos o, en su caso, hechos que determinen el fracaso de los pasos previos al arbitraje y que permitan iniciar los siguientes<sup>7</sup>.

## VI. Criterios para la promoción de la digitalización en el arbitraje

La pandemia por el COVID-19 ha obligado a todos los sectores

económicos a tomar acciones para apoyar las estrategias de los Estados y minimizar los impactos negativos que tendrá en la economía<sup>8</sup>. La economía digital representa toda actividad económica vinculada con el internet o la “web”, que cada día tiene mayor injerencia en la economía tradicional. El acceso a la justicia como necesidad de toda sociedad regida por el estado de derecho no puede estar ajena a su influencia. Las plataformas en línea establecen mecanismos de conectividad e intercambio de información que tienden a superar problemas de confianza mediante mecanismos de garantía y la resolución de disputas. La red de internet permite la confluencia de los más disímiles aspectos de una economía globalizada, donde se producen múltiples relaciones jurídicas que involucran sujetos de diversas nacionalidades y domicilios en diferentes jurisdicciones internacionales, rigiéndose en consecuencia por diversas legislaciones, fueros jurisdiccionales y autoridades administrativas con *autoritas* en diferentes territorios. La interconexión mundial de las redes digitales genera la globalización de la información,

---

<sup>7</sup> Iglesias Jaime, “Cláusula escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas”, Garrigues Abogados, [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-este-metodo-alternativo-de-resolucion-de](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-este-metodo-alternativo-de-resolucion-de)

<sup>8</sup> Banco Interamericano de Desarrollo, “Herramienta de defensa ante la crisis del Covid-19 y para el desarrollo sostenible”, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Digitalizacion-Herramienta-de-defensa-ante-la-crisis-del-Covid-19-y-para-el-desarrollo-sostenible.pdf>

propiciando que las plataformas de internet configuren un medio ansiado para la circulación transfronteriza de información, lo cual contribuye a generar riesgos en el manejo de datos personales que tienen diferentes niveles de atención a nivel comparado, en medio de divergencias significativas en lo que concierne a la protección jurídica de los datos personales entre los diversos ordenamientos.

La red de internet se ha constituido en una referencia obligada en la llamada sociedad de la información, facilitando servicios electrónicos interactivos y el intercambio de muy variada información.

El internet se caracteriza por tener una operatoria descentralizada y por consiguiente no está sometido a un organismo único de dirección y gestión. La actualización del ordenamiento jurídico aplicable al internet y los servicios relacionados de almacenamiento de datos personales y difusión de información ha estado limitada debido a la reiterada transformación que se ha verificado en las redes digitales. El uso del internet se ha ampliado de tal forma que gracias a la amplitud de la capacidad de transmisión de datos y el aumento del ancho de banda los servicios de internet han sido ampliados para permitir la transmisión de archivos con contenidos audiovisuales, incluyendo *webcasting* y

*streaming*, para la emisión en línea de programas televisivos y radiofónicos.

La amplitud y el crecimiento de las redes de comunicación establecidas por intermedio del internet ha generado la necesidad de asegurar la neutralidad del servicio prestado a través del internet, como red abierta a la que cualquier interesado puede acceder sin que los operadores bloqueen o restrinjan los usos lícitos que se producen a través de dicha plataforma. La neutralidad trata de la ausencia de discriminación por parte de los proveedores de acceso entre los paquetes de datos personales que circulan por las redes, evitando tratos privilegiados a favor de ciertos proveedores de contenido.

La prestación de servicios en la red de internet tiende en forma general a producirse mediante operadores globales conforme a reglas uniformes y con sometimiento en principio a los tribunales de un mismo país, todo ello basado en un principio de racionalidad económica de control de riesgos legales y reducción de costos asociados a tales riesgos. Sin embargo, es importante tomar en consideración que la contratación y prestación de servicios en la red de internet puede configurar una conectividad cercana con la jurisdicción del país en el cual los usuarios destinatarios de los servicios se encuentran, pudiendo generar el interés

de tales países de pretender regular legítimamente ciertos aspectos de las transacciones o actividades ejecutadas en la red de internet. El internet se ha constituido en una vía multidireccional de acceso a bienes y servicios de manera inmediata, a través de canales de interconexión directos y descentralizados. El internet permite la participación de muchas empresas pequeñas en el comercio mundial; asimismo, apoya a que el capital existente sea más productivo, lo que aumenta la eficiencia y, al alentar la competencia, fomenta la innovación. El internet, al igual que la energía o el transporte, se ha convertido en una parte esencial de la infraestructura de los países, y su red de servicios en un factor de producción en casi cualquier actividad de toda economía moderna<sup>9</sup>.

El internet impulsa la economía mediante la expansión del comercio, la mejora de la utilización del capital, la promoción de la competencia y facilidades de ingreso en el mercado, independientemente del perfil del proveedor de bienes y servicios.

No solo se dinamiza a través del internet la comercialización de bienes, sino

también mediante la prestación de servicios, lo cual promueve la desagregación de los procesos productivos. La reducción de costos ha sido uno de los factores determinantes en el crecimiento del internet, lo cual ha generado un aumento de la eficiencia y la productividad en todos los sectores de la economía. La interconexión mundial de las redes digitales genera la globalización de la información, propiciando que las plataformas de internet configuren un medio ansiado para la circulación transfronteriza de información, lo cual contribuye a generar riesgos en el manejo de datos personales que tienen diferentes niveles de atención a nivel comparado, en medio de divergencias significativas en lo que concierne a la protección jurídica de los datos personales entre los diversos ordenamientos<sup>10</sup>.

El uso de las plataformas digitales a través del internet para promover el acceso a la justicia no se limita a los órganos jurisdiccionales, sino también se extiende a los centros arbitrales y las partes involucradas en los procesos arbitrales a los que estas acuerdan someterse.

---

<sup>9</sup> Forbes Staff, “¿De qué manera el internet impulsa a la economía?”, <https://www.forbes.com.mx/manera-internet-impulsa-la-economia/>

<sup>10</sup> Aarons P., Fred, “Regulación del Internet y el Derecho a la Protección de Datos Personales en el Ámbito Internacional” en *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón - Tomo I*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019), 186-189.



El arbitraje por vía digital o remota conlleva la flexibilización de procesos para facilitar la remisión de escritos, la realización de audiencias remotas mediante plataformas digitales aceptables para las partes involucradas, la utilización de firmas electrónicas para la notificación de órdenes procesales a las partes, así como los demás aspectos relativos a la tramitación de los procesos arbitrales. Más aún, la digitalización en el arbitraje conllevaría a una importante reducción de costos por casos tramitados con base a criterios de economía de escala que pudieran resultar, al igual que en la mediación, en la adopción, como sugerimos previamente, de una tarifa plana o *flat rate* para la tramitación de arbitrajes, de acuerdo con sus características.

Al hacer referencia a la digitalización en el arbitraje se debe hacer referencia como mínimo a los siguientes aspectos:

1. Efectiva disposición de una infraestructura digital adecuada.

Resulta evidente que el sector telecomunicaciones, las tecnologías de la información y las comunicaciones en general se han convertido en el soporte de la economía y en el gran aliado para

luchar contra la pandemia. Los operadores de redes, así como los prestadores de servicios y contenidos digitales y los proveedores de plataformas digitales se encuentran trabajando para garantizar la conectividad y el acceso a herramientas de productividad, educación y entretenimiento. Los gobiernos, y en especial los reguladores, deben trabajar de manera armónica con todos los actores del sector para lograr que la regulación sirva como habilitador de la inversión en infraestructura digital, pues es en esta donde recaerá gran parte del crecimiento futuro de los países<sup>11</sup>.

2. Amplio acceso a los servicios y equipos digitales.

Una vez dispuesta la red digital con tecnología de avanzada, el sistema digital disponible para gestionar procesos arbitrales requiere que las partes involucradas tengan acceso a terminales inteligentes (computadoras, tabletas, teléfonos, etc.) para utilizar de forma homogénea las plataformas tecnológicas disponibles en el internet. De tal manera, se aseguraría que todas las partes del proceso arbitral puedan

---

<sup>11</sup> Banco Interamericano de Desarrollo, “Herramienta de defensa ante la crisis del Covid-19 y para el desarrollo sostenible”, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Digitalizacion-Herramienta-de-defensa-ante-la-tesis-del-Covid-19-y-para-el-desarrollo-sostenible.pdf>

acceder a los medios tecnológicos disponibles para participar en sus diferentes instancias.

3. Seguridad digital adecuada y confidencialidad de los procesos y datos de las partes.

La encriptación de la data disponible en las plataformas digitales utilizadas para los procesos arbitrales es fundamental para asegurar la confidencialidad de la data y la preservación de los derechos relativos a los datos personales. La encriptación de la data supone que los archivos o mensajes electrónicos estarían codificados con una contraseña o clave disponible únicamente para el destinatario. La preservación de la data disponible en los procesos arbitrales es de la esencia del arbitraje y los centros arbitrales responsables de la administración de los arbitrajes institucionales deben asegurar que las plataformas digitales utilizadas proporcionen seguridad de la data intercambiada entre las partes.

4. Flexibilización de los reglamentos arbitrales.

El uso de los medios digitales para la gestión de procesos arbitrales debe estar acompañado en el caso de arbitrajes institucionales de

reglamentos que otorguen suficiente flexibilidad e información para atender las diversas circunstancias que puedan suscitarse para garantizar la debida imparcialidad en el acceso y uso de las herramientas digitales en los procesos arbitrales.

5. Uso de medios electrónicos con firmas certificadas.

La seguridad jurídica es un factor relevante en el proceso de digitalización en el arbitraje. Por ello, la emisión y recepción de los mensajes digitales deben ser certificados por una entidad autorizada al efecto.

6. Conservación de las actuaciones digitales.

La conservación de las actuaciones digitales es necesaria para proporcionar certeza a las partes y terceros acerca de las actuaciones que tuvieron lugar durante el proceso arbitral y para facilitar cualquier actuación posterior en relación con la ejecución del laudo o su solicitud de nulidad ante los órganos jurisdiccionales.

La digitalización en el arbitraje, impulsada por la necesidad de distanciamiento social, le otorga una oportunidad para apuntalar sus ventajas en relación con los procesos judiciales

gestionados ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, especialmente en los países en los que los órganos jurisdiccionales no disponen de acceso remoto o digital para la tramitación de los procesos judiciales. En tal sentido, es esencial que los centros arbitrales tomen en consideración los requisitos mínimos antes citados, entre otros, de manera que el uso de las herramientas digitales sirva para promover al arbitraje como alternativa efectiva para dirimir controversias contractuales.

## VII. Conclusiones

La discusión promovida mediante este breve artículo acerca de la digitalización en el arbitraje y las cortes en busca de justicia en tiempos de pandemia nos permite concluir lo siguiente:

1. La pandemia por el COVID-19 ha provocado cambios actitudinales importantes cuya repercusión trascenderá en el tiempo;
2. El internet ha propulsado el dominio de la economía digital y ha facilitado el acceso a la justicia por vía remota tanto en procesos judiciales gestionados ante los órganos jurisdiccionales, así como en aquellos tramitados ante los tribunales arbitrales;
3. La digitalización en el arbitraje y las cortes requiere la adopción de un

plan de gestión integral, acompañado por la amplia difusión de información a sus usuarios;

4. Ante las medidas de distanciamiento social impuestas a causa de la pandemia por el COVID-19, los medios alternativos de solución de controversias disponen de una oportunidad determinante para profundizar mediante la digitalización de sus procesos su impacto en la promoción del acceso a la justicia de manera efectiva, transparente, incluyente y oportuna;
5. Los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de propiciar pleno acceso a la justicia, no solo para los asuntos considerados urgentes, sino también cualquier proceso judicial de jurisdicción voluntaria o contenciosa;
6. Ante la creciente disrupción económica provocada por la pandemia del COVID-19, se hace necesario que las partes contratantes logren precaver controversias mediante la introducción de las cláusulas escalonadas en los contratos que celebren, de manera que se puedan aplicar progresivamente las diferentes modali-

dades de medios alternativos para la solución de controversias;

7. La pandemia por el COVID-19 ha establecido una pauta de normalidad diferente que trascenderá su vigencia, por lo que la digitalización en el arbitraje y las cortes se constituirá en un nuevo *standard* para facilitar el acceso a la justicia de manera ininterrumpida;
8. Se hace imprescindible establecer una alianza entre el sector público y el privado para configurar y mantener una infraestructura digital adecuada que sirva como conducto ininterrumpido para asegurar el acceso a la justicia, aún en tiempos de pandemia u otras emergencias.



# The (long) growth crisis of International Commercial Arbitration

Antonio Briguglio<sup>\* \*\*</sup>

---

**Resumen:** El autor resalta alguno de los problemas que, en su opinión, han llevado a la creciente crisis al arbitraje comercial internacional. El análisis propone una posible solución a esos problemas. De acuerdo a lo propuesto por el autor, alguno de esos problemas surgen de la actitud que ha tenido a lo largo de los años la Unión Europea hacia el arbitraje internacional, demostrando que la UE se ha modificado su conducta hacia el arbitraje internacional de una simple indiferencia a una verdadera falta de confianza. El análisis nos lleva inevitablemente al desarrollo interno que le ha dado la EU al arbitraje de inversión, haciendo que el autor proponga a la comunidad de usuarios del arbitraje comercial internacional solicitar un instrumento legislativo Europeo sobre arbitraje comercial internacional, para evitar que la EU lo trate de la misma forma que al arbitraje internacional de inversión.

**Abstract:** The author highlights some of the issues that, in his opinion, led to the growth crisis of international commercial arbitration. The above-mentioned analysis comes with a possible and feasible solution to those issues. According to the author, some of those issues are at the root of the European Union attitude towards international arbitration over the years, showing how the EU moved from a simple indifference towards international arbitration to a real mistrust. The analysis inevitably leads to the recent developments of intra-EU investment arbitration, bringing the author to urge international arbitration practitioners to solicit a European legislative instrument for international commercial arbitration in order to avoid the contagion of EU's approach towards international investment arbitration.

**Palabras Claves:** Arbitraje. Arbitraje comercial internacional. Arbitraje internacional de inversión. Problemas prácticos en la prácticta. Sistema legal europeo y arbitraje

---

<sup>\*</sup> Full Professor of Civil Procedural Law at the University of Rome "Tor Vergata". Lawyer since 1986 and Supreme Court lawyer since 1999, he is partner of the firm *Briguglio Siracusano Vaccarella Studio Legale Associato*. He has represented numerous large companies and public institutions in national and international particularly complex disputes, on civil and commercial law matters. He has been co-arbitrator, sole arbitrator or chairman of the arbitration panel in several national and international arbitration proceedings (ICC and others). He is author of monographies, commentaries and numerous other publications (several of which published on foreign journals) on the subject of civil procedural law, arbitration law, E.U. law, private international law. He is also director of the *Rivista dell'Arbitrato* (Journal of arbitration). In 2005 he was member of the Ministry Committee that elaborated the reform of the Italian Supreme Court proceedings and of the Arbitration proceedings. In 2016-2017 he was member of the Ministry Committee for the revision of the regulation on the subject of ADR

<sup>\*\*</sup> The Author is grateful to Gianmarco Ronzo Esq. for his clever and very helpful contribution to the drafting of this paper

internacional. Sistema de justicia de inversión. Sistema multilateral de justicia de inversión. Regulación europea. Achmea. Covid-19.

**Keywords:** Arbitration. International commercial arbitration. International investment arbitration. Problematic issues in the practice. Eu law and international arbitration. Investment court system. Multilateral investment court system. European regulation. Achmea. Covid-19.

**Summary: I. Introduction, II. The main practical and open issues of international arbitration, A. The problem of timing, B. The problem of costs, C. Predictability vs. elasticity, D. Conciseness vs. completeness of files, E. The circulation of the award after annulment in the country of origin, III. The growing mistrust of the European Union towards international arbitration, A. From the EU indifference to the EU mistrust of international arbitration, B. Overcoming EU mistrust of international commercial arbitration, IV. Conclusion**

## **I. Introduction**

International commercial arbitration has been in a growth crisis for quite some time now. Indeed, its very success determines several critical issues, some of which will be analyzed, both from a practical and theoretical point of view, in the first part of the article –sometimes trying to give a possible and immediate solution to those issues (some of them are well known among arbitration practitioners and, hence, they do not need to be illustrated thoroughly) **(I)**. Along with these issues, and partly because of some of these issues, we have assisted to a growing mistrust by European Union institutions towards international arbitration. A possible way to overcome such mistrust is strengthening EU rules on arbitration and particularly enacting a

uniform legislation binding for all EU countries **(II)**.

## **II. The main practical and open issues of international arbitration**

### *A. The problem of timing*

It is absolutely necessary to revise the rules of international institutional arbitration and the practices of large arbitration institutions in order to reduce the length of the proceedings and specially to reduce the time needed to constitute the Arbitral Tribunal. Some arbitral institutions already felt the need for a reduction of the length of the proceeding: the International Chamber of Commerce, for instance, introduced in the latest version of its rules the expedited proceeding<sup>1</sup> that aim at providing the parties with an award within six months from the case management con-

---

<sup>1</sup> These expedite procedure provisions apply if the arbitration agreement was concluded after 1 March 2017, the amount in dispute does not exceed US \$ 2,000,000.00 and, the parties have not opted out the expedited procedure rules in the arbitration agreement or at any time thereafter. Moreover, the parties may, irrespective of the date of conclusion of the arbitration agreement or the amount in dispute, agree to opt in by an *opt-in agreement*. In the pursuit of accelerating a large number arbitral proceedings, the ICC, in the forthcoming review of the rules, may increase the maximum amount in dispute to US \$ 4,000,000.00 to make the expedite rules applicable unless the parties opt out.



ference. However, without shortening the phase of the constitution of the Tribunal the problem of timing will not be easily solved.

As a matter of fact, state judges are often very slow, but they are always available. The Arbitral Tribunal must, of course, be constituted on a case-by-case basis and this phase is very delicate and important for the success of an arbitration. However, it cannot and must not last six or seven months.

### *B. The problem of costs*

The increase of arbitration costs (especially perceivable in small and medium-sized arbitrations) has discouraged, in times of global economic crisis and spending review, many big Italian (and not only Italian) companies from including an arbitration clause in their contracts. One can easily imagine that this trend will be even strengthened by the global health/economic crisis caused by the Covid-19 virus. In fact, it is true that large arbitration institutions have made an effort to render the costs of the arbitration foreseeable. Nonetheless, it is also true that those large institutions often uses, in determining the value of the dispute, criteria much more favorable to the creditors (the arbi-

trators and the institution itself) than to the debtors (the parties) –in contrast to what normally happens in many State courts with regard to the ruling on the costs<sup>2</sup>. Conversely, one should very much welcome, for protecting both the integrity of arbitration and arbitrators' work, the persistence and rigor with which the arbitration institutions request the payment of the advance on costs.

However, the discouragement of the companies in commencing arbitration has mainly concerned domestic contracts. This, because in case of international contracts the disadvantage of costs is balanced both by the difficulty for the parties to find a “natural” and neutral judge different from international arbitrators, and by the risk for each party of uncertainties in identifying the competent judge or, even worse, to be “surprisingly” summoned to appear before an “inconvenient” jurisdiction. Nevertheless, it is certain that the “competition” of some large state commercial courts is starting to be tangible, as they offer their services upon the parties' concurrent choice and even do so through intensive marketing cam-

---

<sup>2</sup> It often happens that State judges adopt more the criteria of *decisum* rather than the traditional one of the *disputatum*. Sometimes this approach constitutes an exaggeration and inevitably leads to unfair decisions on the litigation costs, but it is surely possible to find a middle ground.

paigns<sup>3</sup>. These courts are particularly attractive because they allow the judges to hear cases in English and have special procedural rules that, generally, speed up the process compared to the procedural rules applying in “normal” commercial courts.

*C. Predictability vs. elasticity in evidence proceedings and fact-finding*

The common law approach and the IBA Rules have certainly accentuated predictability but have also reduced elasticity. Evidence proceedings in international arbitration, notwithstanding their size and specificity, have become very much alike and therefore always predictable. However, for this very reason, it is not always suited for the specific traits of the dispute.

Many times, it can happen that cross-direct-recross-redirect examination are simply redundant, or that the arbitrators, given the leading role of lawyers in cross-examination, end up being too passive. In addition, even more often, it can happen that the splendor and complications of the hearing as the central moment of the proceedings are redundant and that, for example, the opening statements and closing statements become useless.

Hence, it is clear that there is a middle ground between the common law and the civil law approach as far as witness evidence is concerned: the parties shall hand over the witness to the intelligent, pressing and unpredictable questions of expert arbitrators who know all the facts of the case. These arbitrators shall ask the questions without fixed objective constraints (neither those proper to the common law approach such as the witness statement, nor those proper to the civil law and especially to the Italian approach such as the “witness evidence chapters”, *i.e.* the list of questions predetermined by the parties that the judge has to address to the witness). Of course, this median approach should not only be inquisitorial, but also adversarial and therefore should leave adequate room for lawyers to synthetically cross and re-cross examine the witness and to supplement arbitrators’ questions.

In any case, the question is not whether the IBA Rules or the newer (and more “civil law” oriented) Prague Rules are more desirable than the other, or on another level (the level of the defensive briefs), whether the pleadings approach or the memorials approach is more appropriate before an Arbitral Tribunal, or generally speaking, whether the com-

---

<sup>3</sup> Particular reference here is made to the *Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris* and the *Chambre internationale et européenne*, the Netherlands commercial court and Singapore International commercial court.

mon law or the civil law approach is more convenient. The issue is to find the right balance between predictability and elasticity; to avoid routine and standardization; to regain predictability, not through routine but through preparatory dialogue, in each specific case, between the arbitrators and the parties; to leave room for the flexible and discretionary adjustment of the fact finding to the specific traits of the dispute. This should be one of the main advantages of arbitration over court litigation, and is, indeed, formally favored by the arbitration laws of every country as well as by the arbitration rules, all of which confer wide discretionary powers to the arbitrators regarding the fact-finding.

Indeed, arbitral procedural flexibility has particularly proven its advantages during the Covid-19 crisis, particularly when compared to national courts' procedural rules: many ongoing legal proceedings in courts have been suspended and some of the hearings scheduled during the lockdown period were postponed or rescheduled, causing, sometimes, serious harm to the parties' rights. However, arbitral proceedings, through some adjustments agreed upon by the parties and the tribunals, could go forward by holding online hearings and adjusting the procedure to the special needs caused by the pandemic. In conclusion, legislators and

arbitral institutions should foster this elasticity in the future years that should become –even once the pandemic is over– even more, a distinctive mark of international arbitration.

#### *D. Conciseness vs. completeness of files*

This is another aspect of standardization. The balance between conciseness and completeness is being lost and, above all, the parties have stopped looking for this balance on a case-by-case basis.

The practice of international commercial arbitration and its standardization are going more and more towards an incredible and often useless weighting of files (both in terms of length of the defensive writings and number of exhibits). The possibility of filing briefs and attachments electronically increases the phenomenon, simply because one may not perceive immediately the useless length of a document filed electronically.

It is true that arbitrators are generally more willing to examine complex and detailed files than state judges are. However, many times it is simply too much.

*E. The circulation of the award after annulment in the country of origin*

The well-known French solution, according to which an international commercial award may be recognized and enforced abroad even after setting aside in the country of origin, has spread but not uniformly. The global panorama is very varied in this regard.

This favors *forum shopping* and the search at all costs for an indulgent state jurisdiction that is willing to enforce the award even in case it was rightfully declared null and void by the competent jurisdiction of the country of origin.

It is not possible to follow this direction. Even if the French solution and similar ones adopted by the courts of other countries invoke (improperly, in my opinion) the rule of the “more favorable national law” provided for in Article VII.1 of the New York Convention, such a varied and uncertain landscape is certainly contrary to the overall spirit and essential function of the New York Convention. In fact, the foreign award will have a radically different effectiveness depending on the solutions that each country’s case law gives to the problem at issue. UNCITRAL-Model Law itself gives equivocal answers in this regard, and in any case, it is not and cannot be an effective instrument of uniformization.

Therefore, it is important to find a uniform and balanced solution: probably by intervening on and reforming the New York Convention, and probably on the model adopted at the time by the 1961 Geneva Convention (the annulment in the country of origin definitively prevents the recognition of the award abroad, but only in certain and limited cases of annulment).

**III. The growing mistrust of the European Union towards international arbitration**

*A. From the EU indifference to the EU mistrust of international arbitration*

The EU has been basically *indifferent* to the world of international commercial arbitration for a long time. The expression “arbitration as excluded matter” in Brussels I (with all the practical questions and debates that such a statement entailed also and, at last, in the transition from Brussels I to Brussels I *bis*) is only the explicit emblem of such indifference.

*Eco Swiss-Benetton, Mostaza Claro* and, in part, also *Van Uden* represented, in the case law of the Court of Justice, more or less balanced solutions in marginal cases of inevitable contact between arbitration and European law. However, the “traditional” *Nordsee* decision is always there (in the absence of a *revirement* of

the Court of Justice) to prevent the direct contact between arbitrators and the Court of Justice. And above all, the indifference at the level of European law policy has been evident: EU legislator has shown no particular interest in arbitration and in the need for European uniformization of arbitration law, despite the fact that arbitration is certainly an important component of the legal and economic market<sup>4</sup>.

Recently, however, in EU circles, the season of indifference has been replaced by the season of mistrust or even hostility: in short, the “*Achmea* approach”<sup>5</sup>.

This mistrust has become particularly evident toward investment arbitration. As a matter of fact, in recent years, the European Union, which has the power to negotiate international commercial treaties binding all the Member States, has developed the idea to include in

---

<sup>4</sup> CJEU, Case C-126/97 *Eco Swiss China Limited Ltd v. Benetton International NV* (1999). In this case the Court held that (i) when a challenge of an award is possible under the national procedural rule on the ground of breach of public policy, a violation of Article 85 of the Treaty (now article 81 EC) - “*which prohibits agreements or undertakings having as their object of effect the prevention, restriction or distortion of completion within the common market*” - “*must be treated as a breach of national rules of public policy by the court*” reviewing such award and; (ii) notwithstanding the obligation on national courts to consider Article 85 of the Treaty as rule on national public policy, as set forth by the Court in the same decision (see (i) above), the EU law does not “*prescribe if, to what extent and how a review of the award on the basis of public policy is to be effected*” (see J.F. Poudret and S. Besson in *Comparative Law of International Arbitration*, 612).

CJEU, Case C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* (2006), is, just as *Eco Swiss – Benetton* a case regarding EU public policy and, hence, what courts have to consider in a procedure concerning the annulment of an award. In this case, the Court held that a national court must annul an arbitral award where the agreement examined in the arbitration contains an unfair term in violation of the Council Directive on unfair terms in consumer contracts. The national court shall annul such award even though the consumer has not pleaded the invalidity *vis à vis* the Directive in the course of the arbitration proceedings.

CJEU, Case C- 391/95 *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another* (1995). In this case the Court held that “*where the subject-matter of an application for provisional measures relates to a question falling within the scope ratione materiae of the Convention, that Convention is applicable and Article 24 thereof may confer jurisdiction on the court hearing that application even where proceedings have already been, or may be, commenced on the substance of the case and even where those proceedings are to be conducted before arbitrators*”. (Summary available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0391>) This decision solved a serious practical problem relating to enforcement in a third EU country of interim measures granted by the national court in which the arbitration seat is located.

CJEU, Case C-102/81 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*. In this case the Court essentially held that an arbitral tribunal is purely private in nature because its authority comes solely from parties’ autonomy and therefore it is not a “court or tribunal of a Member State” within the meaning of Article 177 of the EEC Treaty and, thus, cannot make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling.

<sup>5</sup> CJEU, Case C-248/16, *Slovak Republic v. Achmea B.V.*, landmark case in which the Court held that arbitration clause in BITs is not compatible with EU law. The reason underlying this judgement is that the CJUE feared the fact that the tribunal so constituted may be called to interpret or to apply EU law and such interpretation may not be controlled by the Court of justice or other national courts (that, contrary to arbitral tribunals, are entitled to refer to the Court for a preliminary ruling on EU law matters).

those international instruments, a dispute resolution mechanism different from arbitration. The clearest example of this trend can be synthesized by looking at the dispute resolution mechanism included in the ‘Comprehensive economic and Trade Agreement’ (CETA) executed by and between the UE and Canada: the ‘Investment Court System’ (ICS). The idea thereunder is to constitute a permanent court with the power to hear cases of Canadian investors against UE Member States and *vice versa*. According to the Commission, this new mechanism (i) “sets up a permanent dispute settlement tribunal” (ii) “establishes an appeal system like those in national legal systems” (iii) “ensures proceedings are transparent” and (iv) “bans frivolous claims”<sup>6</sup>. The Commission analyses these as being ‘new features’ compared to the ancient dispute resolution mechanism provided for

under BITs (*i.e.* investment arbitration), implicitly highlighting what, in the Commission’s view, were the defaults of international investment arbitration.

This new approach clearly exemplifies the mistrust of EU against arbitration. Actually, the EU is taking further steps against international investment arbitration. The EU Commission is actively trying to modify the “outdated” investor dispute settlement system (ISDS) by starting a talk with other countries under the auspices of a working group of the *United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* for the establishment of a Multilateral Investment Court. In a submission to the working group, the Commission overtly stated its concerns (partly shared with other countries) towards investor-state arbitration which are the basis for the conclusion “*on the desirability of [a] reform*”<sup>7</sup>. The Commission also

---

<sup>6</sup> See “*Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*” published by the European Commission on February 2016.

<sup>7</sup> See “*Possible reform of investor – State dispute settlement (ISDS)* – Submission from the European Union and its Member States (New York, 1-5 April 2019)”. The concerns outlined in the paper are: “

(i) *Concerns pertaining to the lack of consistency, coherence, predictability and correctness of arbitral decisions by ISDS tribunal*

- *concerns related to unjustifiably inconsistent interpretations of investment treaty provisions and other relevant principles of international law by ISDS tribunals;*
- *concerns related to the lack of a framework for multiple proceedings that were brought pursuant to investment treaties, laws, instruments and agreements that provided access to ISDS mechanisms; and*
- *concerns related to the fact that many existing treaties have limited or no mechanisms at all that could address inconsistency and incorrectness of decisions.*

(ii) *Concerns pertaining to arbitrators and decision makers:*

- *concerns related to the lack or apparent lack of independence and impartiality of decision makers in ISDS;*

highlighted the systemic nature of those issues: simply addressing these concerns would not be enough, there must be a complete change of the system.

Furthermore, the Commission, since the *Achmea* case, is promoting the termination of all intra-EU BITs. This policy led to the “Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union”<sup>8</sup> executed on May 2020, by 23 Member States. According to Article 4 of the Agreement, the contracting parties “confirm[ed] that *Arbitration Clauses are contrary to the EU Treaties and thus inapplicable. As a result of this incompatibility [...] the Arbitration Clause in such Bilateral Investment Treaty cannot serve as a legal basis for Arbitration proceedings*”. Notwithstanding the effect that such treaty may have on pending arbitrations, it is clear that Intra-UE investment arbitrations (particularly for investments made after the termination of those BITs) will be very rare (or inexistent):

the mistrust led to the “abolition” of intra-UE investment arbitrations.

The *Achmea* approach, as well all the reforms highlighted above, are formally limited to investment arbitration but potentially contagious for the whole world of international commercial arbitration.

### *B. Overcoming EU mistrust of international commercial arbitration*

In order to avoid a contagion to international commercial arbitration, in brief, we need to overcome mistrust by overcoming indifference, and we could so by directly and significantly involving the EU in uniform legislation on international commercial arbitration.

EU circles do not trust arbitration. Good: rather than cleaning up the world of arbitration from the real or alleged faults that led to this mistrust (which would be a long, complex and uncertain operation), arbitration practitioners should involve the EU in a legislative process on arbitration law. This involvement could generate practical benefits to the world of arbitration, even different

- 
- concerns relating to the adequacy, effectiveness and transparency of the disclosure and challenge mechanisms available under many existing treaties and arbitration rules;
  - concerns about the lack of appropriate diversity amongst decision makers in ISDS; and
  - concerns with respect to the mechanisms for constituting ISDS tribunals in existing treaties and arbitration rules.

(iii) Concerns pertaining to cost and duration of ISDS cases:

- concerns with respect to cost and duration of ISDS proceedings;
- concerns with respect to allocation of costs by arbitral tribunals in ISDS; and
- concerns with respect to security for cost.”

<sup>8</sup> Available on the European Commission website.

and additional ones to the mere overcoming the EU's mistrust.

Essentially, it may be the right time for a uniform European law instrument on international commercial arbitration. Of course, this would be a much more effective and practical instrument than UNICITRAL-Model Law. In the past, the appropriate instrument would have been a "European Community Convention" like Brussels', but today the most appropriate one would be a Regulation.

The Regulation:

- should provide for a "European" commercial arbitration system which would be - depending on the parties' choice - additional to the "traditional" arbitration governed by the several national laws;
- would adequately ensure the independence and impartiality of the arbitrators and the guarantees of fairness of the arbitral proceeding (which are the aspects on which the EU is generally more concerned about);
- would entrust *more than one* national jurisdiction, as appropriate, with the function of assisting arbitration;
- would entrust *a single national court* (probably that of the place of the arbitration) with the function of

control and possible setting aside of the award (expressly providing for a preliminary ruling to the Court of Justice, where appropriate);

- should still entrust the exequatur procedure to a single national court (again that of the place of arbitration); it would have to be an extremely simplified exequatur, and the relationship between exequatur and appeal against the award would be properly regulated;
- should provide that the 'European' award, once the exequatur has been obtained, would be equally and automatically effective throughout the territory of the Union and would circulate in that territory without the need for a new enforcement procedure and recourse to the New York Convention (which, on the other hand, could be used to circulate the award outside the territory of the European Union).

#### IV. Conclusion

Although mistrust towards international arbitration has been cyclical, having history proven that periods of growth have followed periods of fears towards "private justice", the latest years are leading international arbitration towards an unknown and uncertain place. This needs a strong response from arbitration practitioners that should rise in order to



defend a system that has proven to be beneficial for private parties, for businesses and for justice. The strong mistrust of the EU Commission against international investment arbitration should warn all the practitioners that have always disfavored an intervention of the European Union in the regulation of commercial arbitration. I very much hope that a working group toward such goal can soon be set up to start studying the feasibility of a European commercial arbitration regulation project.



# El Arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos aplicado a las controversias surgidas en el ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual

Rafael J. Centeno\*

---

**Resumen:** El Derecho de Propiedad Intelectual cumple con facilitar e impulsar el progreso, la innovación y la creatividad, canalizando estos elementos en el desarrollo económico y comercial tanto a nivel nacional como internacional. La promoción y protección de la propiedad intelectual brinda crecimiento económico, crea fuentes de trabajo y nuevas industrias, y mejora la calidad de vida. En el transcurso de estos últimos años, se ha registrado un constante incremento de los conflictos administrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Por ejemplo, en el año 2018 se administraron 155 solicitudes de arbitraje, mediación, determinación de expertos y buenos oficios. En el año 2019 se registraron 178, es decir, hubo un incremento de 23 casos. De esta manera, considero pertinente hacer un análisis de los beneficios de someter a un proceso arbitral, los conflictos relacionados con los derechos de propiedad intelectual.

**Abstract:** Intellectual Property Law complies with facilitating and promoting progress, innovation and creativity, channeling these elements in economic and commercial development both nationally and internationally. The promotion and protection of intellectual property provides economic growth, creates jobs and new industries, and improves the quality of life. Over the past few years, there has been a steady increase in conflicts administered by the Arbitration and Mediation Center of the World Intellectual Property Organization. For example, in 2018, 155 requests for arbitration, mediation, expert determinations and good offices were administered. In 2019, 178 were registered, that is, there was an increase of 23 cases. In this sense, the author considers pertinent to make an analysis of the benefits of submitting to an arbitration process, the conflicts related to intellectual property rights.

**Palabras Claves:** Arbitraje. Derechos de propiedad intelectual. Medios alternativos de resolución de conflictos.

**Keywords:** Arbitration. Intellectual property rights. Alternative dispute resolution.

---

\* Abogado egresado de la Universidad Monteávila, Magna cum laude

**Sumario: I. ¿Qué es el Arbitraje?, II. ¿Qué son los Derechos de Propiedad Intelectual?, III. ¿Por qué es importante proteger y promover la Propiedad Intelectual?, IV. Sobre las dificultades que se pueden presentar al someterse a un procedimiento arbitral, V. Beneficios de someter los conflictos relativos al Derecho de Propiedad Intelectual a Arbitraje, VI. Argumentos a favor de la arbitrabilidad de los Derechos de Propiedad Intelectual, VII. Invalidez de los Derechos de Propiedad Intelectual que necesitan del cumplimiento de solemnidades (registro), tales como patentes, marcas, diseño industrial, etc., VIII. Con respecto a si los conflictos sobre la validez de los derechos de propiedad intelectual deben ser resueltos por autoridades específicas, IX. Con respecto a la validez de los derechos de autor y aquellos derechos de propiedad intelectual que no necesiten del cumplimiento de formalidades para que surtan efectos, X. Sobre el futuro del arbitraje con respecto a los Derechos de Propiedad Intelectual, XI. Conclusión**

## **I. ¿Qué es el arbitraje?**

El arbitraje es un proceso mediante el cual las partes someten voluntariamente su controversia ante un panel de árbitros, expertos e imparciales, con el fin de obtener una decisión definitiva e inapelable, denominada laudo, la cual es de obligatorio cumplimiento<sup>1</sup>.

El arbitraje brinda una pluralidad de beneficios, sin embargo, el más significativo de ellos es que se sustenta en la consensualidad y en la libre expresión de voluntad de las partes, las cuales pueden acordar cuál será la ley sustantiva que se aplicará al conflicto, la elección de la sede del arbitraje, la elección de la ley adjetiva que se aplicará al

proceso, las fases sobre las que se ventilará el arbitraje, el tiempo límite para el cumplimiento de cada etapa del procedimiento, el grado de confidencialidad que se aplicará al caso, entre muchas otras ventajas.

Estos beneficios le permiten a quienes sometan sus conflictos a arbitraje sostener un proceso que cumpla con los principios de celeridad, confidencialidad, imparcialidad, economicidad y experticia necesarios para obtener un resultado apegado a la realidad y necesidades de las partes.

---

<sup>1</sup> Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) "Arbitraje." <https://cedca.org.ve/arbitraje/>. (Consultada el 2 de marzo de 2020)

## II. ¿Qué son los Derechos de Propiedad Intelectual?

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define a la propiedad intelectual como la propiedad sobre “creaciones de la mente: inventos; obras literarias y artísticas; y símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio<sup>2</sup>.”

El Derecho de Propiedad Intelectual le permite a los titulares y propietarios de patentes, marcas, derechos de autor, diseño industrial, y derechos relacionados, beneficiarse de sus creaciones e invenciones<sup>3</sup>.

El Art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que resulten de la autoría de las producciones científicas, literarias y artísticas<sup>4</sup>.

Por otra parte, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)<sup>5</sup> y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Ar-

tística (1886)<sup>6</sup> reconocen la importancia de esta materia. Ambos convenios son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

## III. ¿Por qué es importante proteger y promover la Propiedad Intelectual?

Como hemos señalado anteriormente, podemos fragmentar la importancia de la propiedad intelectual en tres principales razones.

La primera razón es que gran parte del bienestar de la sociedad se sustenta en la capacidad que poseemos de crear e innovar en la cultura y en la tecnología.

La segunda razón es que la promoción y protección de la propiedad intelectual promueve el desarrollo económico, crea trabajos e industrias, y mejora la calidad de vida.

A mediados de los años ochenta del siglo pasado, el setenta por ciento (70%) de las compañías que componen el índice S&P 500 estaba compuesta por activos

---

<sup>2</sup> World Intellectual Property Organization (WIPO) “What Is Intellectual Property?”. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=99&plang=EN>. (Consultada el 4 de marzo del 2020)

<sup>3</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - Publicación N° 450(E) [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf). Consultada el 4 de marzo del 2020)

<sup>4</sup> “Universal Declaration of Human Rights.” (Art 27). United Nations. United Nations. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>5</sup> Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>6</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

tangibles, tales como fábricas, herramientas, propiedad, etc. Para el 2005, el setenta por ciento (70%) de los activos de estas empresas estaban compuestas por activos intangibles, convirtiéndose entonces los derechos de propiedad intelectual en la más grande categoría de activos solo en el transcurso de 20 años<sup>7</sup>.

Por otra parte, las economías innovadoras tienden a sufrir menos problemas, y a liderar el crecimiento y la recuperación económica en los mercados financieros<sup>8</sup>.

La tercera razón es que el Derecho de Propiedad Intelectual brinda una tutela legal efectiva sobre las invenciones. De esta manera, se logra estimular la creatividad de las personas, lo que significa un incentivo para que estas sigan creando e innovando.

De esta forma, la Propiedad Intelectual provee grandes ventajas competitivas y económicas para las empresas y las naciones en general. Es así, que el Foro Económico Mundial determinó que la innovación y la creatividad están asociadas a mayores estándares de calidad de

vida, promueven el crecimiento salarial, y la sofisticación de la sociedad<sup>9</sup>.

#### **IV. Sobre las dificultades que se pueden presentar al someterse a un procedimiento arbitral**

Como hemos señalado *ut supra*, las disputas sujetas a arbitraje, concernientes a los derechos de propiedad intelectual, han aumentado en frecuencia. Esto puede deberse a que el sometimiento de estos conflictos a las cortes domésticas o nacionales tienden a sufrir ciertas desventajas, tales como ineficiencia en tiempo y en los costos.

Sin embargo, aunque la mayoría de las veces no supone un riesgo, someter un conflicto sobre esa materia a un proceso arbitral, puede sufrir de varios inconvenientes.

Los mayores opositores del arbitraje como medio de resolución de controversias relacionadas con los derechos de

---

<sup>7</sup> Tanielian, Adam. "ROLES OF ARBITRATION IN INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTE RESOLUTION." Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/25252223/ROLES\\_OF\\_ARBITRATION\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_DISPUTE\\_RESOLUTION](https://www.academia.edu/25252223/ROLES_OF_ARBITRATION_IN_INTERNATIONAL_INTELLECTUAL_PROPERTY_DISPUTE_RESOLUTION). (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>8</sup> World Bank. "Banco Mundial Informe Anual 2010 : Reseña Del Ejercicio." The World Bank annual report 2010 : year in review : Banco Mundial informe anual 2010 : reseña del ejercicio (Spanish) | The World Bank, November 15, 2010. <http://documents.worldbank.org/curated/en/886201468154780661/Banco-Mundial-informe-anual-2010-resena-del-ejercicio>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>9</sup> The Global Competitiveness Report 2010-2011. <http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2010-2011-info/>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

propiedad intelectual son: el orden público, y la no arbitrabilidad<sup>10</sup>.

La legislación interna de cada país determina qué materias correspondientes a la propiedad intelectual son arbitrables. De esta manera, un país no reconocerá y ejecutará un laudo, aún siendo un Miembro Parte de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (1958), si las leyes de dicho país no permiten el arbitraje sobre esos asuntos.

Por ejemplo, el Dr. Tanielian realiza una comparación de legislaciones, encontrando países como los Países Bajos, en donde la Ley de Patentes de 1995 restringe el arbitraje, y otorga la jurisdicción exclusiva y excluyentemente sobre la resolución de los conflictos relativos a este tema a la Corte de Primera Instancia de La Haya<sup>11</sup>.

Por otra parte, en Corea del Sur, los Derechos de Propiedad Intelectual no siempre fueron reconocidos como derechos de carácter mercantil, por lo que la aplicación de la Convención de Nueva York no siempre estuvo disponible<sup>12</sup>.

De igual forma, existen casos en los que la arbitrabilidad en esta materia se ve modificada por la decisión de un tribunal, como es el caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987), en donde la Suprema Corte Canadiense establece que los derechos de autor son arbitrables<sup>13</sup>.

De esta manera, La Dra. Anh expone que la confusión entre los practicantes del Derecho de Propiedad Intelectual, con respecto a la aplicación del arbitraje en el ámbito de esta materia, se exagera por la variedad de normativas que regulan la arbitrabilidad de los conflictos relacionados con los derechos de propiedad intelectual.

---

<sup>10</sup> Phan, Anh. "Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments." Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 3 de marzo del 2020).

<sup>11</sup> Harvard Journal of Law & Technology. <http://jolt.law.harvard.edu/volumes/volume-19>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>12</sup> Tanielian, Adam. "ROLES OF ARBITRATION IN INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTE RESOLUTION." Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/25252223/ROLES\\_OF\\_ARBITRATION\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_DISPUTE\\_RESOLUTION](https://www.academia.edu/25252223/ROLES_OF_ARBITRATION_IN_INTERNATIONAL_INTELLECTUAL_PROPERTY_DISPUTE_RESOLUTION). [https://www.academia.edu/25252223/ROLES\\_OF\\_ARBITRATION\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_DISPUTE\\_RESOLUTION](https://www.academia.edu/25252223/ROLES_OF_ARBITRATION_IN_INTERNATIONAL_INTELLECTUAL_PROPERTY_DISPUTE_RESOLUTION). (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>13</sup> Supreme Court of Canada. "SCC Case Information - Search." Supreme Court of Canada, December 3, 2012. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2048/index.do>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

Por ejemplo, la legislación belga<sup>14</sup>, francesa<sup>15</sup> y estadounidense<sup>16</sup> determinan que algunos conflictos relativos a la propiedad intelectual son arbitrables, mientras que la ley de Sudáfrica<sup>17</sup> lo prohíbe expresamente.

Igualmente, la ambigüedad en las disposiciones de los Tratados que regulan esta materia supone un problema para la aplicación del arbitraje en las disputas relacionadas con el Derecho de Propiedad Intelectual.

El Dr. Tanielian explica que el lenguaje de los Tratados normalmente es muy amplio y general, por lo que mientras un Estado decida no aplicar su ley interna en favor de las obligaciones de los Tratados, tal como lo señala el Art. 27 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>18</sup>, otros países pueden implementar una decisión diferente sin estar violando las disposiciones de dicho tratado<sup>19</sup>.

Otra de las grandes dificultades que las partes pueden encontrar, es al momento del reconocimiento y ejecución de los laudos por parte de los tribunales ordinarios.

Normalmente, los laudos deben ser reconocidos y ejecutados forzosamente mediante una decisión del tribunal ordinario que ordene dicha ejecución, debido a que el panel arbitral no goza de la fuerza coercitiva para hacer valer la decisión.

---

<sup>14</sup> Grantham, William. “[PDF] The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes: Semantic Scholar.” [PDF] The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes | Semantic Scholar, January 1, 1996. <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Arbitrability-of-International-Intellectual-Grantham/9a21505be78bb616dd8ef80151c5613cbf55632d>. (Consultada el 5 de marzo de 2020)

<sup>15</sup> Briner, Robert. “THE ARBITRABILITY OF INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES WITH PARTICULAR EMPHASIS ON THE SITUATION IN SWITZERLAND.” World Intellectual Property Organization. Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes, 3 de marzo de 1994 <https://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/briner.html>. (Consultada el 3 de marzo de 2020)

<sup>16</sup> Janicke, Paul M. “‘Maybe We Shouldn’t Arbitrate’: Some Aspects of the Risk/Benefit Calculus of Agreeing to Binding Arbitration of Patent Disputes: Publicado en Houston Law Review.” Houston Law Review. Joe Christensen, Inc., 16 de agosto de 2002 <https://houstonlawreview.org/article/4443-maybe-we-shouldn-t-arbitrate-some-aspects-of-the-risk-benefit-calculus-of-agreeing-to-binding-arbitration-of-patent-disputes>. (Consultada el 4 de marzo de 2020)

<sup>17</sup> “Patents Act 57 of 1978 (Art. 18).” Patents Act 57 of 1978 | South African Government. <https://www.gov.za/documents/patents-act-9-apr-2015-0827>. (Consultada el 5 de marzo del 2020)

<sup>18</sup> Wikimedia, Colaboradores de los proyectos. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” Wikisource. Wikimedia Foundation, Inc., [https://es.wikisource.org/wiki/Convención\\_de\\_Viena\\_sobre\\_el\\_Derecho\\_de\\_los\\_Tratados](https://es.wikisource.org/wiki/Convención_de_Viena_sobre_el_Derecho_de_los_Tratados). (Consultada el 25 de febrero de 2020)

<sup>19</sup> Tanielian, Adam. “Roles Of Arbitration In International Intellectual Property Dispute Resolution.” Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/25252223/ROLES\\_OF\\_ARBITRATION\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_DISPUTE\\_RESOLUTION](https://www.academia.edu/25252223/ROLES_OF_ARBITRATION_IN_INTERNATIONAL_INTELLECTUAL_PROPERTY_DISPUTE_RESOLUTION). (Consultada el 5 de marzo del 2020)



Por otro lado, el Derecho de Propiedad Intelectual abarca una gran gama de derechos, los cuales pueden ser adquiridos mediante el cumplimiento de solemnidades, como el registro ante una autoridad competente (como el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual en Venezuela), y otros que dispensan de cualquier solemnidad para ser adquiridos, tales como los derechos de autor (aunque de igual forma se recomienda su registro). Más adelante disertaremos sobre la arbitrabilidad de estas ramificaciones del Derecho de Propiedad Intelectual.

Hecho este análisis, podemos deducir que efectivamente el sometimiento a arbitraje de los conflictos surgidos en el ámbito de los derechos propiedad intelectual, pueden sufrir de grandes dificultades, tales como inarbitrabilidad, desigualdad de las legislaciones que regulan la materia, ambigüedad de los tratados, entre otras.

## V. Beneficios de someter los conflictos relativos al Derecho de Propiedad Intelectual a Arbitraje

Aún con todas las dificultades mencionadas anteriormente, someter a un proceso arbitral los conflictos relativos al Derecho de Propiedad Intelectual brinda grandes beneficios.

De esta manera, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ofrece un listado de todas las ventajas que supone resolver los conflictos relacionados con este tema por medio del arbitraje<sup>20</sup>.

Entre estos beneficios encontramos:

### 1. Proceso Único

Las partes pueden aceptar someterse a un único proceso en donde se decidirá sobre un conflicto relacionado con derechos de propiedad intelectual que, a su vez, pueda estar regulado por varias jurisdicciones.

De esta manera, las partes no tendrán que someterse a múltiples litigios multi-jurisdiccionales y la aplicación de diversas legislaciones que regulen la materia, evitando los resultados inconsistentes, la complejidad y los gastos que estos litigios conllevarían.

### 2. Autonomía de las partes

En el arbitraje, las partes gozan de gran autonomía en comparación con las cortes nacionales, en donde estas (las partes) se deben adaptar a lo que dicte la legislación procesal interna del país.

Por medio del arbitraje, las partes pueden elegir a las personas más idóneas para resolver el conflicto, mientras que

---

<sup>20</sup> World Intellectual Property Organization (WIPO) “ADR Advantages”. <https://www.wipo.int/amc/en/center/advantages.html>. (Consultada el 5 de marzo de 2020)

en las cortes nacionales deben someterse a una autoridad estatal que puede que no maneje a la perfección los temas a tratarse en el conflicto.

Además, las partes son libres de escoger el idioma, el lugar y la ley aplicable para el conflicto, lo que deriva muchas veces en una solución más rápida, efectiva, y eficiente en costos.

### 3. Neutralidad

Una combinación única de cuestiones legales y técnicas hace que cualquier forma de litigio de patentes sea compleja. Cuando se considera un litigio de patentes de jurisdicción múltiple, las diferencias en los procedimientos y prácticas que existen entre jurisdicciones sirven para aumentar esta complejidad. (Freshfields, Bruckhaus y Deringer, 2011)<sup>21</sup>.

La neutralidad, concatenada con la complejidad de los conflictos entre múltiples partes y múltiples jurisdicciones, se ve gravemente afectada por las tendencias globalista que mantienen su expansión en este siglo.

Puesto que hoy en día es usual que nos consigamos con una disputa relacionada con los derechos propiedad intelectual,

que sea administrada por diferentes jurisdicciones, múltiples idiomas, y diversos elementos que escapen del control de alguna de las partes, es normal que nos encontremos con que una de estas goce de alguna ventaja o beneficio.

De este modo, podemos encontrar como ejemplo el caso en el que el uso de los modismos puede afectar el desarrollo del proceso arbitral.

Este asunto lo podemos verificar en el caso *White v. Dunbar*, 119 U.S. 47 (1886), en el que tratan a los conflictos referentes a patentes como “*Nose of wax*”.

*Some persons seem to suppose that a claim in a patent is like a nose of wax, which may be turned and twisted in any direction, by merely referring to the specification, so as to make it include something more than, or something different from, what its words express. The context may undoubtedly be resorted to, and often is resorted to, for the purpose of better understanding the meaning of the claim, but not for the purpose of*

---

<sup>21</sup> Tanielian, Adam. “Roles Of Arbitration In International Intellectual Property Dispute Resolution.” Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/25252223/ROLES\\_OF\\_ARBITRATION\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_DISPUTE\\_RESOLUTION](https://www.academia.edu/25252223/ROLES_OF_ARBITRATION_IN_INTERNATIONAL_INTELLECTUAL_PROPERTY_DISPUTE_RESOLUTION). (Consultada el 5 de marzo de 2020)

*changing it and making it different from what” (White v. Dunbar)*<sup>22</sup>.

Estos modismos, aunque para quienes los manejan pueden ser de uso rutinario, para quienes no los conocen pueden significar un cambio del rumbo del caso.

Aparte de estos modismos que pueden suponer una desventaja para quienes sometan su conflicto a un tribunal ordinario diferente al que le corresponde naturalmente, también puede que una de las partes no se sienta cómoda ventilando sus casos bajo la jurisdicción de la parte contraria, o de tener la obligación de traducir sus escritos de alegatos a un idioma diferente, en donde se puede tergiversar el mensaje que se desee transmitir.

Todo esto sin mencionar el conflicto de leyes que se puede presentar al sostener una controversia bajo diferentes marcos jurídicos, lo que se traduce casi automáticamente en resultados inconsistentes, y, por lo tanto, en la inaplicabilidad de una sentencia extranjera en el lugar en donde esta surta efectos.

De esta manera, el arbitraje se muestra como una solución a los problemas mencionados en este punto, puesto que las partes, en el uso de su autonomía de la voluntad, pueden acordar un marco jurídico aplicable al proceso (la ley

sustantiva aplicable y la ley adjetiva aplicable) y los árbitros que decidirán sobre la controversia, logrando de esta manera, la uniformidad y neutralidad deseada en la resolución de los conflictos que puedan surgir en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.

#### 4. Confidencialidad

La confidencialidad es uno de los elementos más importantes en el Derecho de Propiedad Intelectual. Debido a este grado de importancia, las partes pueden acordar que el proceso arbitral sea confidencial.

De esta manera, dichas partes pueden concentrarse específicamente en los méritos del conflicto, sin preocuparse del impacto público que pueda ocasionar la disputa, o alguna filtración de conocimientos privados.

De acuerdo con el Dr. Tanielian, los procedimientos arbitrales son completamente privados y confidenciales, salvo disposición en contrario de la ley o por voluntad de las partes, puesto que normalmente los acuerdos de confidencialidad que se añaden en los contratos que rigen la relación entre es-

<sup>22</sup> “White v. Dunbar, 119 U.S. 47 (1886).” Justia Law. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/119/47/>. (Consultada el 5 de marzo de 2020)

tas, extienden sus efectos hasta los procesos arbitrales<sup>23</sup>.

Este aspecto es de suma importancia, debido a que los intereses de las partes pueden verse en riesgo si se exponen al público. Además, el conocimiento de que una compañía mantiene un conflicto legal puede afectar su reputación.

De esta forma, podemos encontrar que las Reglas de Arbitraje de la Organización Internacional de Propiedad Intelectual administran el grado de confidencialidad que se le puede otorgar a un caso de esta materia. Es así que encontramos que en su Art. 54 define el significado de información confidencial<sup>24</sup>.

Estas reglas también desarrollan todo un capítulo con el fin de regular los diferentes elementos del conflicto que se mantendrán en confidencialidad<sup>25</sup>, salvo disposición contraria de las partes.

Sin embargo, estas disposiciones sobre la confidencialidad son usualmente atacadas por el requerimiento de

transparencia del proceso arbitral. Es por esto que siempre es recomendable que las partes celebren un contrato de confidencialidad que abarque su compromiso arbitral, en vez de solo confiar en la doctrina sobre la confidencialidad del arbitraje<sup>26</sup>.

## 5. Reconocimiento del laudo

A diferencia de las decisiones de los tribunales, las cuales pueden ser apeladas y debatidas en diferentes instancias, las decisiones del tribunal arbitral solo tienen una instancia única, por lo que sus decisiones no son apelables.

En virtud de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (1958), los Estados Miembros de esta convención tienen la obligación de reconocer y ejecutar dichos laudos, siempre que estas decisiones provengan y surtan efectos en dichos países.

Sin embargo, el reconocimiento y ejecución de un laudo pueden ser rechazados

---

<sup>23</sup> Tanielian, Adam. "ROLES OF ARBITRATION IN INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTE RESOLUTION." Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/25252223/ROLES\\_OF\\_ARBITRATION\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_DISPUTE\\_RESOLUTION](https://www.academia.edu/25252223/ROLES_OF_ARBITRATION_IN_INTERNATIONAL_INTELLECTUAL_PROPERTY_DISPUTE_RESOLUTION). (Consultada el 5 de marzo de 2020)

<sup>24</sup> "Reglamento de Arbitraje de la OMPI (Art. 54)." Reglamento de Arbitraje de la OMPI. <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/#cond2>. (Consultada el 6 de marzo de 2020)

<sup>25</sup> Reglamento de Arbitraje de la OMPI (Capítulo VII)." Reglamento de Arbitraje de la OMPI. <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/#cond2>. (Consultada el 6 de marzo de 2020)

<sup>26</sup> Phan, Anh. "Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments." Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

si se cumple con alguna de las causales expuestas en el Art. 5 de esta Convención. Por ejemplo, el numeral 1 (a) del Art. 5 establece que:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o (...)<sup>27</sup>.

Este artículo nos indica que se puede solicitar el rechazo de un laudo, a instancia de parte, cuando esta demuestre ante la autoridad competente del país en que se solicita el reconocimiento y la ejecución de la decisión, que existían elementos de incapacidad en virtud de la ley aplicable al contrato, o que el acuerdo arbitral no

era válido debido a la ley que las partes hubieran escogido para regir la relación contractual.

Otro elemento que se puede oponer al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral es el orden público o la ley arbitrable. El Art. 5 (2) establece que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo cuando la autoridad del país en donde se solicite dicho reconocimiento y ejecución probar: (i) Que el objeto de la controversia no es arbitrable por disposición de la ley, o (ii) Que el reconocimiento o ejecución del laudo sean contrarios al orden público del país<sup>28</sup>.

## VI. Argumentos a favor de la arbitrabilidad de los Derechos de Propiedad Intelectual

Como se ha señalado anteriormente, uno de los mayores obstáculos para la resolución de conflictos mediante el arbitraje es la arbitrabilidad de esta materia según la legislación aplicable para la resolución de la controversia.

Podemos encontrar diversas y muy variadas opiniones sobre este asunto. De esta manera, me dispongo a formular argu-

<sup>27</sup> "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the 'New York Convention') Commission On International Trade Law." United Nations. United Nations. [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards). (Consultada el 6 de marzo de 2020)

<sup>28</sup> "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the 'New York Convention') Commission On International Trade Law." United Nations. United Nations. [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards). (Consultada el 6 de marzo de 2020)

mentos a favor de la arbitrabilidad de los derechos de propiedad intelectual, con el fin de demostrar que la adopción de los procesos arbitrales para la resolución de conflictos relativos a este tema, aportan grandes beneficios para las partes que decidan someterse a este, y que los efectos someter a arbitraje los conflictos concernientes a esta materia no trae inconvenientes al Estado que esté relacionado con dichos derechos.

De esta forma, comenzaré con los argumentos a favor correspondientes a los derechos de propiedad intelectual que necesitan del cumplimiento de solemnidades para que nazcan los derechos sobre dicha invención, marca, etc.

## VII. Invalidez de los Derechos de Propiedad Intelectual que necesitan del cumplimiento de solemnidades (registro), tales como patentes, marcas, diseño industrial, etc.

Entre las causales que generan conflictos referentes a la arbitrabilidad de los derechos de propiedad intelectual que necesitan del cumplimiento de solemnidades para que comiencen a surtir efectos, la arbitrabilidad de las patentes es la que origina más problemas.

Una patente es un derecho exclusivo otorgado al creador sobre su invención, siendo esto un producto o proceso que proporciona una nueva forma de hacer algo, o que ofrece una nueva solución técnica a un problema<sup>29</sup>.

Normalmente, en las relaciones correspondientes a licencias, una de las partes puede cuestionar la validez de la propiedad sobre los derechos de propiedad intelectual sujetos a la licencia<sup>30</sup>. William Gratham establece que la invalidez de la propiedad sobre dichos derechos se puede oponer como defensa ante un reclamo de infracción de patentes.

*“(...)Even in a licensing case, a defense may be raised concerning not the facts or the contractual terms, but the validity or ownership of the intellectual property right that forms the basis of the plaintiffs claim(...)”*  
Gratham, W. (1996)

De igual forma, las patentes pueden ser impugnadas por terceros, los cuales normalmente alegarían infracciones sobre dichas patentes, aun cuando estas ya ha-

---

<sup>29</sup> “What Is Intellectual Property?” WIPO. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=99&plang=EN>. (Consultada el 4 de marzo de 2020)

<sup>30</sup> Grantham, William. “[PDF] The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes: Semantic Scholar.” [PDF] The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes | Semantic Scholar, 1 de enero de 1996. <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Arbitrability-of-International-Intellectual-Gratham/9a21505be78bb616dd8ef80151c5613cbf55632d> (Consultada el 4 de marzo de 2020)

yan sido otorgadas por la autoridad competente<sup>31</sup>.

El debate central se enfoca en si el tribunal arbitral tiene la capacidad de invalidar el registro del derecho de propiedad intelectual correspondiente, sin ninguna disposición legal que lo permita directamente.

Anteriormente hemos mencionado que una de las dificultades de someter los conflictos concernientes a los derechos de propiedad intelectual es la arbitrabilidad de dichos derechos de acuerdo con la legislación aplicable al caso en concreto.

De esta manera, podemos encontrar una gran variedad de legislaciones, las cuales acogen al arbitraje como un medio efectivo de resolución de conflictos en esta materia, otras que lo hacen parcialmente, y otras que prohíben directamente otro medio que no sea la jurisdicción ordinaria de dicho país.

La Dra. Anh, refiriéndose a la intervención del Dr. Robert Briner en el Foro Mundial sobre el Arbitraje en las Dispu-

tas referentes a la Propiedad Intelectual<sup>32</sup>, establece que países como Estados Unidos, Canadá y Suiza han aceptado el uso del arbitraje para la resolución de conflictos relativos a la validez de las patentes.

Por ejemplo, podemos apreciar la legislación estadounidense regulando la materia que nos concierne:

*Estados Unidos: 35 U.S. Code § 294. Voluntary arbitration: (a) A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any dispute relating to patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such a provision, the parties to an existing patent validity or infringement dispute may agree in writing to settle such dispute by arbitration. Any such provision or agreement shall be valid, irrevocable, and enforceable, except for any grounds that exist at law or in equity for revocation of a contract<sup>33</sup>.*

<sup>31</sup> Phan, Anh. "Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments." Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

<sup>32</sup> Briner, Robert. "The Arbitrability Of Intellectual Property Disputes With Particular Emphasis On The Situation In Switzerland." World Intellectual Property Organization. Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes, 3 de marzo de 1994 <https://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/briner.html> (Consultada el 5 de marzo de 2020)

<sup>33</sup> "35 U.S. Code § 294 - Voluntary Arbitration." Legal Information Institute. Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/294>. (Consultada el 1 de marzo de 2020)

De esta manera, podemos determinar que efectivamente la legislación estadounidense permite el sometimiento a arbitraje de las disputas concernientes a las patentes.

Sin embargo, existen legislaciones que aceptan el uso del arbitraje como medio de resolución de conflictos, pero las decisiones que emanen de ese tribunal no van a causar efectos sobre la validez de la patente.

Es así que podemos encontrar legislaciones como la francesa, la cual dispone que se puede someter a arbitraje los conflictos concernientes a los acuerdos relacionados a las marcas y patentes.

De esta forma encontramos las disposiciones legales correspondientes:

*Article 2059*

*“Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*

*Article 2060*

*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des*

*catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.*

*Article L615-17*

*Les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention, y compris dans les cas prévus à l'article L. 611-7 ou lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux judiciaires, déterminés par voie réglementaire, à l'exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative.*

*Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du code civil.*

*Les tribunaux judiciaires mentionnés au premier alinéa du présent article sont seuls compétents pour constater que le brevet français cesse de produire ses effets, en totalité ou en partie, dans les conditions pré-*



*vues à l'article L. 614-13 du présent code.*<sup>34</sup>

De esta manera, podemos determinar cómo la legislación francesa permite al arbitraje como medio de resolución de conflictos cuando se presenten casos de “acciones civiles y las solicitudes relacionadas con patentes de invención, incluso en los casos previstos en el Art. L. 611-7 o cuando también se refieren a una cuestión relacionada de competencia desleal (...)” (traducción del texto).

Sin embargo, el último párrafo del Art. L615-17 establece que los tribunales mencionados en el primer párrafo conservan la jurisdicción exclusiva “para determinar que la patente francesa deja de producir sus efectos, en todo o en parte, en las condiciones previstas en el artículo L. 614-13 de este código.” (traducción del texto).

Por otra parte, encontramos legislaciones que prohíben expresamente someter las disputas relativas a los derechos de propiedad intelectual a arbitraje.

Es así como conseguimos la legislación belga, la cual es su Ley de Patentes de 1984, en su Art. 73.6, prohíbe someter

las disputas concernientes a la propiedad, validez, infracciones y licencias de patentes a un proceso arbitral.

*Art. 73.—1. The first instance courts shall have jurisdiction for claims relating to patents, whatever the value of the claim.*

*Any claim involving the infringement of a patent in conjunction with a matter of unfair competition shall be heard exclusively by the first instance court.*

*6. Any agreement contrary to the provisions of the preceding paragraphs shall be null and void*<sup>35</sup>.

De esta manera, podemos evidenciar que existe una gran variedad de maneras en que las diferentes legislaciones abarcan la resolución de conflictos concernientes a los derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, podemos encontrar diversos argumentos en los que se sostiene la no arbitrabilidad de los derechos de propiedad intelectual que necesiten del registro en la autoridad competente para que surtan efectos.

<sup>34</sup> “Legifrance - Le Service Public De L'accès Au Droit.” Légifrance, le service public de l'accès au droit - Accueil. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9D0C28855C28A6B3C37326DB0CFEDF5C.tplgfr33s\\_1?idSection-TA=LEGISCTA000006118171&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080225](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9D0C28855C28A6B3C37326DB0CFEDF5C.tplgfr33s_1?idSection-TA=LEGISCTA000006118171&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080225). (Consultada el 1 de marzo de 2020)

<sup>35</sup> “Belgium Patent Law.” Patent Law. WIPO. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/be/be063en.pdf>. (Consultada el 1 de marzo de 2020)

Algunos de estos argumentos son:

#### Creaciones del Estado y Orden Público

Este argumento se sustenta en que los derechos de propiedad intelectual tienen incidencia directa en el orden público. Es por esto que las autoridades estatales se perciben como garantes de los derechos de propiedad intelectual para los propietarios de dichos derechos.

De esta manera, las autoridades estatales, sosteniendo el monopolio del orden público, se consideran como las únicas instancias capaces de hacer o deshacer las garantías legales<sup>36</sup> que acompañan a estos derechos. De esta forma, el propietario no podrá disponer de los derechos sobre los que es titular.

Es así que el Estado se posiciona como ente que dispone exclusivamente sobre la validez de los derechos de propiedad intelectual, puesto que dichos derechos nacen a través de las garantías concebidas por el Estado.

De esta forma, si buscamos que el individuo posea la capacidad de disponer sobre los derechos de propiedad de los que es titular, desde este punto de vista, tendríamos que cambiar el concepto de

la función del Estado en la creación y administración de los derechos de propiedad intelectual, para así darle un papel más protagónico al titular. De esta forma obtendrá las garantías inherentes a sus derechos de propiedad intelectual, que, a su vez, tienen su origen en su creatividad e innovación.

De este modo, quien en uso de su inventiva crea un producto, y desea el reconocimiento de su labor, buscando exclusividad sobre dicha obra través de los órganos del Estado, debe ser reconocido como propietario de dichos derechos.

Es así, que los derechos de propiedad intelectual escaparían del claustro público, para convertirse en un derecho privado, en donde el verdadero propietario, inventor, ente creativo, impulsor de ideas, podría disponer de sus derechos plenamente.

Por otra parte, encontramos diversos argumentos que se oponen al razonamiento que sostiene que los derechos de propiedad intelectual deben cumplir formalidades para que nazcan las garantías respectivas. Dichos análisis sustentan que el registro de los derechos de propiedad intelectual no son actos de

---

<sup>36</sup> Janicke, Paul M. "“Maybe We Shouldn’t Arbitrate”: Some Aspects of the Risk/Benefit Calculus of Agreeing to Binding Arbitration of Patent Disputes: Published in Houston Law Review." Houston Law Review. Joe Christensen, Inc., August 16, 2002. <https://houstonlawreview.org/article/4443-maybe-we-shouldn-t-arbitrate-some-aspects-of-the-risk-benefit-calculus-of-agreeing-to-binding-arbitration-of-patent-disputes>. (Consultada el 5 de marzo de 2020)

Estado, puesto que considerarlo así sería extremadamente formalista. En cambio, el registro de los derechos de propiedad intelectual deben ser considerados como actos ministeriales<sup>37</sup>.

De esta manera, encontramos diversas decisiones judiciales que soportan este razonamiento, tales como *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp (1979)*<sup>38</sup>, en donde se establece lo siguiente: *“We are unable to accept the proposition that the mere issuance of patents by a foreign power constitutes either an act of state, as that term has developed under case law, or an example of governments’ compulsion.”* *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1293-94 (3d Cir. 1979)

En este caso, las cortes estadounidenses demuestran que las patentes no pueden ser consideradas como actos de Estado, por lo que, siguiendo con nuestra idea anterior, se apoya la idea correspondiente a que los derechos de propiedad intelectual son disponibles, quedando

demostrado que efectivamente se pueden someter a arbitraje, puesto que no se necesita la injerencia excesiva del Estado para resolver los conflictos relativos a esta materia.

Por otra parte, el Dr. Cook expone que necesariamente debemos referirnos a las diferencias de los efectos inter partes y erga omnes que producen las decisiones de nulidad provenientes de un tribunal arbitral.

En otras palabras, el registro público del derecho de propiedad intelectual no se verá afectado por la decisión de nulidad proveniente del tribunal arbitral, puesto que solo causará efectos en la relación interpartes<sup>39</sup>, es decir, entre las partes involucradas en el conflicto, y no *erga omnes*, es decir, frente a terceros<sup>40</sup>.

Sin embargo, existen excepciones a esta diversificación de efectos erga omnes e interpartes, y esto ocurre cuando la legislación interna de un Estado ha aceptado los efectos erga omnes de una

---

<sup>37</sup> Phan, Anh. “Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments.” Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

<sup>38</sup> Weis, and Circuit Judge. “Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.” Legal research tools from Casetext, 3 de abril de 1979. <https://casetext.com/case/mannington-mills-inc-v-congoleum-corp>. (Consultada el 6 de marzo de 2020)

<sup>39</sup> “35 U.S. Code § 294 - Voluntary Arbitration.” Legal Information Institute. Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/294>. (Consultada el 3 de marzo de 2020)

<sup>40</sup> Cook, Trevor. “International Intellectual Property Arbitration.” Google Libros. Google. [https://books.google.co.ve/books?id=KUdYZpjoCxcC&pg=PA77&source=gbs\\_toc\\_r&cad=3#v=onepage&q=erga&f=false](https://books.google.co.ve/books?id=KUdYZpjoCxcC&pg=PA77&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q=erga&f=false). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

decisión arbitral, tales como las leyes de Suiza<sup>41</sup> y Bélgica<sup>42</sup>.

De esta manera, si la legislación interna de un Estado no estipula que las decisiones arbitrales sobre la nulidad de los registros de los derechos de propiedad intelectual causen efectos *erga omnes*, y sobre los registros públicos, entonces las consecuencias de dichos laudos no escapan de la relación entre las partes.

### **VIII. Con respecto a si los conflictos sobre la validez de los derechos de propiedad intelectual deben ser resueltos por autoridades específicas**

Este argumento se sustenta en el hecho de que el Estado debe ser el único ente regulador de los derechos de propiedad intelectual. De esta manera, en ciertos países existen autoridades estatales especializadas, con exclusiva jurisdicción para tratar con la validez de los derechos de propiedad intelectual.

El Dr. Trevor Cook expone una investigación para exhibir qué países cuentan con estos órganos especializados. Estos países son: Austria (Departamento de Nulidades de la Oficina de Patentes); Brasil (Instituto Nacional de Propiedad Industrial); Chile (Instituto Nacional de

Propiedad Industrial); Alemania (Corte Federal de Patentes en Munich); México (Oficina de Patentes de México); y China (Panel de Re-Examinación de Patentes SIPO´s)<sup>43</sup>.

Estos tipos de sistemas se pueden considerar como bifurcados, puesto que a estas autoridades (normalmente las que confieren los derechos de propiedad intelectual en un principio) se les confiere la facultad de hacer revisiones e invalidar los derechos de propiedad intelectual después de haber sido otorgados.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que esta potestad otorgada a estos órganos solamente abarca su capacidad a los efectos *erga omnes*, es decir, frente a terceros. De esta manera, debemos recordar que los laudos arbitrales solo causan efecto entre las partes, por lo que no hay colisión entre los laudos, los cuales causan efectos interpartes, y las decisiones de estos órganos estatales es-

---

<sup>41</sup> Decisión de la Oficina Federal Suiza de Propiedad Intelectual de 15 de diciembre de 1975.

<sup>42</sup> Artículo 51 (1) de la Ley de Patentes de Bélgica. - Para más información visitar: [https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/gaikoku/document/index/belgium-e\\_patents\\_law.pdf](https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/gaikoku/document/index/belgium-e_patents_law.pdf)

<sup>43</sup> Cook, Trevor. "International Intellectual Property Arbitration." Google Libros. Google. [https://books.google.co.ve/books?id=KUdYZpjoCxcC&pg=PA77&source=gbv\\_toc\\_r&cad=3#v=onepage&q=erga&f=false](https://books.google.co.ve/books?id=KUdYZpjoCxcC&pg=PA77&source=gbv_toc_r&cad=3#v=onepage&q=erga&f=false). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

pecializados que causan efectos *erga omnes*<sup>44</sup>.

Se puede concluir que efectivamente no hay colisión de efectos entre las decisiones que emanen de los órganos estatales especializados, y las decisiones de los tribunales arbitrales, puesto que uno abarca los aspectos contractuales, y otro abarca los aspectos subjetivos.

### **IX. Con respecto a la validez de los derechos de autor y aquellos derechos de propiedad intelectual que no necesiten del cumplimiento de formalidades para que surtan efectos**

Una de las diferencias de los derechos de autor con respecto a los demás derechos de propiedad intelectual, es que estos pueden dispensar del registro para que comiencen a surtir efectos.

La Organización Internacional de la Propiedad Intelectual en su publicación “¿Qué es la Propiedad Intelectual?” define que la protección de los derechos de autor se obtiene automáticamente, sin depender del cumplimiento de formali-

dades como el registro ante la autoridad competente<sup>45</sup>.

El conflicto que se presenta con este tipo de Derecho de Propiedad Intelectual es que se tiende a malinterpretar su naturaleza, confundiéndose con el Derecho de Competencia.

La Dra. Anh, citando a su vez al Dr. James J. Fawcett, establece que se puede interpretar que: “Los derechos de propiedad intelectual son restricciones a la competencia con el fin de promoverla (la competencia)”<sup>46</sup>.

Puesto que se tiende a malinterpretar que los derechos de autor son derechos de competencia, se determina que los derechos de autor son inarbitrables, debido a que los derechos de competencia pertenecen al orden público, controlando el Estado los conflictos relacionados con esta materia.

Sin embargo, debemos tomar en cuenta que este punto de vista no puede estar más alejado de la realidad, puesto que la regulación de las relaciones económicas con respecto a la violación de las dispo-

<sup>44</sup> Phan, Anh. “Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments.” Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

<sup>45</sup> World Intellectual Property Organization (WIPO) “What Is Intellectual Property?”. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=99&plang=EN>. (Consultada el 4 de marzo de 2020)

<sup>46</sup> Phan, Anh. “Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments.” Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 4 de marzo de 2020.)

siciones antimonopolio que una legislación interna de un Estado pueda tener, no tiene nada que ver con los Derechos de Propiedad Intelectual. Tan es así, que el Estado puede resolver situaciones de oficio cuando se presentan prácticas monopólicas, mientras que el arbitraje solo se puede iniciar a instancia de parte<sup>47</sup>.

Además, la naturaleza de estos derechos es completamente diferente, puesto que unos buscan prevenir que ciertos actores controlen el mercado, mientras que otros buscan que se mantenga y garantice la exclusividad de los poseedores de los derechos de propiedad intelectual en algunos sectores de la economía<sup>48</sup>.

Una vez se logre entender que la naturaleza de estos derechos es completamente diferente, y que cada uno abarca y regula circunstancias distintas, seremos capaces de comprender que el derecho de propiedad intelectual y los correspondientes derechos de autor se ubican en el ámbito del derecho privado, siendo estos disponibles por las partes, por lo que los conflictos que sur-

jan de dichos derechos pueden ser arbitrables.

## X. Sobre el futuro del arbitraje con respecto a los Derechos de Propiedad Intelectual

Con respecto a los conflictos que surjan por el registro y el uso de nombres de dominio de internet, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ofrece una plataforma de resolución alternativa de conflictos en línea.

Al igual que en las disputas sobre los derechos de marcas, los conflictos de nombres de dominio se originan como consecuencia al uso de nombres similares o parecidos. En estos casos, se pueden reclamar sobre los derechos que se tienen sobre los nombres de dominio idénticos o similares a los que utilice una marca.

Dicha plataforma ofrece, en conjunto con la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números, el Reglamento para una Política Uniforme

---

<sup>47</sup> Grantham, William. “[PDF] The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes: Semantic Scholar.” [PDF] The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes | Semantic Scholar, January 1, 1996. <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Arbitrability-of-International-Intellectual-Grantham/9a21505be78b616dd8ef80151c5613cbf55632d>.

<sup>48</sup> Phan, Anh. “Arbitrability Of Intellectual Property Related Disputes: Necessity And Arguments.” Academia.edu - Share research. [https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY\\_OF\\_INTELLECTUAL\\_PROPERTY\\_RELATED\\_DISPUTES\\_NECESSITY\\_AND\\_ARGUMENTS](https://www.academia.edu/38242470/ARBITRABILITY_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_RELATED_DISPUTES_NECESSITY_AND_ARGUMENTS). (Consultada el 3 de marzo de 2020)

de Resolución de Disputas sobre Nombres de Dominio (PURC)<sup>49</sup>.

Este mecanismo de resolución de conflictos resulta bastante ventajoso, puesto que normalmente los casos concluyen dentro de los dos meses desde que se presenta el reclamo.

Uno de los casos más relevantes que se puede encontrar es *Pepsi vs. Chan*<sup>50</sup>, en donde el panel arbitral decidió que los nombres registrados con mala fe debían ser transferidos a la demandante, es decir, a PepsiCo, Inc.

En conclusión, los medios alternativos de resolución de conflicto en línea pueden ser un medio beneficioso para dirimir las controversias que se puedan presentar en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, puesto que ofrece ventajas como celeridad y economía procesal, sin embargo, se debe seguir avanzando en el desarrollo de estos medios de resolución de conflictos.

## XI. Conclusión

Elementos como la inarbitrabilidad, desigualdad de las disposiciones que regulan la materia en las diferentes legislaciones, ambigüedad de los tratados, y la falta de armonía reglamentaria sobre

este asunto, suponen grandes obstáculos a los que debemos enfrentarnos si deseamos someter los conflictos relativos a los derechos de propiedad intelectual a un proceso arbitral.

Por otra parte, la fuerte injerencia que mantiene el Estado en la administración y regulación de esta materia ocasionalmente impide la libre disposición de dichos derechos a sus titulares.

Sin embargo, a lo largo de este escrito, hemos desarrollado un conjunto de argumentos que se anteponen a estas dificultades e impedimentos, con el fin promover la libre disponibilidad de los derechos de propiedad intelectual para sus titulares, el arbitraje como medio de resolución de conflictos relacionados a los derechos de propiedad intelectual, y el avance de este mecanismo como medio para obtener resultados más efectivos y apegados a la necesidad de sus beneficiarios.

De esta manera, hecho el análisis sobre los beneficios de la aplicación del arbitraje como medio de resolución de conflictos relacionados con los derechos de propiedad intelectual, podemos concluir que aunque se presentan

---

<sup>49</sup> “Reglamento Para Una Política Uniforme De Resolución De Disputas Sobre Nombres De Dominio (PURC) (El ‘Reglamento’).” ICANN. <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-12-es>. (Consultada el 5 de marzo de 2020)

<sup>50</sup> Arbitration and Mediation Center. WIPO Domain Name Decision: D2004-0033, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0033.html>. (Consultada el 5 de marzo de 2020.)

obstáculos al querer someter estos conflictos a arbitraje, las ventajas que nos brinda son mucho mayores, debido a que este mecanismo nos ofrece obtener: (i) resultados eficientes en cuanto al tiempo y a los costos, (ii) someter el conflicto ante expertos en la materia, (iii) evitarnos la aplicación de múltiples legislaciones para la resolución del conflicto, y (iv) llegar a la solución del conflicto con las máximas de confidencialidad.





# La CISG en Arbitrajes Internacionales en la era del COVID-19 y en situaciones de fuerza mayor o excesiva onerosidad

Gilberto A. Guerrero-Rocca\*

---

**Resumen:** La CISG ofrece diversos incentivos para solicitar su aplicación en arbitrajes internacionales, dado el catálogo extenso de remedios contractuales y defensas orientadas a obtener exoneración de responsabilidad contractual. Si se le compara con el derecho interno, la CISG es un instrumento más adecuado para resolver disputas contractuales internacionales; aunado a la ganada percepción de que ofrece alternativas de reparación contractual que zanján las diferencias previstas en el derecho civil o continental y el consuetudinario o anglosajón. Adicionalmente, la CISG es percibida como un código de derecho contractual que suple las lagunas contractuales y auxilia en la interpretación contractual. Sin embargo, debe advertirse que el crecimiento en la incorporación de cláusulas de arbitraje internacional contrasta con la práctica contractual extendida de excluir la aplicación de la CISG en algunos países. Afortunadamente, podemos afirmar que el arbitraje internacional ha venido al ‘rescate’ en la aplicación de la CISG, como lo demuestran los resultados de investigaciones empíricas que reflejan una marcada preferencia de los paneles arbitrales por aplicar sus disposiciones de manera frecuente en disputas comerciales. La aplicación de la CISG obtiene todavía mayor importancia en disputas contractuales en las que no se hayan pactado cláusulas de fuerza mayor y excesiva onerosidad, o en situaciones donde el derecho nacional aplicable carezca de una clara o conveniente disposición, agravado por contingencias como la pandemia del COVID-19, donde el cumplimiento original de las obligaciones se hace imposible o muy oneroso, debido a circunstancias imprevisibles o fuera del control de las partes. Inclusive, los incentivos para solicitar la aplicación de la CISG podrían persistir aun habiéndose pactado cláusulas de fuerza mayor y excesiva onerosidad, dado que los precedentes de casos similares, resueltos con ese

---

\* Stanford University (Stanford, USA), JSM (Dissertation honors). Universidad Francisco de Vitoria-ICAM (Madrid, España), Máster en Derecho de los Negocios. Fundador y Ex Jefe de la Cátedra de Arbitraje, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Florida International University College of Law, Professor y LL.M. Program Director (Miami, Florida). Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), Abogado Summa Cum Laude, y Especialista en Derecho Administrativo. WDA Legal, Socio, Práctica de Arbitraje Internacional. Florida Bar, Certified Foreign-Legal Consultant. Gilberto.Guerrero@wdalegal.com

instrumento, ofrecen una guía sobre la interpretación y aplicación de esas cláusulas. Conviene ponderar también la aplicación de algunos instrumentos de soft-law como los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales (“PICC”) y los Principios del Derecho Contractual Europeo (“PECL”), útiles para suplir lagunas contractuales y complementar la interpretación de la CISG.

**Abstract:** The incentive for parties to argue for the CISG’s application in arbitral proceedings stems from its broad-reaching list of remedies and defenses. The CISG is more suitable (when compared with domestic law) for settling international disputes; and by the perception that the CISG is a compromise between common-law and civil-law jurisdictions regarding how parties are granted relief. Moreover, the CISG is also perceived as a contract law code, which offers a series of default rules to fill in gaps in contracts and to assist in the interpretation of contracts. Nevertheless, while the CISG has increasingly become an *opt-out* instrument in practice, and an *opt-in* agreement in international arbitration, the interaction between them has led to the rescue of the former. Data collected by empirical research shows that international arbitral tribunals tend to apply the CISG without hesitation and have spread its application to settle trade-related disputes according to its remedies, defenses, and exemptions from liability. In the absence of force majeure and hardship clauses or due to the lack of domestic law prescribing such exemptions from liability, the applicability of the CISG becomes paramount for the prospect of many claims, but it has become even more important in the current era of the COVID-19 pandemic, where the performance of many contractual obligations and undertakings could be deemed as *impossible, impractical* or *unreasonably onerous* based upon the occurrence of *unforeseen* circumstances or events *beyond the control* of the parties. Its relevance could also come into play in contract disputes where parties have agreed on force majeure and hardship clauses, since CISG-related case would provide guidelines on the clauses’ interpretation and application. Both UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (“PICC”) and the Principles of European Contract Law (“PECL”), albeit soft law, must be used as gap-fillers and are an invaluable supplemental source for the interpretation of the CISG.

**Palabras Claves:** CISG. Arbitraje Internacional. COVID-19. Fuerza mayor. Penuria. No signatarios.

**Keywords:** CISG. International Arbitration. COVID-19. Force majeure. Hardship. Non-signatories.

**Sumario: I. Introducción, II. Problemas prácticos vinculados a la aplicabilidad de la CISG, III. Incentivos para solicitar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales, IV. La CISG en disputas generadas a partir del COVID-19 y situaciones de fuerza mayor y excesiva onerosidad, V. Conclusiones**

## I. Introducción

En 2020 se conmemora el cuarenta aniversario<sup>1</sup> de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (mejor conocida por sus siglas en inglés, CISG en lo sucesivo), y con ese propósito se organizaron diversos seminarios y congresos<sup>2</sup> que fueron postergados por la pandemia del COVID-19.

Múltiples son las ventajas que se le reconocen a la CISG en beneficio del desarrollo de la práctica del comercio internacional. Destaca la ‘armonización’ entre las soluciones o ‘remedios’ contractuales del sistema de derecho civil o continental y las contempladas por el derecho anglosajón o de *common law* y, particularmente, al ‘zanjar’ la disparidad que existe tradicionalmente entre la disyuntiva de ordenar la compensación dineraria de daños *vs.* la orden de cumplimiento específico y la readaptación del contrato<sup>3</sup>. También que la CISG es

percibida como un ‘código de derecho contractual’ (abierto a los Estados contratantes) que contiene reglas que suplen omisiones contractuales frecuentes, y que también ayudan en la interpretación de cláusulas contractuales<sup>4</sup>.

Sin embargo, la CISG alcanza sus cuarenta años experimentando una creciente exclusión contractual por actores comerciales de países con grandes economías que logran imponer a la otra contratante la aplicación de legislaciones locales que les son más próximas o favorables. En ese sentido, el arbitraje internacional ha servido de espacio para ‘rescatar’ la aplicación cotidiana de la CISG, dada la mayoritaria inclinación de los árbitros internacionales por aplicarla al momento de decidir disputas de diversa índole, muchas incluso bajo circunstancias de fuerza mayor o excesiva onerosidad, habiéndose -pactado o no- cláusulas específicas sobre el particular.

---

<sup>1</sup> La Convención quedó abierta para su adopción en Viena, 11 de abril de 1980.

<sup>2</sup> La Universidad Carlos III de Madrid había organizado un Congreso conmemorativo para abril, 2020.

<sup>3</sup> Díez-Picazo, Luis, et al, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Navarra: Aranzadi, 1998).

<sup>4</sup> Janssen A.U. and Spilker Matthias, “The CISG and International Arbitration” en *International Sales Law: A Global Challenge*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014). 135-153.

Existen diversos incentivos para invocar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales, sobre todo cuando el contrato bajo disputa no contempla cláusulas específicas para resolver eventos o circunstancias fuera del control de las partes o impredecibles (*force-majeure*) que hacen imposible el cumplimiento contractual original, o cuya ocurrencia quiebra el equilibrio económico del contrato al disparar una excesiva onerosidad para el cumplimiento original de las obligaciones (*hardship*).

Este trabajo analiza la dinámica y efecto práctico entre la CISG, arbitraje internacional, fuerza mayor y excesiva onerosidad, lo que cobra mayor relevancia en la era del COVID-19.

## II. Problemas prácticos vinculados a la aplicabilidad de la CISG

Aunque la CISG cuenta con 93 Estados miembros<sup>5</sup>, los escenarios que originan un debate sobre su aplicabilidad no se limitan exclusivamente a su ámbito material, también incluyen discusiones sobre la interpretación que debe dársele al resultado que arrojan las normas de conflicto de derecho internacional privado.

Para ilustrar este punto procederemos a realizar un breve estudio de caso vinculado a un arbitraje internacional reciente, en el que tuvimos oportunidad de participar como abogado de parte, guardando por supuesto las cautelas propias que impone la confidencialidad y reglas deontológicas.

En marzo 2020, un panel arbitral internacional con sede en Copenhague regido por el Reglamento del Instituto Danés de Arbitraje emitió un laudo en favor de una demandante latinoamericana (el ‘comprador’) contra un gigante europeo (el ‘vendedor’), con relación a una disputa comercial originada a partir de una compraventa internacional de maquinaria industrial. El laudo arbitral resulta de interés porque, entre varios puntos controvertidos de derecho, resolvió que la CISG también es aplicable para resolver disputas que involucren partes contratantes que provengan de un país que no sea signatario<sup>6</sup> o contratante de ese importante instrumento internacional.

La aplicación material de la CISG resultó fundamental en la resolución de la disputa, dado que el tribunal arbitral al momento de estimar la demanda acordó

<sup>5</sup> Naciones Unidas, Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (11 de abril de 1980) [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=X-10&chapter=10&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_en)

<sup>6</sup> Por ejemplo, países con grandes volúmenes de comercio como el Reino Unido, India, Suráfrica y Nigeria **no** son Estados Contratantes de la CISG.

un mecanismo o solución (*remedies*) allí establecido. La Convención, a diferencia de la legislación local, establece un catálogo más amplio de soluciones o vías legales de entidad contractual -en situaciones de incumplimiento- que están mejor ajustados a las transacciones en el marco del comercio internacional.

El laudo arbitral bajo análisis acordó la compensación de los comparadores ordenando el reembolso del precio y el pago de intereses<sup>7</sup> de conformidad con lo previsto en el artículo 84(1) de la CISG. El tribunal arbitral determinó que la Convención era la ley aplicable porque las partes habían estipulado en el contrato la sumisión a la legislación local de un Estado Miembro de la Convención. Así, la decisión arbitral concluyó que la sola sumisión -sin reservas- al ordenamiento jurídico de un país que había incorporado la CISG<sup>8</sup>, justificaba su aplicación a plenitud, aunque alguna de las partes contratantes provenga de otro país que no lo es.

Vale destacar también que en el procedimiento arbitral bajo comentario, el ‘vendedor’ (demandado) argumentó en su defensa que la CISG no resultaba aplicable por dos razones: (a) que si se

tomaba en cuenta que el país de los ‘compradores’ no es parte signataria de la Convención, resultaba palmario que los demandantes no contemplaron -ni era su intención- someterse a sus disposiciones al momento de suscribir el contrato con los ‘vendedores’ (demandados); y (b) que no existe fundamento para sostener con certeza que la CISG es o fue seleccionada o incorporada al contrato de compraventa.

De manera contraria, la accionante (‘compradora’) replicó destacando que la demandada (‘vendedora’) estaba constituida y domiciliada en un Estado Contratante de la Convención, y que, habiéndose pactado su legislación sin reservas, aquella aplicaba en todo lo que no estuviera previsto por la segunda. Adicionalmente, que debía entenderse que cuando las partes elijen la legislación nacional de un Estado Contratante de la CISG, en ausencia de cualquier otra especificación, declaración o reserva, tal Convención exige aplicación preferente en los procedimientos de arbitraje internacional de conformidad con lo previsto en el Artículo 1(1)(b) de la CISG. En el laudo definitivo, esa fue la

---

<sup>7</sup> Sobre la disyuntiva en reconocer intereses simples o compuestos en los arbitrajes internacionales, léase Gotanda, John Y. “Compound Interest in International Disputes.” *Law & Pol’y Int’l Bus.* 34 (2002): 393

<sup>8</sup> Vid. Laudo dictado en el Arbitraje CCI No. 6653, (1993). El contrato estipulaba la ley francesa. El tribunal arbitral concluyó que el contrato estaba sometido a la CISG, por haberse pactado la sumisión a la ley francesa y Francia había ratificado la Convención previo a la celebración del contrato.

posición que finalmente prevaleció, dando la razón a la reclamante.

La solución adoptada por el laudo arbitral bajo análisis respondió a un escenario fáctico que se ha vuelto poco frecuente en la actualidad, esto es, que se declare la aplicación de la CISG para un caso donde alguna de las partes contratantes proviene de un país que no es signatario o parte de la aludida Convención, y a partir del exclusivo y único efecto de haberse seleccionado el ordenamiento jurídico de un país que sí lo es. En otras palabras, se trata de un supuesto ‘indirecto’ de aplicación de la CISG como consecuencia de la estipulación contractual –sin reservas– a la legislación de un país signatario de la CISG o como consecuencia de la determinación que de esa misma legislación local hagan las normas de conflicto de derecho internacional privado.

Varios motivos explican esa infrecuente situación en la actualidad: (i) la CISG ha sido suscrita y ratificada por un gran número de países, con lo cual, su

aplicación en arbitrajes internacionales o litigios nacionales –si incluyen contratantes de esos países<sup>9</sup>– deviene, en principio, indiscutible<sup>10</sup>; (ii) actualmente, muchos contratantes (en general) y comerciantes (en particular) están optando por *excluir* expresamente la aplicación de la CISG, provengan o no de Estados Contratantes de esa Convención (exclusión ‘*opt-out*’), lo cual es permisible de acuerdo a su Artículo 6<sup>11</sup>, dada la prevalencia de la *autonomía de la voluntad* de las partes; y (iii) algunos países miembros de la CISG, con grandes economías y volúmenes de comercio, han declarado<sup>12</sup> que no estarán sometidos a esa opción ‘indirecta’ de aplicación de la Convención (EEUU, China, Alemania, Singapur, entre otros)<sup>13</sup>. Esa opción ‘indirecta’ se encuentra contenida en el Artículo 1(1)(b) de CISG<sup>14</sup>, por la cual su aplicación material se extiende a situaciones –similares a la del laudo analizado– donde la mera sumisión a la legislación de un país que sea Estado Contratante es suficiente para la aplicación de la CISG, o

<sup>9</sup> Art. 1 CISG: “1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes.” Esta es la situación más frecuente.

<sup>10</sup> Vid. *Supra* nota al pie 10.

<sup>11</sup> Art. 6 CISG: “Las partes podrán *excluir* la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”

<sup>12</sup> Wethmar-Lemmer, Marlene. “Applying the CISG via the Rules of Private International Law: Articles 1(1)(b) and 95 of the CISG - Analyzing CISG Advisory Council Opinion 15” *De Jure* 49.1 (2016): 58-73.

<sup>13</sup> Alemania, China, EE. UU., Eslovenia, República Checa, San Vicente y las Granadinas, y Singapur.

<sup>14</sup> Art. 1 CISG: “1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: (...) b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.”

que similar sumisión a una legislación local (de país signatario de la CISG) resulte de las normas de conflicto de leyes, propias del derecho internacional privado<sup>15</sup>. Esa declaración estatal trae entonces consigo un ‘bloqueo’ a la posibilidad de aplicación ‘indirecta’ de la Convención.

En definitiva, la aplicación o no de la CISG a una disputa concreta se desprende de tres escenarios: (i) la “opción directa” conforme a la autonomía de la voluntad de las partes, por la incorporación de la Convención al contrato; (ii) la “opción indirecta” cuando las partes se limitan solo a seleccionar (sin reservas) la legislación de un país que sí es Estado Contratante de la Convención – como en el laudo bajo análisis- y que además, ese país no ha hecho la declaración de exclusión a esta “opción indirecta,” a que se refiere el Artículo 95 de la CISG (antes aludida). Se llega también a este resultado (“opción indirecta”) a través de las normas de conflicto de derecho internacional privado y, finalmente (iii) la opción contractual de exclusión expresa (“*opt-out*”), cuando las partes contratantes prefieren no someterse a las

disposiciones de la CISG<sup>16</sup>, y con ello bloquean su aplicación por cualquiera de las potenciales vías posibles (por la voluntad de los árbitros; la legislación local designada; o en virtud de las normas de conflicto de derecho internacional privado).

A pesar de la aparente popularidad entre comerciantes y empresas de la opción de exclusión expresa (“*opt-out*”) a la Convención (en países que son parte) en los contratos internacionales; afortunadamente, los resultados de algunas investigaciones académicas arrojan una tendencia mayoritaria en pro de su aplicación por parte de tribunales arbitrales internacionales<sup>17</sup>. Esos estudios evidencian también el empleo frecuente de las soluciones o vías legales (*remedies*) previstos para los incumplimientos, y la adopción de los supuestos de exoneración de responsabilidad contractual, todos contenidos en la CISG<sup>18</sup>.

### III. Incentivos para solicitar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales

Dado que el arbitraje internacional es un mecanismo alternativo a la vía judicial, pero de carácter contencioso (*adversa-*

---

<sup>15</sup> Declaración prevista para los Estados Contratantes en el Artículo 95 de la CISG.

<sup>16</sup> Janssen A.U. and Spilker Matthias, *supra* nota al pie 4.

<sup>17</sup> Mistelis, Loukas, “CISG and Arbitration” en *CISG Methodology* (ed. A. Janssen and O. Meyer) (Munich: Sellier European Law Publishers, 2009), 375-395.

<sup>18</sup> Kröll, Stefan, Loukas A. Mistelis, and Pilar Perales Viscasillas, eds. “UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods” (CISG: a commentary) (Second edition), 2018)



*rial*) y de heterocomposición procesal, la aplicación frecuente de la CISG en los laudos arbitrales internacionales no solo obedece a la inclinación de los árbitros, sino también a las peticiones de los litigantes que fundamentan sus pretensiones de compensación (ante incumplimientos), o defensas de exoneración (de responsabilidad), conforme a sus normas.

De hecho, los incentivos para solicitar la aplicación de la CISG en arbitrajes internacionales reposa en su generoso catálogo de soluciones o vías legales (*remedies*), y supuestos de exoneración de responsabilidad contractual (*exemption from liability*), considerados más adecuados para resolver disputas comerciales en el ámbito internacional, en comparación con las soluciones que aportan las múltiples, innumerables –y en ocasiones impredecibles– legislaciones locales<sup>19</sup>, incluso sometidas a variaciones jurisprudenciales nacionales.

Incluso, otro incentivo que ofrecen las disposiciones de la CISG es el éxito que sus redactores han obtenido al generar una percepción global de sana ‘armonización’ entre las soluciones o

mecanismos contractuales propios del sistema de derecho civil o continental (de raíz romano-germánica) y las contempladas por el derecho anglosajón o de *common-law* y, particularmente, al ‘zanjar’ la disparidad que existe respecto al tipo de solución aplicable (i.e. tradicionalmente, la disyuntiva entre ordenar la compensación dineraria de daños *vs.* la orden de cumplimiento específico)<sup>20</sup>.

En la misma línea, la ventaja que la CISG es percibida como un ‘código de derecho contractual’ (abierto a los contratantes) que contiene reglas que suplen omisiones contractuales frecuentes, y que también ayudan en la interpretación de cláusulas contractuales<sup>21</sup>.

Sin embargo, debe advertirse (sin desmeritar lo anterior) que algunos autores han hecho la salvedad que la CISG no resuelve ‘todos’ los problemas y que todavía, en algunos casos específicos, la legislación local puede ofrecer un papel relevante, incluso en disputas internacionales. Asimismo, que algunos instrumentos de la nueva *lex mercatoria* o *soft law* como los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Princi-

<sup>19</sup> Vid. Entre otros, Ferrari, Franco en “The Interaction between the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods and Domestic Remedies” (Rescission for Mistake and Remedies in Tort Law)” *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law H. 1* (2007): 52-80

<sup>20</sup> Díez-Picazo, *supra* nota al pie 3.

<sup>21</sup> Janssen A.U. and Spilker Matthias., *supra* nota al pie 4, p. 142.

prios UNIDROIT”), y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“Principios Europeos”), resultan fundamentales para suplir lagunas de la CISG, o para ofrecer asistencia en su interpretación<sup>22</sup>.

#### IV. La CISG en disputas generadas a partir del COVID-19 y situaciones de fuerza mayor y excesiva onerosidad

Resulta útil observar la interacción entre la CISG y el arbitraje internacional porque conviven de manera cotidiana a pesar de una aparente asimetría en su popularidad<sup>23</sup>. Por una parte, se percibe el declive en la adopción contractual de la CISG, y su frecuente exclusión por contratantes de países signatarios; mientras que el arbitraje internacional vive como nunca un proceso de expansión catapultado por su estipulación contractual frecuente. En ese sentido, podríamos decir que el arbitraje internacional ha venido al ‘rescate’ de la Convención, si observamos su aplica-

ción preferente por los paneles arbitrales<sup>24</sup>. De hecho, data empírica demuestra una tendencia<sup>25</sup> marcada en los tribunales arbitrales por acogerla (como derecho aplicable), y con ello resolver disputas a través de las soluciones, vías legales y exoneraciones de responsabilidad que ella contiene.

Cada vez que ocurren eventos inesperados o excepcionales que impactan el cumplimiento contractual a escala, resulta natural que resurjan discusiones respecto a los principios universales de derecho contractual como *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Clásicamente, la lista de eventos infortunados estaba limitada a desastres naturales (“*acts of God*”) como los incendios, terremotos, inundaciones, entre otros. No fue sino hasta el siglo pasado cuando la lista fue engrosada con hechos generados a partir de decisiones u omisiones humanas.

La jurisprudencia y la doctrina<sup>26</sup> empezaron a reconocer que otras situaciones

---

<sup>22</sup> Ferrari, Franco, *supra* nota al pie 19. Perales Viscasillas, Pilar “The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-Filling of CISG,” en *CISG Methodology* (ed. A. Janssen and O. Meyer) Munich: Sellier European Law Publishers, 2009), 287-317. Schwenger, Ingeborg. “Interpretation and Gap-Filling under the CISG” (2014): 109-118. en Schwenger, I., Atamer, Y. M., & Butler, P. (2014). *Current Issues in the CISG and Arbitration*. Eleven International Publishing.

<sup>23</sup> Janssen A.U and Spilker Matthias., *supra* nota al pie 4.

<sup>24</sup> Mistelis, Loukas. *supra* nota al pie 17, y The Institute of International Commercial Law, CISG database.

<sup>25</sup> Kroll, Stefan. “Arbitration and the CISG” *Current Issues in the CISG and Arbitration*. (Hague: Eleven International Publishing, 2014)

<sup>26</sup> Fontaine, Marcel “The Evolution of the Rules on Hardship, From the First Study on Hardship Clauses to the Enactment of Specific Rules” en. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*. (Kluwer Law International BV, 2019.)

-no solo limitadas a desastres naturales- también podían generar que el cumplimiento contractual original se hiciera *imposible o excesivamente oneroso*<sup>27</sup>. Situaciones como la cancelación en Londres (1902) de la procesión para la coronación del rey Eduardo VII (“las demandas de la coronación”); la dramática inflación (1923) en Alemania; la gran depresión (1929) en EE. UU.; el cierre del Canal de Suez (1956); la reunificación de Alemania (1990); los ataques terroristas del 9/11 en EE. UU. y, actualmente la pandemia del COVID-19, ilustran la discusión.

En ausencia de estipulación contractual de cláusulas de ‘fuerza mayor’ (*force majeure*) y ‘onerosidad excesiva’ (*hardship*)<sup>28</sup>, o en caso que la legislación

nacional relevante a la disputa no sea eficiente o clara para reconocer esas figuras -incluso la jurisprudencia local que la interpreta-, salta a la vista la utilidad práctica de invocar la aplicación de la CISG<sup>29</sup>, para aquellas defensas que se opongan en arbitrajes internacionales donde el cumplimiento contractual original se ha vuelto *imposible o excesivamente oneroso* (rompiendo el equilibrio económico del contrato), a partir de circunstancias o eventos *imprevisibles* o que están *fuera del control* de las partes.

Incluso, la CISG cobra relevancia también en aquellas disputas donde las partes sí hayan pactado cláusulas de fuerza mayor (*force majeure*)<sup>30</sup> y onerosidad excesiva (*hardship*), por la

<sup>27</sup> Para un análisis exhaustivo, didáctico y esclarecedor léase a Pinto Oliveros, Sheraldine “Contrato Plurilateral, Joint Venture, Contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor. Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista.” Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nro. 13, 2020, pp. 701-727.

<sup>28</sup> La Cámara de Comercio Internacional (CCI) acaba de ofrecer la más reciente versión de sus cláusulas modelo de fuerza mayor y onerosidad excesiva, marzo 2020.

<sup>29</sup> A falta de una cláusula de fuerza mayor que incluya una “pandemia” como el COVID-19, la legislación de algunos países ofrece diversas figuras de exoneración de responsabilidad, tales como la doctrina -de common law- frustration (Reino Unido, y en algunos Estados de EE. UU. como Nueva York, Texas, entre otros), *impossibility* e *impracticability* (Uniform Commercial Code, The Restatement Second of the Law of Contracts, para EE. UU.). Vale destacar que *impracticability*, a diferencia de *impossibility*, exige un estándar menor porque no supone que el incumplimiento se haya hecho imposible, sino muy oneroso.

<sup>30</sup> Dentro de las ventajas que ofrece la Cláusula de Fuerza Mayor de la ICC, es que ella pretende alcanzar un equilibrio entre los requisitos generales de la fuerza mayor, los que deben verificarse en todos los casos donde se aspire su invocación, así como la descripción de los hechos que presuntamente quedaron fuera del control de las partes y que no pudieron ser previsibles en la oportunidad de la celebración del contrato. Corolario de lo anterior, la Cláusula de Fuerza Mayor de la ICC además de definir la ‘fuerza mayor’, contempla un catálogo de eventos denominados de fuerza mayor que se suponen cumplen con las exigencias para ser considerados dentro de esa categoría, los cuales -se sugiere- deben ser examinados -para su inclusión o no- por las partes a fin de que los ajusten a sus necesidades o conveniencias. Por tanto, el resultado inmediato y fundamental de la invocación exitosa de la fuerza mayor, justamente, es el relevo de la parte -que se sirva de ella- de cumplir con la obligación u obligaciones pactadas y de la consecuente responsabilidad por los daños y perjuicios

existencia de diversos precedentes jurisprudenciales y laudos arbitrales<sup>31</sup> internacionales dictados a partir de esa Convención, ofreciendo así una invalorable orientación sobre la interpretación y aplicación de aquellas cláusulas<sup>32</sup>. En este mismo sentido, vale destacar que afortunadamente los precedentes a partir de laudos arbitrales internacionales se precian de mantener una interpretación y aplicación uniforme de la Convención<sup>33</sup>, lo que redundará en generar certidumbre y seguridad jurídica.

Sin embargo, es justo advertir que la elaboración de una argumentación de defensa basada *exclusivamente* en la CISG, para obtener exoneración contractual –invocando fuerza mayor o excesiva onerosidad– en cualquier arbitraje internacional, puede ser riesgoso. De hecho, todavía existe una porción escasa de la doctrina que niega que el Artículo 79 de la Convención abarque supuestos de exoneración de fuerza mayor y onerosidad excesiva.

Afortunadamente, la mayoría de los autores y laudos arbitrales<sup>34</sup> se inclinan por reconocerlas incluidas, pero dejando espacio para la especulación sobre qué supuestos bastan para satisfacer las figuras y cuáles son las soluciones o vías legales (*remedies*) más apropiados (*e.g.* adaptación del contrato, obligación de renegociar *vs.* terminación del contrato y pago de daños)<sup>35</sup>.

Vale destacar, aunque muy brevemente, la diferenciación entre ambos supuestos de exoneración de responsabilidad contractual. Para muchos laudos arbitrales la fuerza mayor se vincula a circunstancias que hacen *imposible* el cumplimiento de las obligaciones en la forma y modo originalmente pactado; y que la onerosidad excesiva puede admitir ese cumplimiento, pero solo a través de soportar un costo o sacrificio patrimonial de suficiente entidad, generando

---

<sup>31</sup> Perales Viscasillas, Pilar and David Ramos Muñoz, “CISG & Arbitration,” *Spain Arbitration Review*, no. 10 (2011): 63-84.

<sup>32</sup> Bortolotti, Fabio and Dorothy Ufot. eds. *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World.* (Kluwer Law International BV, 2019)

<sup>33</sup> Brunner, Christoph, and Benjamin Gottlieb. *Commentary on the UN Sales Law (CISG).* (Kluwer Law International, 2019).

<sup>34</sup> Decisiva resulta la Opinión No. 7 del Consejo Consultivo de la CISG AC (point 3.1), publicado en 2008. En 2009, la Corte de Casación belga fue uno de los primeros tribunales nacionales en seguir esa Opinión (caso ‘venta de tubos de acero’). A favor, léase por ejemplo Laudo final en el caso Nro. 19149 de la CCI (Boletín 2015, Nro. 2).

<sup>35</sup> Schwenger, Ingeborg. “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts” (*Victoria U. Wellington L. Rev.* 39 2008): 709.

el quiebre del equilibrio económico del contrato<sup>36</sup>.

Finalmente, se debe insistir que tanto los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, a pesar de ser *soft law*, pueden emplearse para llenar lagunas y fungen como fuente supletoria valiosa de interpretación a la CISG.

## V. Conclusiones

1. Dada las ventajas que ofrece la CISG para resolver disputas en arbitrajes internacionales, existen incentivos para invocar su aplicación, incluso en controversias comerciales que involucran contratantes de países no signatarios a la Convención.
2. En arbitrajes internacionales donde las contratantes han pactado la sumisión a una legislación local sin reservas, la aplicación de la CISG podría invocarse aun si involucra alguna parte de un Estado no signatario. El país seleccionado (a cuya ley se ha hecho la sumisión) debe ser miembro de la convención. Similar solución si la legislación local (del país miembro) resulta aplicable como

consecuencia de las normas de conflicto de derecho internacional privado. Esta aplicación ‘indirecta’ de la CISG solo podría ‘bloquearse’ si el Estado miembro ha realizado la declaración contenida en el artículo 95 de esa convención.

3. El arbitraje internacional ha venido al ‘rescate’ de la CISG que ha experimentado una recurrente exclusión contractual por negociantes que prefieren imponer la sumisión a legislaciones locales que consideran más favorables o próximas. Data empírica recoge la inclinación de los árbitros internacionales por aplicar la CISG en un gran número de disputas, muchas de las cuales involucran defensas basadas en fuerza mayor (*force-majeure*) o excesiva onerosidad (*hardship*). La mayoría de los paneles arbitrales y autores se inclinan por reconocer la inclusión de esas eximentes de responsabilidad contractual dentro del ámbito del artículo 79 de la CISG.
4. En arbitrajes internacionales que involucran contratos que guardan silencio sobre situaciones que po-

---

<sup>36</sup> Entre varios, léase Laudos de la CCI casos No. 9479 (2001), No. 15051 (2014) y No. 15610 (2014), en Boletines Vol.12, No.2; Vol.25, No.2; y Vol.25 No. 1, respectivamente, de la Corte Internacional de Arbitraje CCI.

drían calificarse como de fuerza mayor o excesiva onerosidad, o han estipulado una legislación nacional deficiente o con precedentes contradictorios, la aplicación de la CISG ofrece soluciones o remedios contractuales armonizados. Incluso, la aplicación de la CISG también puede beneficiar si las partes han pactado cláusulas específicas para resolver situaciones que han dado lugar a disputas, porque esa Convención además funge como herramienta de interpretación de aquellas.

5. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos deben tomarse en consideración como normas supletorias de la CISG. Mas particularmente porque contemplan y regulan los casos de fuerza mayor y excesiva onerosidad, con algunas particularidades, pero que persiguen el equilibrio contractual.



# El reconocimiento de la legitimidad para ejercer la representación de un Estado en procesos arbitrales y judiciales. Caso: Venezuela

Anthony Muñoz Ponce\* y Luis Felipe Sorondo\*\*

---

**Resumen:** La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el Procurador General será el encargado de representar judicial y extrajudicialmente a la República, sin embargo, las circunstancias políticas de Venezuela han dividido no sólo a la sociedad sino también a sus instituciones, lo que ha llevado a la creación de entidades y organismos del Poder Público Nacional paralelos a los constitucionalmente establecidos. En el presente trabajo se analiza desde un punto de vista jurídico la legitimidad de los dos procuradores nombrados para ejercer la representación de la República en procedimientos arbitrales y judiciales, así como el impacto que el ejercicio de esta representación ha tenido tanto para el Estado como para quienes han iniciado acciones contra Venezuela.

**Abstract:** The Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela provides that the Attorney General shall be entrusted with the judicial and extrajudicial representation of the Republic. However, Venezuela's political circumstances have divided not only society but also its institutions, which has led to the creation of National Public Power entities parallel to those established in the Constitution. This paper analyzes from a legal standpoint the legitimacy of the two prosecutors appointed to represent the Republic in arbitration and judicial proceedings, as well as the impact that the exercise of that representation has had on the State and on those who have initiated proceedings against Venezuela.

---

\* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, 2018. Estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Candidato a Magister en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Abogado del escritorio LEÇA Abogados.

\*\* Abogado *Cum Laude* egresado de la Universidad Monteávila, 2017. Estudiante del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje en la Universidad Monteávila, 2019. Profesor invitado de las materias Derecho Civil II en la Universidad Monteávila y Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado de la materia Instituciones de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Monteávila. Asociado del escritorio Bermúdez, Nevett & Mezquita, S.C. (ONTIER).



**Palabras Claves:** Procurador especial. Legitimidad de representación. Arbitraje de inversiones. Reconocimiento. Ejecución de laudos.

**Keywords:** Especial attorney general. Legitimacy of representation. Investment arbitration. Recognition. Enforcement of awards.

## Sumario: I. Introducción, II. Desarrollo, III. Conclusiones

### I. Introducción

La Constitución venezolana señala de forma expresa en su artículo 247<sup>1</sup> que el Procurador General de la República será el encargado de asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República.

Es importante destacar que la Constitución venezolana establece igualmente el procedimiento que se deberá seguir para la designación del Procurador General, señalando que este deberá ser nombrado por la persona que ejerza el cargo de Presidente de la República, quién deberá contar con la autorización de la Asamblea Nacional.<sup>234</sup> Adicionalmente, para ocupar dicho cargo se exigen como requisitos: (i) tener la nacionalidad venezolana por nacimiento sin poseer otra nacionalidad; (ii) ser un ciudadano de reconocida honorabilidad; (iii) ser un jurista de reconocida competencia, (iv) gozar de buena reputación, (v) haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años, y (vi) tener título universitario de postgrado en materia jurídica.<sup>5</sup> En ese sentido, solo la persona

que cumpla con dichos requisitos, así como con el proceso constitucionalmente establecido para su nombramiento, será la legitimada para ejercer la representación del Estado venezolano a nivel nacional e internacional.

Si bien lo dispuesto en el mencionado artículo 247 pareciera dejar claro que la persona que ocupe el cargo de Procurador General de la República será quién cuente con plena legitimidad para representar a Venezuela en cualquier controversia en la cual el Estado sea parte, en los últimos años, aquellos juicios y procedimientos arbitrales en los cuales Venezuela es o ha sido parte, los jueces y árbitros han tenido la tarea de determinar cuál de las personas que ha comparecido ante ellos alegando ostentar el cargo de Procurador –y, en consecuencia, ejercer la representación de Venezuela– es o ha sido la legitimada para continuar con el proceso.

Así, el panorama político y jurídico tan particular que ha presentado Venezuela no puede dejar de ser referido –aunque sea de forma breve– para entender las ra-

<sup>1</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Venezuela: Gaceta Oficial No. 5.453 extraordinaria del 24 de marzo del año 2000) artículo 247.

<sup>2</sup> *Ibidem*, artículo 187 ord. 14.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 236 ord. 15.

<sup>4</sup> *Ibidem*, artículo 249.

<sup>5</sup> *Ibidem*, artículo 263.

zones que han llevado a los directores de esos procesos a realizar dicha tarea.

El 6 de diciembre de 2015 se llevó a cabo en Venezuela el proceso electoral para la elección de los diputados que ocuparían los escaños de la Asamblea Nacional para el período enero 2016 – enero 2021, elecciones en las cuales los partidos políticos que formaron una oposición al gobierno actual alcanzaron la mayoría del parlamento, obteniendo un total de 112 escaños de los 167 que conforman el órgano legislativo venezolano. No obstante, no puede dejar de señalarse que, desde la constitución de esta Asamblea Nacional, su gestión se ha visto perturbada en diversas ocasiones por decisiones emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales, entre otras, han declarado la nulidad de leyes dictadas, llegando incluso la referida Sala a declarar al parlamento en desacato.

En ese sentido, en fecha 12 de septiembre de 2018 la Asamblea Nacional celebró un *“Acuerdo en Ratificación a la Usurpación de Funciones del Cargo de Procurador General de la República”* en el cual se hizo saber que tal y como había sido denunciado en sesión celebrada en fecha 10 de noviembre de 2016<sup>6</sup>, el

cargo de Procurador General de la República estaba siendo usurpado, pues la persona que había venido ejerciendo dicho cargo fue designada sin contar con la aprobación de la Asamblea Nacional. De forma tal que en el referido acuerdo se reiteró que la persona que se encontraba en ejercicio del cargo de Procurador General no podía ser considerado como legítimo pues su designación no cumplió con el proceso constitucionalmente establecido, y, en consecuencia, todos los actos adoptados por este en ejercicio del cargo debían ser considerados inexistentes, pues en caso contrario, tales actos no podrían ser atribuibles al Estado venezolano.

Posteriormente, en fecha 23 de enero de 2019, basado en los artículos 233, 333 y 350 de la Constitución Venezolana, el Presidente de la Asamblea Nacional se juramentó como Presidente Encargado para asumir el cargo de forma temporal, hasta convocar a elecciones, lo cual ha tenido importantes repercusiones a nivel nacional e internacional.

A lo anterior debe sumársele que, tal y como fue referido previamente, el ejercicio de funciones por parte de la Asamblea Nacional se ha visto perturbado en diversas oportunidades por la

---

<sup>6</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Acuerdo en Ratificación a la Usurpación de Funciones del Cargo de Procurador General de la República, <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-en-ratificacion-a-la-usurpacion-de-funciones-del-cargo-de-procurador-general-de-la-republica-296>, (accedido en fecha 10 de abril de 2020).

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha dictado decisiones en contravención a actos legislativos emanados del Parlamento, y un ejemplo de ello lo representa la sentencia dictada en fecha 08 de febrero de 2019<sup>7</sup>, decisión mediante la cual la referida sala declaró la nulidad absoluta y carente de efectos jurídicos el “*estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”, el cual fue dictado por la Asamblea Nacional en fecha 05 de febrero de 2019<sup>8</sup>. Lo anterior resulta especialmente relevante en virtud de que en el literal “B” del artículo 15 del referido estatuto fue donde se creó la figura del “Procurador Especial” para ejercer la representación del Estado venezolano hasta tanto se nombrara válidamente a un Procurador General, de conformidad con lo establecido en la Constitución.

De forma tal que el Tribunal Supremo de Justicia, al declarar la nulidad del Estatuto, por vía de consecuencia, declaró

como nula la facultad otorgada al Presidente Encargado de designar a un Procurador Especial para el ejercicio de la representación de Venezuela en el exterior hasta la constitucional designación de un nuevo Procurador General.

Debe destacarse que posterior a la decisión antes referida, en fecha 19 de marzo de 2019 la Asamblea Nacional celebró un nuevo acuerdo denominado: “*Acuerdo de Ratificación de la Usurpación del Procurador General de la República y en Apoyo al Procurador Especial*”, en el que cual, entre otras cosas, se señaló que la representación internacional de Venezuela, incluso en materias judiciales y extrajudiciales, recaía de forma exclusiva en el Presidente de la Asamblea Nacional quién estaba ejerciendo las funciones de Presidente Encargado de la República y que para el ejercicio de esa representación judicial y extrajudicial, se creó la figura del Procurador Especial, cargo para el cual el Presidente Encargado había nombrado a

---

<sup>7</sup> Sentencia No. 6, Exp. No. 17-0001, (Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia 8 feb. 2019), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/303636-0006-8219-2019-17-0001.HTML>, (accedido en fecha 26 de mayo de 2020).

<sup>8</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela, [http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos/botones/boton\\_1559953972.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos/botones/boton_1559953972.pdf), (accedido en fecha 11 de abril de 2020).

<sup>9</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Acuerdo en Ratificación a la Usurpación del Procurador General de la República y en apoyo al Procurador Especial, <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-ratificacion-usurpacion-procurador-general-de-la-republica-y-en-apoyo-del-procurador-especial>, (accedido en fecha 11 de abril de 2020).

una persona en fecha 5 de febrero de 2019, nombramiento que fue aprobado por la Asamblea Nacional en sesión ordinaria de fecha 27 de febrero del mismo año.

Concluye el referido acuerdo señalando que la representación judicial y extrajudicial de Venezuela, incluso en arbitrajes internacionales, recaía exclusivamente en el Procurador Especial designado para tal fin, por lo cual se exhortó a las cortes extranjeras, tribunales arbitrales internacionales y a cualquier otra autoridad de Estados extranjeros a no aceptar la representación de Venezuela ejercida por el Procurador General denunciado por la Asamblea Nacional.

Finalmente, en fecha 10 de diciembre de 2019 la Asamblea Nacional celebró un tercer acuerdo llamado: “Acuerdo que Declara la Nulidad Absoluta y Consecuente Inexistencia de los Acuerdos de Transacción y Demás Decisiones Adoptadas por Reinaldo Muñoz Pedroza”<sup>10</sup>, en el cual entre otras cosas, se señaló que quedaban sin efecto los contratos, poderes y designaciones realizadas por quien se encontraba usurpando el cargo de Procurador General de la República, lo cual incluía la representación ejercida en

sede judicial y en sede arbitral, tanto a nivel nacional como internacional.

Los acuerdos y decisiones anteriormente relatados no hacen sino dejar en claro que las acciones político-jurídicas que han tenido lugar en Venezuela han tenido un importante impacto en los procesos arbitrales y judiciales en los cuales el Estado es parte, pues cuenta con dos procuradores, nombrados cada uno por un representante distinto, quienes aseguran tener la legitimidad para ejercer su representación a nivel nacional e internacional.

## II. Desarrollo

Venezuela desde hace algún tiempo se ha visto inmersa en una gran cantidad de procesos arbitrales en virtud de que, según lo denunciado en muchos de estos procedimientos, el Estado violó o dejó de cumplir con lo establecido en algunos de los tratados de inversión suscritos, lo cual ha llevado a inversionistas de distintos Estados a iniciar acciones para lograr el resarcimiento de los daños que, según denuncian, les fueron ocasionados por Venezuela con la adopción de ciertas medidas políticas, económicas y sociales.

---

<sup>10</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Acuerdo que Declara la Nulidad Absoluta y Consecuente Inexistencia de los Acuerdos de Transacción y demás decisiones adoptadas por Reinaldo Muñoz Pedroza <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-que-declara-la-nulidad-absoluta-y-consecuente-inexistencia-de-los-acuerdos-de-transaccion-y-demás-decisiones-adoptadas-por-reinaldo-munoz-pedroza>, accedido en fecha 11 de abril de 2020.

En ese sentido, actualmente muchos de estos procesos siguen siendo sustanciados ante distintas cortes y tribunales arbitrales, de forma tal que, en aras de continuar con los mismos, se ha hecho necesario para quienes se encuentran sustanciando estas causas, pronunciarse respecto a quién consideran que es la persona que se encuentra efectivamente legitimada para ejercer la representación de Venezuela, pues la opción contraria parecería ser detener los procesos de forma indefinida hasta que Venezuela adopte nuevas decisiones que conlleven a la designación de “*un único e indiscutible*” Procurador para la consecución de los procesos en los cuales es parte.

Ahora bien, habiendo realizado una reseña de los principales hechos que han tenido lugar en los últimos años, resulta necesario, a raíz de estos hechos, analizar brevemente las decisiones que han sido dictadas en los procesos arbitrales en los cuales Venezuela ha participado.

Así, en primer lugar, resulta necesario analizar la decisión dictada en el caso Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. vs República Bolivariana de Venezuela, caso en el cual las referi-

das sociedades presentaron solicitud arbitral ante el CIADI en fecha 10 de mayo de 2013 con base en el “*Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*”.

La referida controversia fue decidida en el laudo dictado en fecha 13 de julio de 2017, en la cual el Tribunal concluyó que las violaciones al tratado ocasionaron daños y perjuicios a los demandantes, razón por la cual ordenó el resarcimiento de dichos daños, así como el pago de los intereses correspondientes<sup>11</sup>.

En virtud de la anterior decisión, en fecha 07 de diciembre de 2017 Venezuela presentó solicitud de nulidad del Laudo, proceso que siguió su curso hasta que en fecha 27 de marzo de 2019 el secretario general del CIADI recibió comunicación remitida por el Procurado Especial, en la cual le informaba al tribunal que él era quién contaba con legitimación para ejercer la representación de Venezuela, de forma tal que cualquier comunicación futura por parte del tribunal debía ser remitida a su persona. De igual forma, solicitó al Tribunal abstenerse de procesar cualquier solicitud procedente del

---

<sup>11</sup> Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. vs República Bolivariana de Venezuela, (CIADI, 10 de mayo de 2013) <https://jsumundi.com/en/document/pdf/Decision/IDS-516-246229277-0/en/en-valores-mundiales-s-l-and-consorcio-andino-s-l-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-tuesday-25th-july-2017>, (accedido en fecha 20 de abril de 2020).

Procurador General, así como la omisión de cualquier instrucción o comunicación enviada con posterioridad al 5 de febrero de 2019.

La referida comunicación llevó al tribunal a suspender el proceso, informando a las partes que de forma preliminar decidiría la controversia relacionada con la representación de Venezuela, solicitando a ambos procuradores enviar al tribunal sus observaciones sobre la comunicación de fecha 27 de marzo de 2019.

Por lo que al Procurador especial respecta, este presentó dos argumentos principales, el primero estuvo relacionado con quién es la persona legítima para ejercer la representación de Venezuela en el proceso, mientras que el segundo estuvo relacionado con cuál era la persona o el órgano que debía emitir pronunciamiento. Por lo que a este último punto respecta, el Procurador Especial señaló que correspondía al CIADI decidir la controversia sobre la representación del Estado venezolano, en virtud de que este era un asunto que debía estar fuera de la jurisdicción de cualquier tribunal arbitral o comité de anulación por no ser un asunto de procedimiento sino de representación internacional de un Estado ante el CIADI como organización internacional. Agregando además que si correspondiera a cada tribunal arbitral ante el cual Venezuela es parte emitir

pronunciamiento sobre su legítima representación, se abría la posibilidad de obtener decisiones contradictorias.

Adicionalmente, el referido Procurador aseguró que, al representar al gobierno legítimo de Venezuela, no se reconocería ninguna decisión dictada en un proceso en el cual fue otra la persona la reconocida como legítimo representante. Así mismo, señaló que su legitimidad se desprendía de su designación por el Presidente Encargado y su aprobación por la Asamblea Nacional. De igual forma, argumentó que, si bien la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había dictado una decisión mediante la cual anulaba el Estatuto que estableció el cargo de Procurador Especial, dicho Tribunal no era reconocido como un órgano legítimo del Estado venezolano. Finalmente, señaló que más de 50 países, entes, cortes y organismos internacionales reconocían al Presidente Encargado como legítimo representante de Venezuela, lo cual a su vez lo legitimaba a él a actuar como Procurador Especial.

Por su parte, el Procurador General presentó como argumentos que ni el CIADI, ni ningún tribunal arbitral o comité de nulidad contaba jurídicamente con la facultad de decidir sobre la representación legal de Venezuela pues estas eran disputas de naturaleza doméstica, por lo que

cualquier decisión dictada vendría a ser un abuso de poder. De igual forma, señaló que en procesos similares otros tribunales arbitrales habían rechazado las peticiones realizadas por el Procurador Especial, citando algunas de esas decisiones, expresando además que, de acuerdo con la legislación venezolana, el Procurador General era la única persona con legitimidad para representar a la República en asuntos judiciales y extrajudiciales, negando la figura del Procurador Especial, al no existir dicho cargo en la Constitución. Finalmente, le hizo saber al tribunal arbitral que, si bien hay países y organizaciones que reconocen al Presidente Encargado, también hay países y organizaciones que rechazan su nombramiento.

Tomando en consideración las observaciones y argumentos anteriormente desarrollados, pasó el tribunal arbitral a decidir la controversia. En ese sentido, en virtud de que fue parte de los argumentos de ambas partes el cuestionar la jurisdicción del Tribunal arbitral para decidir entorno a la representación legítima de Venezuela, el tribunal señaló que preliminarmente se pronunciaría sobre este argumento.

Al respecto, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que si bien no tenía el poder de decidir con efectos *erga omnes* quién es el legítimo representante de

Venezuela, si contaba con el poder, aunque de forma limitada, de decidir quién era el representante legítimo de Venezuela en ese proceso, en virtud de que la decisión venía a ser un punto de naturaleza meramente procesal y limitado a dicho proceso.

Así mismo, sostuvo que al señalarse que el Tribunal Arbitral no tenía jurisdicción para decidir por ser este un tema de derecho interno, el Procurador General estaba confundiendo el poder del tribunal arbitral para decidir el mérito de la controversia con la ley aplicable al fondo. De forma tal que, aunque el punto sobre la legítima representación de Venezuela debiera ser decidido de acuerdo con la ley venezolana, esto no implicaría la falta de jurisdicción del tribunal arbitral para emitir un pronunciamiento al respecto, pues el poder de decidir un punto de naturaleza meramente procesal como este, no se veía afectado por el deber de aplicar uno u otro ordenamiento jurídico. De igual forma, el tribunal arbitral hizo saber que en este caso el Procurador Especial se encontraba solicitando la exclusión -futura- de las actuaciones que pudiera llevar a cabo el Procurador General, de forma tal que esta controversia afectaba indudablemente el desarrollo normal del proceso, de allí la necesidad del tribunal de llegar a una conclusión.



Habiendo así determinado la jurisdicción del tribunal arbitral para decidir sobre la controversia, pasó a analizar la legislación aplicable, así como la carga de la prueba.

Por lo que concierne a la carga de la prueba, el tribunal arbitral concluyó que esta debía recaer completamente en el Procurador Especial, en virtud de que era este quien había realizado la petición de que se excluyera del proceso al Procurador General, cambiando así la forma en la que el proceso se venía desarrollando. De igual forma, se señaló que se había reconocido la legitimidad de las actuaciones realizadas por el Procurador General hasta el 5 de febrero de 2019, razón por la cual quien pretendía cambiar el proceso era quien debía aportar las pruebas en las cuales se sostenían sus argumentos.

Establecida la carga de la prueba, el tribunal arbitral señaló que debía pasar a examinar la ley aplicable, distinguiendo entre el derecho internacional y el derecho nacional. En primer lugar, se analizó la legitimidad de la representación desde el punto de vista del derecho internacional, concluyendo que es el gobierno el que representa al Estado, entendiéndose como tal a quien ejerce de forma efectiva el control sobre el territorio, de forma tal que para realizar un cambio en la persona que había venido ejerciendo la representación en el proceso, era ne-

cesario demostrar el ejercicio efectivo de poder sobre el territorio y el control ejercido sobre este. Se señaló que las partes nada habían argumentado o aportado al proceso a la luz del derecho internacional.

Por su parte, desde la perspectiva del derecho interno, fue en este donde las partes habían fundado sus argumentos. El Procurador Especial compareció al proceso invocando su designación basada en lo establecido en artículo 15 del Estatuto emanado de la Asamblea Nacional, siendo el caso que tal como había sido señalado por ambos Procuradores, el referido estatuto había sido declarado “*nulo*” por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

De igual forma, se señaló que, si bien el Procurador Especial había argumentado que dicha decisión no debía ser tomada en consideración por carecer la referida sala de legitimidad para emitir pronunciamiento, dicho Procurador tampoco aportó prueba alguna para sustentar este argumento.

Así las cosas, el tribunal arbitral no podía adoptar una postura distinta a la cual había llegado el más alto tribunal de Venezuela, a menos que se hubiera aportado prueba alguna de un cambio de gobierno de acuerdo con el derecho internacional. Por lo que, en virtud de las anteriores razones, sumado a la falta de

pruebas aportadas al proceso, la solicitud realizada por el Procurador Especial debía ser rechazada. De igual forma, el tribunal arbitral hizo saber que, así como no se encontraba justificado un cambio de la persona que estaba representando a Venezuela, tampoco era posible permitir dos representaciones distintas sobre un mismo Estado, pues el tribunal no podía negar el ejercicio pleno de la representación por no haber aportado pruebas suficientes y al mismo tiempo permitir o aceptar el ejercicio compartido de la representación, concluyendo que la legitimidad se tiene o no se tiene. En consecuencia, el proceso debía continuar con la representación ejercida por el Procurador General.

En los términos anteriormente desarrollados emitió pronunciamiento el Tribunal arbitral, en la decisión dictada en fecha 29 de agosto de 2019 como “*Orden Procesal No. 2*” dentro del referido proceso<sup>12</sup>.

Lo cierto es que la conclusión a la cual llegó el Tribunal arbitral en este caso, le-

jos de ser un criterio aislado, es la misma conclusión a la cual han llegado otros tribunales arbitrales en casos similares, tal como ocurrió en el caso *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. contra la República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI No. ARB/12/21)*, en el cual el tribunal arbitral, al igual que ocurrió en este caso, rechazó los argumentos esgrimidos por el Procurador Especial en virtud de que, según la conclusión a la cual llegó el Tribunal, Venezuela se encontraba siendo representada por abogados de la Procuraduría General de la República, de acuerdo con lo establecido en el derecho venezolano, y que adicionalmente, la evidencia aportada no representaba una justificación suficiente para cambiar el proceso tal y como este se había venido desarrollando<sup>13</sup>.

No obstante, resulta necesario destacar que no en todos los casos los tribunales arbitrales han rechazado los argumentos y defensas presentadas por el Procurador Especial en favor de su legitimidad para representar a Venezuela, pues hay

---

<sup>12</sup> Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino, S.L. vs República Bolivariana de Venezuela, (CIADI, 10 de mayo de 2013) <https://jusmundi.com/en/document/pdf/Decision/IDS-516-29082019-01/en/en-valores-mundiales-s-l-and-consorcio-andino-s-l-v-bolivarian-republic-of-venezuela-procedural-resolution-no-2-annulment-proceeding-thur sday-29th-august-2019>, accedido en fecha 20 de abril de 2020.

<sup>13</sup> Lisa Bohmer and Vladislav Djanic, “In Now-Public Decision, An Icsid Ad Hoc Committee Finds That It Has The Power To Decide The Question Of Venezuela’s Representation, And Rules In Favor Of The Maduro Government” *Iareporter Investment Arbitration Reporter* (3 de abril de 2020) <https://www.iareporter.com/articles/in-now-public-decision-an-icsid-ad-hoc-committee-finds-that-it-has-the-power-to-decide-the-question-of-venezuelas-representation-and-rules-in-favor-of-the-maduro-government/> (accedido en fecha 10 de abril de 2020).

casos en los cuales el tribunal arbitral ha aceptado tomar en consideración las defensas presentadas por ambos procuradores. Un ejemplo de ello, lo representa el caso *CIADI No. ARB/07/30* en el cual forman parte *Conocophillips Petrozuata B.V.*, *Conocophillips Hamaca B.V.*, y *Conocophillips Gulf of Paria B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela*.

Esta decisión fue dictada en virtud de que en fecha 8 de marzo de 2019 el Tribunal arbitral emitió laudo final, y con motivo de esta decisión, en fecha 16 de abril de 2019, un grupo de abogados acudió al proceso alegando actuar en representación de Venezuela y acreditando su legitimidad en el poder que les fue otorgado por el Procurador Especial. Así, estos abogados se hicieron parte en el proceso con el objeto de solicitar una rectificación del laudo, alegando errores en la escritura y en las operaciones aritméticas.

En dicho caso, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que, si bien la presentación de distintos poderes de representación sobre una misma parte podía generar posiciones divergentes, en este caso en particular el Tribunal no encontraba posiciones o manifestaciones en conflicto, señalando que no había dudas de que ambos grupos de abogados pretendían representar a la misma parte, esto es, a la República Bolivariana de Ve-

nezuela. Así mismo, se señaló que no existía conflicto sobre el fondo de las cuestiones sujetas a rectificación del tribunal. Y que, de hecho, las solicitudes de rectificación eran idénticas, de forma tal que el tema relacionado con quién se encontraba ejerciendo la legítima representación de Venezuela no resultaba relevante y no se requería pronunciamiento alguno por parte del tribunal sobre la validez de los poderes consignados.

La anterior decisión resulta bastante particular pues, a diferencia de otros tribunales arbitrales, en este se consideró que no resultaba necesario -al menos de forma expresa- emitir pronunciamiento alguno al haber presentado ambos representantes de Venezuela defensas similares y que no colidían entre sí. Pareciera que igualmente se le dio relevancia a que en el proceso ya se había dictado un laudo final, sobre el cual, si bien se estaba solicitando una rectificación, esta correspondía a temas aritméticos de forma tal que las partes parecían estar de acuerdo con lo establecido respecto al fondo, razón por la cual que carecía de sentido detener el proceso o incluso decidir una incidencia que, a su forma de ver, no influía sobre el

tema de fondo sometido a su consideración<sup>14</sup>.

Así mismo, también hay casos en los cuales, el tribunal arbitral ha declarado no tener jurisdicción para emitir pronunciamiento por lo que respecta a la legitimidad del Procurador General, tal y como ocurrió en el caso *No. 2017-18*, dictado en virtud de la solicitud arbitral presentada por *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen contra la República Bolivariana de Venezuela* ante la Corte Permanente de Arbitraje.

En dicho caso, fueron los demandantes quienes mediante comunicación remitida al Tribunal Arbitral en fecha 11 de octubre de 2018 solicitaron al Tribunal arbitral pronunciarse sobre la validez y tempestividad de las actuaciones y actos realizados por los representantes de Venezuela, en virtud del acuerdo promulgado por la Asamblea nacional en fecha 12 de septiembre de 2018.

En ese sentido, en virtud de la petición formulada al Tribunal arbitral, este en fecha 26 de octubre de 2018 emitió la denominada “*Orden Procesal No. 5*”,

mediante la cual resolvió no ser competente para pronunciarse sobre la validez de las actuaciones realizadas por los representantes del Estado venezolano<sup>15</sup>.

Cabe igualmente destacar que en la-cada vez más larga-lista de procesos arbitrales en los cuales Venezuela es parte, también contamos con una decisión en la cual el tribunal arbitral si atribuyó legitimidad al Procurador Especial.

El caso al cual hacemos referencia corresponde a la demanda interpuesta por *Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) contra Petróleos Paraguayos (Petropar)*, en virtud del proceso iniciado por la referida empresa venezolana en fecha 20 de julio de 2016 ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

En el referido caso, en fecha 19 de marzo de 2019 el Tribunal de la ICC emitió una orden procesal mediante la cual ordenó la suspensión del proceso, en virtud de que dicho Tribunal reconoció como legítimas a las autoridades designadas por el Presidente Encargado, por lo cual señaló que el proceso arbitral debía ser

---

<sup>14</sup> Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V., Conocophillips Gulf of Paria B.V. and Conocophillips Company v. Bolivarian Republic of Venezuela, Caso No. ARB/07/30 (CIADI, 29 de agosto de 2019). <https://jsumundi.com/en/document/pdf/Decision/IDS-245-08032019-11957/en/en-conocophillips-petrozuata-b-v-conocophillips-hamaca-b-v-and-conocophillips-gulf-of-paria-b-v-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-friday-8th-march-2019>, (accedido en fecha 21 de abril de 2020).

<sup>15</sup> Enrique HEEMSEN, y Jorge HEEMSEN v. República Bolivariana de Venezuela (PCA, 29 de octubre de 2019). <https://jsumundi.com/en/document/pdf/Decision/PCA-201718-29102019/es/es-enrique-and-jorge-heemsen-v-the-bolivarian-republic-of-venezuela-laudo-de-jurisdiccion-tuesday-29th-october-2019>, (accedido en fecha 21 de abril de 2020).

suspendido por el tiempo que fuera necesario<sup>16</sup>.

La referida orden procesal fue dictada después de que Petropar solicitara la suspensión del proceso por considerar que los representantes designados por el Presidente Encargado debían tener la oportunidad para presentar sus argumentos en el proceso, lo cual fue acordado por dicho Procurador, quién manifestó estar de acuerdo en la suspensión temporal del proceso.

Hasta el momento, esta pareciera ser la única decisión dictada por un Tribunal arbitral, en la cual se reconoce al Procurador Especial designado por el Presidente Encargado. No obstante, no deja de llamar la atención que dicha decisión fue justamente adoptada en un caso en el cual Venezuela es parte demandante y no parte demandada, como si lo es en otros procesos.

Del estudio de las decisiones anteriormente referidas, no puede dejar de observarse que cuestionar la legitimidad del ejercicio de la representación sobre Venezuela pareciera haberle traído algunos beneficios, entre los cuales encontramos: (i) la dilación que esto ha presentado en aquellos procesos que se encontraban activos, pues los tribunales

han tenido que abrir una nueva incidencia para pronunciarse al respecto, alterando así el calendario que en un principio había sido acordado por las partes. (ii) otro posible beneficio es que si en un futuro cercano hubiera un cambio efectivo de gobierno, el Procurador que sea designado -el cual para entonces sería indiscutido- podría esgrimir como defensa que en el momento en el cual el gobierno legítimo de Venezuela acudió a presentar sus defensas en representación de Venezuela, no se le permitió presentar sus argumentos, lo cual originó una indefensión al Estado venezolano, pues cualquier actuación que pudiera haber sido realizada por quién fue denunciado como usurpador del cargo de Procurador General, fue denunciada como carente de efectos y no oponible a Venezuela, por lo que existe la posibilidad de que en un futuro se solicite la nulidad de cualquier decisión dictada en un proceso en el cual se negó el reconocimiento al Procurador Especial. (iii) el incremento en la dificultad de ejecución de un laudo favorable para un inversionista, pues una vez estos acuden a una corte con la intención de ejecutar los efectos del este, se encuentran con suspensiones del proceso y otros impedimentos para lograr su efec-

---

<sup>16</sup> Raul Pereira de Souza Fleury, "ICC Tribunal Recognizes Guaidó's Intervention and Stays Proceedings in PDVSA v. PETROPAR", Kluwer Arbitration Blog, (25 de mayo de 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/25/icc-tribunal-recognizes-guaidos-intervention-and-stays-proceedings-in-pdvs-v-petropar/>> (accedido en fecha 20 de marzo de 2020).

tiva ejecución. En virtud de la gran importancia que representa este último punto, resulta necesario ahondar en el mismo.

Ahora bien, tal y como fue referido previamente, resulta necesario analizar las decisiones que han dictado las cortes en aquellos casos en los cuales los inversionistas han acudido con un Laudo favorable, a los fines de llevar a cabo su ejecución y con ello obtener el resarcimiento de los daños que les fueron causados con la adopción de políticas sociales y económicas por parte del Estado Venezolano.

En primer lugar, resulta necesario destacar que, a diferencia de los tribunales arbitrales, las cortes judiciales si se encuentran sujetas a los actos emanados de los jefes de gobierno de sus Estados, y, tal como fue señalado por el Procurador Especial, el Presidente Encargado actualmente cuenta con el reconocimiento de más de 50 países.

En ese sentido, un primer caso para analizar es *Rusoro Mining Limite contra la República Bolivariana de Venezuela*<sup>17</sup>, en el cual los representantes de Venezuela designados por el Presidente Encargado solicitaron a la Corte de apelaciones del Distrito de Columbia de los

Estados Unidos la suspensión del proceso por un período de 120 días, el cual señalaron, sería tiempo suficiente para evaluar ese y otros casos en los cuales el Estado venezolano es parte, y que se encontraban pendientes en otras cortes de los Estados Unidos.

Posterior a dicha solicitud, compareció ante la corte un grupo de abogados, bajo instrucciones del Procurador General, a los fines de consignar su respuesta a la solicitud de suspensión del proceso presentada por los abogados designados por el Presidente Encargado. Este grupo de abogados le hizo saber a la corte que si bien no se oponían a la solicitud de suspensión del proceso, tenían la intención de objetar y oponerse a algunas de las posiciones adoptadas por los abogados que designó el Presidente Encargado, argumentando que ninguno de los criterios jurisprudenciales que dichos abogados presentó a la corte eran aplicables a un caso como ese, en el cual dos facciones de un gobierno extranjero que se encontraban compitiendo por su reconocimiento, habían solicitado que se aceptara su representación con la finalidad de defender a dicho Estado. Señalaron que mucho menos había un criterio que estableciera que las cortes

---

<sup>17</sup> *Rusoro Mining Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso No. ARB(AF)/12/5 (CIADI) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>, (accedido en fecha 25 de abril de 2020).

debían reconocer solo la facción que el poder ejecutivo había reconocido como representante legítimo del Estado extranjero.

De hecho, los abogados designados por el Procurador General buscaron hacer valer el criterio establecido en el caso: *“Bank of China v. Wells Fargo Bank & Union Trust Co.”*<sup>18</sup>, en el cual la corte estableció que si cada vez que se le solicita a un tribunal determinar si un gobierno tiene derecho para representar de forma legítima a un estado extranjero, con respecto a un asunto en particular, el tribunal está obligado a concluir, sin haber analizado los hechos que tiene ante sí, que el gobierno reconocido por el poder ejecutivo es el gobierno legítimo para representar a dicho Estado, entonces nada más se necesita que sea decidido por la corte. De forma tal que permitir que esta expresión de política por el poder ejecutivo usurpe por completo al poder judicial liberaría al tribunal de un deber, resultando dudoso que los fines de la justicia se cumplan de esta forma. La corte en dicho caso concluyó que ninguna norma legal obliga a los tribunales a dar un efecto concluyente a los actos de un gobierno reconocido, con exclusión de toda consi-

deración de los actos de un gobierno opositor no reconocido.

Finalmente, señalaron que la política ejecutiva no es inmutable, así como no se encuentra asegurado de forma alguna el lugar ocupado por el Presidente Encargado. Y que, de hecho, de acuerdo con la ley venezolana, existen serias discusiones derivadas de una interpretación creativa realizada sobre una disposición constitucional, en lugar de la manifestación de la voluntad popular.

No obstante los anteriores argumentos presentados a la corte, en fecha 01 de mayo de 2019 esta emitió pronunciamiento<sup>19</sup>, mediante el cual “ordenó” negar la solicitud realizada por los representantes designados por el Procurador General, apoyándose en 3 criterios jurisprudenciales: El primero de ellos, sostiene que la decisión del gobierno y su reconocimiento respecto al representante de un Estado extranjero es una cuestión política más que judicial, y en consecuencia, debe ser determinada por el departamento político del gobierno. El segundo de estos criterios sostiene que el reconocimiento de un gobierno extranjero por parte del poder ejecutivo es concluyente para todas las cortes de

---

<sup>18</sup> *Bank of China v. Wells Fargo Bank U. T. Co.*, 92 F. Supp. 920 (N.D. Cal. 1950)

<sup>19</sup> *Rusoro Mining Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela* <https://jusmundi.com/en/document/pdf/Decision/IDS-483-01052019-0/en/en-rusoro-mining-ltd-v-bolivarian-republic-of-venezuela-order-of-the-united-states-court-of-appeals-for-the-district-of-columbia-circuit-wednesday-1st-may-2019>, (accedido en fecha 27 de abril de 2020).

ese Estado, las cuales se encuentran obligadas a aceptar esa decisión, y que, además, los derechos de un Estado soberano son conferidos al Estado en lugar de a cualquier gobierno particular que pretenda representarlo, de forma tal que una demanda en su nombre solo puede llevarse ante dichas cortes por el gobierno que ha sido efectivamente reconocido como legítimo. Y finalmente, un tercer criterio, de acuerdo con el cual se sostuvo que desde hace tiempo fue establecido que solo los gobiernos reconocidos por los Estados Unidos tienen derecho de acceder a sus tribunales.

De forma tal que, para decidir, la corte deja de lado los criterios jurisprudenciales y argumentos aportados por los representantes designados por el Procurador General, y evita crear una disparidad o divergencia en lo que sería la postura de Estados Unidos sobre el conflicto de la representación en el exterior del Estado venezolano.

Finalmente, conviene revisar la decisión dictada por la Corte, mediante la cual se rechazó la solicitud de suspensión del proceso realizada por Venezuela. La decisión a la cual hacemos referencia es la dictada en el *caso OI European Group*

*B.V., contra la República Bolivariana de Venezuela*, por la corte del Distrito de Columbia<sup>20</sup>, en la cual la demandante acudió ante la corte a los fines de solicitar la confirmación y ejecución del laudo arbitral que fue dictado en fecha 10 de mayo de 2015.

Al referido proceso compareció, en representación de Venezuela, un grupo de abogados designados por la autoridad del Presidente Encargado, así como un grupo de abogados designados por el Presidente de gobierno, presentando ambos grupos sus oposiciones a la solicitud del demandante respecto a que el proceso se llevara a cabo de forma sumaria. Adicionalmente, presentaron una solicitud de suspensión del proceso.

Ante la inusual presencia de dos grupos de abogados distintos, actuando en representación de una misma parte, la corte ordenó su comparecencia a los fines de sostener una reunión con todas las partes. La corte reconoció haber tenido en un principio dudas sobre su autoridad para determinar cuál de los representantes que comparecieron al proceso era el legitimado para representar a Venezuela, y mucho menos, qué líder político representaba en el extranjero a un Estado soberano.

---

<sup>20</sup> OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, (01 de noviembre de 2019, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10905.pdf>, (accedido en fecha 27 de abril de 2020).



En virtud de ello, la corte les planteó a ambos grupos de abogados, cuya legitimidad se atribuían, la posibilidad de resolver entre ellos quien ejercería la representación de Venezuela. Dos semanas después se le hizo saber a la corte que los abogados designados por el Presidente Encargado no habían obtenido autorización para negociar quién ejercería la representación de Venezuela, y, por otra parte, los representantes designados por el Presidente no habían aceptado retirarse del proceso de forma voluntaria.

Llegado el momento de emitir pronunciamiento, se tomó en consideración la decisión emanada de la corte Distrito de Columbia, la cual había decidido el tema entorno a la representación legal de Venezuela, al considerar que dicha decisión resultabavinculante. La decisión a la cual se hizo referencia fue la dictada en el caso *Rusoro Mining Ltd. contra República Bolivariana de Venezuela*. De forma tal que la corte concluyó que debido a que los Estados Unidos habían reconocido al Presidente Encargado, la corte reconocería a los abogados por él designados como legítimos representantes de Venezuela. No obstante, la corte señaló haber tomado en consideración los escritos consignados por ambos grupos de abogados, a los fines de actuar de la forma más precavidaposible.

Ahora bien, por lo que respecta a la solicitud de suspensión del proceso presentada por Venezuela, bajo el argumento de que resultaba poco razonable comenzar el proceso de ejecución del laudo, en virtud de que el Estado venezolano se encontraba experimentando un panorama de agitación política y una fuerte crisis humanitaria, señalando además que el gobierno del Presidente Encargado resultaba “*funcionalmente incapaz*” de pagar la deuda porque el gobierno reconocido por los Estados Unidos carecía de control sobre los órganos de poder doméstico.

De igual forma, se argumentó que no había evidencia alguna de que el gobierno del Presidente Encargado estuviera tratando de evadir el pago, y que de hecho, su administración se encontraba trabajando diligentemente para atacar la crisis económica por la cual se encontraba atravesando el país, incluida su deuda pública, la cual era heredada, todo ello mientras trabaja para resolver el problema de la crisis humanitaria, concluyendo con el argumento de que el gobierno del Presidente Encargado planeaba llevar a cabo en una reestructuración ordenada y consensuada de la deuda, y que por esta razón necesitaba tiempo para atender estas necesidades antes de abordar reclamos individuales.

Por su parte, la corte señaló que la incertidumbre política en Venezuela precisamente era una circunstancia que reforzaba los argumentos para solicitar la ejecución del laudo, y que el demandado no había señalado a la corte ningún mecanismo o procedimiento interno a través del cual satisfacer la decisión, señalando además que, de hecho, los propios abogados designados por el Presidente Encargado reconocían que eran funcionalmente incapaz de hacerlo en ese momento.

De igual forma, la corte señaló que el Estado venezolano no proporcionó ningún cronograma para llevar a cabo el plan de reestructuración de la deuda, y mucho menos hizo saber cuándo podría el demandante esperar el cumplimiento del laudo. Se señala que los abogados del demandado afirman que el gobierno actual aún mantiene un control sustancial sobre la operación y funcionamiento del Estado venezolano, y el gobierno del Presidente Encargado no puede llevar a cabo cualquier acción para pagar sus deudas porque está en medio de adquirir su poder político. Finalmente, la corte expresa que si bien no había evidencia de que Venezuela tenga la intención de evadir el pago, tampoco había evidencia alguna de estar tomando las medidas necesarias para dar cumplimiento al laudo.

De igual forma, la corte señaló que en la solicitud de suspensión del proceso no se establecía ningún hecho a partir del cual el Tribunal pudiera inferir que los fondos o propiedades con los cuales el demandante sería resarcido serían utilizados en beneficio del pueblo venezolano para atender la crisis humanitaria.

Finalmente, la corte hizo énfasis en que la representación de Venezuela no aseguró poder dar cumplimiento al laudo finalizado el período de 120 días por el cual buscaba suspender el proceso, o que el Presidente Encargado estaría en posición de hacer algo distinto a solicitar una nueva suspensión por un período de tiempo similar, de forma tal que una suspensión del proceso solo serviría para retrasar el derecho del demandante a obtener una orden de ejecución. Si bien la corte reconoció la situación política por la cual está atravesando el país, señaló que su estabilización y transición política podrían tardar años, y que no sería justo o apropiado para el demandante una suspensión indefinida del proceso, hasta haberse completado esa transición.

Lo interesante de esta última decisión es que la corte más allá de analizar los argumentos presentados por los abogados que comparecieron con la intención de actuar en representación de Venezuela, hizo un análisis profundo de los argu-

mentos que presentó el representante del Estado venezolano para solicitar la suspensión del proceso. La corte señala (de forma acertada) que suspender la ejecución del proceso no garantizaba que, finalizado el periodo de la suspensión, Venezuela podrá cumplir con su obligación, lo cual se agravaba con el reconocimiento por parte del propio gobierno del Presidente Encargado de que básicamente tenía las manos atadas para dar cumplimiento a una decisión a la cual se hubiera condenado al Estado venezolano.

El caso es que el gobierno del Presidente Encargado no es el único que se encuentra en esta situación, toda vez que en el acuerdo suscrito por la Asamblea Nacional en diciembre de 2019 se rechazó la usurpación de las funciones inherentes al cargo de Procurador General y además se declararon “*nulos de nulidad absoluta*” y por tanto “*inexistente*” el “*Contrato de Transacción y Conciliación Modificado y Reformulado*” suscrito por el Procurador General con Crystallex en fecha 10 de septiembre de 2018, así como el “*Contrato de Transacción y Finiquito*” suscrito con Rusoro Mining Limited el pasado 05 de octubre de 2018, señalando además que los referidos contratos no constituían fuente legítima de obligaciones, pues en todo caso, los compromisos y gastos públicos derivados de esos contratos no habían

sido debidamente autorizados por la Ley de Presupuesto dictada por la Asamblea Nacional, a consecuencia de lo cual, toda cantidad pagada por la República, se declaraba como un gasto no autorizado, reservándose el Estado las consecuentes responsabilidades civiles, penales y administrativas previstas en la Constitución. Finalmente, se denunció como “*fraudulento*” el proceso de negociación entre Crystallex y las personas designadas por el Presidente.

De forma tal que de acuerdo con lo señalado por la Asamblea Nacional, no solo se hace saber que no se va a reconocer y honrar los acuerdos que celebren las personas designadas por el Presidente para negociar en nombre de Venezuela, sino que además se tilda como fraudulento cualquier posible acuerdo que estos puedan alcanzar con los inversores, de forma tal que cabe preguntarse, ¿Si el gobierno del Presidente Encargado señala que no le es posible dar cumplimiento a las decisiones dictadas en contra del Estado en virtud de que no ejerce el control necesario sobre las instituciones, y al mismo tiempo la Asamblea Nacional declara que no dará cumplimiento a ningún acuerdo al cual haya llegado quién se encuentra usurpando el cargo de Procurador General, entonces ¿quién le responderá a los inversores?

Lo cierto es que son los inversores quienes terminan quedando en una situación de gran incertidumbre -por decir poco- respecto a ante quién hacer efectiva cualquier decisión favorable. De forma tal que, después de haber invertido en Venezuela, de que el estado venezolano violara el tratado suscrito, haber tenido que iniciar un procedimiento arbitral, haber surcado cualquier táctica dilatoria posible que haya podido oponer el Estado venezolano, haberse enfrentado a un proceso de nulidad del laudo, y a un proceso de reconocimiento y ejecución del laudo, estos se terminan encontrando con que no les es posible llevar a cabo su ejecución en virtud del clima político, social y económico por el cual está atravesando el país.

Resulta igualmente necesario destacar que recientemente, en fecha 22 de abril de 2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictó sentencia N0. 0059<sup>21</sup>, en virtud de una solicitud de interpretación constitucional sometida a su consideración, sobre los artículos 247, 248 y 249 de la Constitución de la República Boliva-

riana de Venezuela, en concordancia con el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Mediante la referida decisión, la Sala Constitucional declaró la legitimidad del Procurador General de la República, señalando que era a este a quien le correspondía, de manera exclusiva y excluyente, el ejercicio de las funciones de representación del Estado venezolano en instancias nacionales e internacionales, teniendo la cualidad para designar representantes judiciales y extrajudiciales ante los distintos organismos domésticos y extranjeros, para la mejor defensa de los bienes e intereses de la República y todas las competencias.

Cabe destacar que la referida sentencia recibió respuesta por parte de la Asamblea Nacional, la cual en fecha 28 de abril de 2020 dictó *“Acuerdo De Rechazo A La Decisión De La Ilegítima Sala Constitucional Número 59 De 22 De Abril De 2020 Y De Ratificación De La Usurpación De La Procuraduría General De La República Por Reinaldo Muñoz Pedroza”*<sup>22</sup>, en el cual la Asamblea Nacional

---

<sup>21</sup> Lily Humbria, No. 0059 (Sala Const. 22 abril 2020) <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/309861-0059-22420-2020-19-0755.HTML>, accedido en fecha 26 de mayo de 2020.

<sup>22</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Acuerdo de Rechazo a la decisión de la Ilegítima Sala Constitucional Número 59 del 22 de abril de 2020 y de ratificación de la usurpación de la Procuraduría General de la República por Reinaldo Muñoz Pedroza <https://asambleanacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/acto/acuerdo-de-rechazo-a-la-decision-de-la-ilegitima-sala->

señala que ninguna de las decisiones dictadas por la Sala Constitucional constituyen sentencias válidas en ejercicio de la jurisdicción constitucional, exhortando a las cortes extranjeras, tribunales arbitrales internacionales y a cualquier otra autoridad de Estados extranjeros a no aceptar la representación de Venezuela ejercida por el Procurador General o los abogados por él designados.

Así, la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y el acuerdo recientemente dictado por la Asamblea Nacional parecieran dejar más que evidenciado que Venezuela se encuentra bastante lejos de cualquier posible trato o convenio por parte de ambos sectores políticos. De igual forma, pareciera quedar claro que, hasta haber un cambio político definitivo, en el país seguirá habiendo al menos dos representantes para ocupar los distintos cargos y poderes del Estado.

### III. Conclusiones

Resulta difícil establecer una posición única e indiscutible por lo que respecta a la representación del Estado Venezolano en el exterior y la determinación de quién es el legitimado para ejercer esta

representación, toda vez que tal y como ha sido señalado por las cortes de los Estados Unidos, en muchos casos la respuesta a esta pregunta no será jurídica sino política.

Ambos sectores políticos se amparan en normas Constitucionales para ocupar el cargo y para rechazar la ocupación del cargo por parte de su contraparte política, y actualmente, Venezuela no cuenta con un órgano que tome en consideración, analice, y -sin dejar dudas- se pronuncie respecto a ambas posiciones. De hecho, la legitimidad del Tribunal Supremo de Justicia, máxima autoridad del poder judicial en Venezuela, y el cual en todo caso debería ser el llamado a aclarar cualquier controversia de esta naturaleza, también se encuentra jurídicamente cuestionada.

Así, hasta que el Presidente Encargado no ejerza el control efectivo e incuestionado sobre los órganos que conforman el Estado y en general sobre el territorio venezolano, no podrá esperarse un cambio de criterio por parte de los Tribunales arbitrales, y por otro lado, dado que quienes se encuentran ocupando el poder en Venezuela no han cambiado su forma de actuar, difícilmente el gobierno de los Estados Unidos lo reconozca como gobierno legítimo, por

---

constitucional-numero-59-de-22-de-abril-de-2020-y-de-ratificacion-de-la-usurpacion-de-la-procuraduria-general-de-la-republica-por-reinaldo-munoz-pedroza-202005050 35043.pdf, (accedido en fecha 30 de abril de 2020).

lo tanto, las cortes seguirán otorgando la legitimidad al Procurador Encargado o a los abogados por él designados, de forma tal que los inversores estarán enfrentándose ante un grupo de abogados en sede arbitral y ante otro en sede judicial, ambos con argumentos para no dar cumplimiento voluntario a cualquier decisión adversa.

Finalmente, la tarea que se pretendió llevar a cabo con el presente trabajo no era dar una respuesta indiscutible respecto a quién cuenta con la legitimidad para representar a Venezuela, sino relatar los argumentos que han sido expuestos por tribunales arbitrales, cortes internacionales, lo establecido en el Derecho venezolano, y los argumentos jurídicos que ha usado cada sector político para afirmar ser el legítimo representante Venezuela. Lamentablemente, pareciera que al final quedará a criterio de quién esté obligado a adoptar una decisión, el optar por reconocer a uno o a otro. Sin embargo, no deja de ser un hecho que son los inversores -quienes ya recibieron un perjuicio con las medidas que adoptó en su momento el Estado venezolano- quienes se están viendo afectados ante tanta inestabilidad.



# Principios y estándares en el renovado mundo de la solución de controversias por medios electrónicos (ODR). Instrumentos de Derecho transnacional

Luis Ernesto Rodríguez Carrera\*

---

**Resumen:** El distanciamiento social ha forzado la incorporación masiva e incluso abrupta de la tecnología en el escenario global de los medios de solución de controversias (privados y públicos), especialmente por el incremento del uso de firmas y comunicaciones electrónicas, así como de videoconferencias. Por tal motivo, desde un sector de la doctrina se sostiene que ese incremento dejará afianzada, finalmente, la posición de los ODR, es decir, que los servicios de resolución de disputas (en particular la mediación y el arbitraje) serán prestados de forma híbrida o exclusivamente en línea. No obstante, los llamados de precaución sobre riesgos y peligros por la incorporación acelerada y a gran escala de herramientas tecnológicas se mantienen. En este sentido, no son pocos los esfuerzos que han realizado instituciones y organizaciones -tanto nacionales como internacionales-, para estimular el desarrollo y uso de normativas que tienen como objetivo garantizar una “justicia digital” de calidad. Este trabajo analiza tres instrumentos de Derecho transnacional que distinguen y desarrollan, entre otros aspectos, principios y estándares medulares en el espacio de los servicios de solución de conflictos en línea.

**Abstract:** Social distancing has forced the massive and abrupt inclusion of technology into the global scenario of the alternative dispute resolution mechanisms (both private and public), specially because of the increase use of electronic signatures and communications, and also videoconferencing. Because of the former, for some scholars, the increased use of ODRs will be finally secured, this is, dispute resolution services (especially mediation and arbitration) will be conducted in a hybrid way or even exclusively online. However, caution among risks and hazards for the accelerated and

---

\* Abogado egresado de la UCAB y Magíster en Derecho internacional privado y comparado de la UCV. Socio de la firma Rodríguez Ochoa & Asociados. Profesor en la UCV de Derecho internacional privado, Arbitraje y Mediación comercial internacional. Profesor en la UCAB de Arbitraje. Actual Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y Miembro fundador del Instituto Venezolano de Derecho y Tecnología (INVEDET).



massive use of the technology must be kept. In this sense, there are lots of efforts that are being made by institutions and organizations –both national and international–, for the promotion of the development and use of rules that aims to guarantee a “digital justice’s” quality. This paper analyzes three transnational law instruments that distinguishes and expands, among other aspects, key principles and standards in the area of online services of dispute resolution.

**Palabras Claves:** Medios de Solución de Controversias en línea. ODR. Resolución de Conflictos. Derecho transnacional. Asociación Americana de Abogados. Notas técnicas. CNUDMI. Mejores prácticas. Arbitraje en línea. Mediación en línea. Medios electrónicos. Tecnología. Principios y Estándares. Internet.

**Keywords:** Online dispute resolution mechanisms. ODR. Dispute Resolution. Transnational Law. Technical Notes. UNCITRAL. Best practices. American Bar Association. Online Arbitration. Online Mediation. Electronic mechanisms. Principles and Standards. Technology. Internet.

**Sumario: I. Aclaratoria sobre el término ODR, II. Presencia actual y renovada de los servicios ODR, III. Riesgos de su adopción masiva, IV. Esfuerzos para garantizar la construcción y desarrollo eficiente de ODR, V. Labor del Grupo de Trabajo III (2010-2016) de la CNUDMI sobre solución de controversias por vía informática (en línea) y las notas técnicas, A. Antecedentes, B. El Proyecto de Reglamento de la CNUDMI para la solución por vía informática de controversias, C. Las Notas técnicas CNUDMI, VI. Los principios éticos NCTDR y los estándares ICODR, A. Antecedentes, B. Alcance, objetivos y estructura de los principios éticos, C. Enunciación de principios y otras consideraciones (principios éticos), D. Los estándares ICODR, VII. ABA mejores prácticas para servicios ODR, A. Antecedentes, B. Objetivos y alcance de las ABA mejores prácticas, C. Estructura y contenido de las ABA Mejores prácticas, VIII.**

## Conclusiones

### I. Aclaratoria sobre el término ODR

Asumimos el riesgo de generar un efecto de “saludo y despedida” respecto de la presente colaboración, por iniciar la misma aclarando el alcance que mantenemos en esta oportunidad del término “ODR” (acrónimo de *online dispute resolution*), adoptado incluso en español para identificar a los medios de solución de controversias en línea<sup>1</sup>, ya que para muchos el referido acrónimo y su significado no requiere presentación. Sin

embargo, es natural que la evolución de una figura o institución jurídica sobre lleve ajustes con el pasar del tiempo, más si está emparejada con la tecnología. Incluso, no es poca ni desautorizada la doctrina que afirma que el término es usado generalmente desde variadas perspectivas y con alcances diferentes<sup>2</sup>.

En esta contribución, siguiendo la noción propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional (CNUDMI), entendemos por ODR todo mecanismo o medio para resolver con-

<sup>1</sup> A pesar de las posibles diferencias, usamos de forma indistinta, solución de controversias, conflictos y disputas por vía o medios informáticos, en línea o electrónicos.

<sup>2</sup> Robert J. Condlin, “Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab,” *CJCR*, vol. 18:3 (spring 2017): 717-758, esp. 725 ss. <https://carodozojcr.com/volume-183-spring-2017/>. El término ODR ha servido en muchos casos como paraguas de un sinfín de nombres o conceptos que habitan en el mundo de la resolución de disputas y la tecnología, sobre todo en el ámbito de la mediación y el arbitraje. Como muestra de ello se encuentran usos de términos como: mediación/arbitraje informático, mediación/arbitraje en línea (*online*), mediación/arbitraje electrónico, e-mediación o e-arbitraje, mediación/arbitraje digital, cibermediación o ciberarbitraje, mediación/arbitraje virtual, mediación/arbitraje inteligente, arbitraje deslocalizado, mediación/arbitraje blockchain, entre otros.

flictos facilitado por el uso o empleo de comunicaciones electrónicas o digitales y demás herramientas tecnológicas<sup>3</sup>. En esa misma idea, el término ODR incluye a los medios de solución de disputas, como juntas de controversias, mediación, arbitraje, entre otros<sup>4</sup>, que supongan el recurso de tecnologías de intercambio y conectividad a distancia (no presenciales) de la totalidad o la mayoría de las actuaciones entre las partes, los neutrales y los proveedores de servicios<sup>5</sup>. Recientemente, el profesor Colin Rule expuso que la noción de ODR representa el uso de las tecnologías de la información y comunicación para prevenir, administrar y resolver disputas<sup>6</sup>.

## II. Presencia actual y renovada de los servicios ODR

La situación actual de distanciamiento físico ha obligado (más por urgencia que por aspiración) la incorporación masiva e incluso abrupta de la tecnología en el

escenario global de los medios de solución de conflictos (privados y públicos). Este evento, caracterizado a su vez por un elevado grado de incertidumbre, implica adecuaciones, algunas ya materializadas y otras por implementarse. Dentro de este reacomodo, nuevamente el rol de los medios privados de solución de controversias es crucial, debido a su gran y notoria capacidad de adaptación.

Podemos describir la situación de los prestadores privados (centros e instituciones) de servicios de solución de conflictos a principios de este año 2020, de la siguiente manera: a. proveedores presenciales sin uso preestructurado de servicios en línea; b. proveedores híbridos o duales con servicios tanto presenciales como no presenciales (fuera de línea o en línea) de forma estructurada; y c. proveedores no

<sup>3</sup> CNUDMI, *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea* (Viena: Naciones Unidas, 2017), 4. <http://bit.ly/NotasODR-UNCITRAL>. Éste y todos los demás documentos citados de la CNUDMI se pueden consultar en varios idiomas (incluyendo español) en el Sistema de archivo de documentos: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>

<sup>4</sup> Con más frecuencia se identifican referencias a ODR públicos (*e-courts* o *public ODR*). En este sentido, ver, entre otros: Heather Kulp y Amy J. Schmitz, “Real Feedback from Real People: Emphasizing User-Centric Designs for Court ODR,” *Dispute Resolution Magazine*, vol. 26, n° 2 (junio 2020): 6-12. <https://ssrn.com/abstract=3615820>; Amy J. Schmitz, “Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives,” *Buff. L. Rev.*, vol. 67, n° 1 (enero 2019): 89-163. <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol67/iss1/3>; Scott J Shackelford y Anjanette Raymond, “Building the Virtual Courthouse: Ethical Considerations for Design, Implementation, and Regulation in the World of ODR,” *Wisconsin Law Review* (enero 2014): 12. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2387912>

<sup>5</sup> CNUDMI, A/CN.9/706 (23 de abril de 2010): 15.

<sup>6</sup> Colin Rule, “Online Dispute Resolution and the Future of Family Law,” *Family Lawyer Magazine* (Fall 2019): 6. <http://www.colinrule.com/writing/FLMRule.pdf>

presenciales con uso estructurado de servicios en línea.

Hoy por hoy, es clara la postura que sostiene que el incremento del uso de herramientas tecnológicas en la solución de controversias (muchas de ellas nativas del espacio en línea) dejará consolidada finalmente la posición de los ODR<sup>7</sup>, es decir, que los servicios de solución de disputas serán prestados de forma híbrida-dual o exclusivamente en línea.

### III. Riesgos de su adopción masiva

Ahora bien, la señalada consolidación de los ODR no es un hecho consumado, que garantiza lo que algunos han identificado como “el no regreso”<sup>8</sup>, en referencia a la negativa del desuso de la instrumentación tecnológica cuando se

supere el distanciamiento. Así, también se encuentran opiniones que alertan sobre los riesgos y peligros de la incorporación a gran escala de herramientas tecnológicas en el ámbito de la solución de disputas, que pueda resultar en servicios ODR deficientes, por múltiples razones.

En el orden de las ideas anteriores, Ebner y Zeleznikow, al analizar la gobernanza en el campo de los ODR, esgrimen que los otros sistemas de solución de conflictos (fuera de línea) han desarrollado y probado por décadas su propia y especial regulación, y que ésta puede no siempre funcionar alineada con los objetivos y valores de los ODR<sup>9</sup>. De hecho, los autores citados sostienen que es frecuente que usuarios, neutrales y proveedores de ODR estén

---

<sup>7</sup> Resalta, por ejemplo, los comentarios de Ainsworth, Rule y Zleznikow, en cuanto a expresar que luego de dos décadas, la comunidad jurídica se ha dado cuenta finalmente del potencial de los ODR para mejorar el acceso a la justicia. Nussen Ainsworth, Colin Rule y John Zeleznikow, “Piloting Online Resolution Simulations for Law Students Studying Alternative Dispute Resolution: A Case Study Using Modria Software at Victoria University,” *J Civ LP* 8 (2019): 95-104, esp. 97. Aún más concluyente, encontramos la reciente aseveración del profesor Rule: Colin Rule. “ODR is the future of ADR” (Conferencia en línea ABA “ODR in the ERA of COVID-19: Experts Answer Your Question” 23 de marzo, 2020). <https://bit.ly/ABAconference-Rule-Larson-Schmitz>. En sentido afín, ver, entre muchos otros: Harry N. Mazadoorian, “COVID-19 and Online Dispute Resolution It’s a Whole New World Out There,” *Connecticut Law Tribune*, <https://www.law.com/ctlawtribune/2020/04/01/covid-19-and-online-dispute-resolution-is-a-whole-new-world-out-there/> (01 de abril de 2020).; Paul Rajkowski, “Did Traditional Mediation Die?,” *www.mediate.com*, <https://www.mediate.com/articles/rajkowski-response.cfm#> (junio 2020).; Alberto Elisavetsky y Maria Victoria Marun, “Online Dispute Resolution (ODR): The Great Tool in Times of Pandemic,” *www.onlinedisputeresolution.com*, <https://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=elisavetsky-odr-pandemic.cfm> (mayo 2020).; Miréze Philippe, “Offline or Online? Virtual Hearings or ODR?,” *Kluwer Arbitration Blog* abril 2020). <https://bit.ly/philippe2020>

<sup>8</sup> Mauricio González Cuervo, “Retos del Uso de la Tecnología en el Arbitraje Institucional” (conferencia en línea CeCAP Arbitraje 17 de junio de 2020). <https://www.youtube.com/watch?v=MvhgVXcJt0>

<sup>9</sup> Noam Ebner y John Zeleznikow, “No Sheriff in Town: Governance for Online Dispute Resolution,” *Negotiation Journal*, n° 32 (octubre 2019): 297-323. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/nejo.12161>

dispersos geográficamente, y operen en diferentes jurisdicciones bajo sistemas jurídicos distintos, lo que hace que cualquier organización o supervisión se convierta en un desafío mayor<sup>10</sup>.

Recientemente, Benjamin G. Davis, uno de los directores del primer sistema digital de gestión de casos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), expuso -a través del relato de sucesos verídicos- varios problemas que considera “perversos” en la configuración de soluciones de controversias por medios electrónicos. Sin embargo, se percibe que la expuesta crítica al desarrollo descontrolado, vulnerable y hasta manipulado de algunos servicios ODR o instrumentales electrónicos, expuesta por el profesor Davis en este último aporte, busca justamente prevenir que no se desperdicie la oportunidad generada por el aumento del uso de la tecnología en el entorno de la resolución de conflictos<sup>11</sup>.

#### IV. Esfuerzos para garantizar la construcción y desarrollo eficiente de ODR

Desde hace tiempo y hasta nuestros días, una parte de los especialistas defiende sin titubear la necesidad de crear y utilizar herramientas estructurales de derecho no vinculante (*soft law*<sup>12</sup>), como principios, estándares, guías, directrices, etc., que sirvan para construir o hacer más efectivos los métodos ODR<sup>13</sup>. De tal modo, se ha sostenido como parte de los argumentos clave a favor de dicho proceder: a. la articulación de esas herramientas base puede contribuir a aumentar la confianza en el uso de ODR; b. si no se desarrollan y articulan esos instrumentos, se corre el riesgo que otros actores externos al campo ODR lo hagan, y se provoquen regulaciones que no reflejen los valores compartidos y propios de los ODR; c. aquellos que construyen las plataformas y los procesos ODR se enfrentan rutinariamente a dilemas éticos en los que las personas

---

<sup>10</sup> Noam Ebner y John Zeleznikow, “No Sheriff in Town Governance for Online Dispute Resolution,”: 18.

<sup>11</sup> Benjamin G. Davis, “ODR and Social Justice: Technology not Tricknology,” *SSRN*, próximamente en *International Journal of Online Dispute Resolution* (febrero 2020). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3527545>

<sup>12</sup> Conscientes de las múltiples definiciones (alcances) que el término *soft law* puede tener, preferimos una neutral, adoptada por el Diccionario panhispánico del español jurídico (Real Academia Española): “Conjunto de normas o reglamentos no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizados como referentes en la actuación judicial o arbitral.” <https://dpej.rae.es/tema/soft-law>

<sup>13</sup> Sobre este punto, se puede ver resumen actualizado de los profesores Callies y Heetkamp, en: Graf-Peter Callies y Simon Johannes Heetkamp, “Online Dispute Resolution: Conceptual and Regulatory Framework,” *Transnational Law Institute - TLI Think!* (diciembre 2019). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3505635>

con menos acceso y poder son particularmente vulnerables (“brecha digital”); y d. existe una gran experiencia entre los practicantes, académicos e instituciones que ofrecen servicios ODR, que envuelve un conjunto de valores compartidos<sup>14</sup>.

Esta posición ha encontrado eco en muchas instituciones y organizaciones (públicas y privadas, nacionales e internacionales), resultando de ello un importante grupo de instrumentos de Derecho transnacional que coinciden en su objetivo macro: servir de apoyo para la implementación y uso adecuado de la

tecnología en el campo de los medios de solución de disputas (especialmente en relación con aquellos no estatales<sup>15</sup>) que garantice una “justicia digital” eficiente y de calidad.

En este sentido, no solo adherimos la referida posición, sino que consideramos de capital importancia el conocimiento, estudio, divulgación, análisis y uso (cuando corresponda) del contenido de tales instrumentos. Excedería el marco del presente trabajo exponer comentarios sobre principios o valores reflejados en todos o la mayoría de dichos instrumentos<sup>16</sup>, razón por la cual hemos

---

<sup>14</sup> Esta síntesis de argumentos a favor la presenta Wing en: Leah Wing, “Ethical Principles for Online Dispute Resolution: A GPS Device for the Field,” *International Journal of Online Dispute Resolution*, 3-1 (2016): 12-29, esp. 16. <https://bit.ly/wing-odr>. Para profundizar sobre el punto se puede revisar, entre otros: Kanak C. Liyanage, “The Regulation of Online Dispute Resolution: Effectiveness of Online Consumer Protection Guidelines”, *Deakin Law Review*, vol. 17, n° 2 (2012): 251-282, esp. 252 y 253. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2012/11.pdf>

<sup>15</sup> En relación con este límite, al menos a los fines de este trabajo, es ilustrativa la aclaratoria que hace Amy Schmitz, en cuanto a que, por ejemplo, los Estándares ICODR no se crearon para servicios en línea de cortes o tribunales estatales, aunque puedan tener aplicaciones en ese ámbito. Amy J. Schmitz, “Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives,”: 143.

<sup>16</sup> Entre otros instrumentos de *soft law* que abordan temas relacionados con los ODR, se encuentran: Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), *Model Procedural Rules for the APEC Collaborative Framework for ODR of Cross-Border B2B Disputes* (2019), [http://mddb.apec.org/Documents/2019/EC/EC2/19\\_ec2\\_022.pdf](http://mddb.apec.org/Documents/2019/EC/EC2/19_ec2_022.pdf); International Organization for Standardization (ISO), *ISO 10003:2018 - Directrices para la resolución de conflictos de forma externa a las organizaciones* (2018). <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:10003:ed-2:v1:es>; European Committee for Standardization (CEN) / Unioncamere Toscana, *CEN/ISS Workshop Agreement on Standardisation of Online Dispute Resolution Tools* (2009). Información referencial: <https://www.cen.eu/news/brochures/brochures/WorkshopODR.pdf>; Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress* (2007). <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/38960101.pdf>; OEA-CIDIP-VII, *Propuesta de Ley Modelo Interamericana respecto a la disponibilidad de solución de controversias y reparación a favor de los consumidores* (2006). <https://perma.cc/Q2QK-ASAW>; Task Force on Consumer Policy for e-Business ICC, *Best Practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C Transactions* (2003). <https://icwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-launches-toolkit-for-e-business/>; Global Business Dialogue on E-Commerce (GBDe) / Consumers International, *Alternative Dispute Resolution Guidelines for B2C e-commerce* (2001). <https://perma.cc/ULV3-JUD6>. Ver revisión completa del progreso normativo global en

decidido avanzar solo respecto de los siguientes: a. las “Notas Técnicas de la Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional (CNUDMI) sobre la solución de controversias en línea” (2017)<sup>17</sup>; b. los “Principios éticos del *National Center for Technology and Dispute Resolution* (NCTDR) para la resolución de disputas en línea” (2016)<sup>18</sup> y los “Estándares del *International Council for Online Dispute Resolution* (ICODR) sobre ODR” (2017)<sup>19</sup>; c. las “Recomendaciones de la *American Bar Association* (ABA) sobre Mejores prácticas para proveedores de servicios de resolución de disputas en línea” (2002)<sup>20</sup>.

## V. Labor del Grupo de Trabajo III (2010-2016) de la CNUDMI sobre solución de controversias por vía informática (en línea) y las notas técnicas

### A. Antecedentes

Durante la primera década de este siglo, la CNUDMI discutió en varios períodos de sesiones<sup>21</sup> la conveniencia de incluir en su Programa futuro de trabajo el tema de la solución de disputas en línea, y determinar si se necesitaban reglas especiales para facilitar el creciente recurso a la vía electrónica para la solución de conflictos (refiriéndose particularmente al arbitraje y la mediación<sup>22</sup>). Para el año 2009<sup>23</sup>, las recomendaciones presentadas a la CNUDMI en cuanto al posible desarrollo del tema (entre ellas, la que produjo la Delegación de los Estados Unidos<sup>24</sup>) incluían aspectos como

---

relación con ODR (hasta 2004): Gabrielle Kaufmann-Kohler y Thomas Shultz, *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice* (The Hague, Kluwer Law International, 2004), esp. 67-130.

<sup>17</sup> CNUDMI, *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea*, 4. En adelante también, Notas técnicas CNUDMI o simplemente Notas técnicas.

<sup>18</sup> NCTDR, *Ethical Principles for Online Dispute Resolution*, (<http://odr.info/>, 2016). <http://odr.info/ethics-and-odr/>. En adelante también, Principios éticos NCTDR o simplemente Principios éticos.

<sup>19</sup> ICODR, *Standards for Online Dispute Resolution*, (<https://icodr.org/>, 2017). <https://icodr.org/standards/>. En adelante también, Estándares ICODR.

<sup>20</sup> ABA, *Recommended Best Practices for Online Dispute Resolution Service Providers*, ([www.americanbar.org](http://www.americanbar.org), 2002). <http://invetdet.org/wp-content/uploads/2020/07/ABA-Best-Practices-for-ODR-Providers-2002.pdf>. En adelante también, ABA Mejores prácticas.

<sup>21</sup> Períodos de sesiones: 33º (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000); 34º2 (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001); 35º3 (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002); 39º (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006) a 41º (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008).

<sup>22</sup> Siguiendo la misma pauta establecida por la CNUDMI en sus recientes instrumentos sobre mediación comercial internacional, utilizamos el término mediación como sinónimo de conciliación.

<sup>23</sup> Período de sesiones 42º (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009).

<sup>24</sup> ONU-Asamblea General, A/CN.9/681/Add.2 (18 de junio de 2009).

los tipos de controversias nacidas de operaciones transfronterizas del comercio electrónico que podrían resolverse por vía electrónica, la conveniencia de preparar un Reglamento de ODR, la factibilidad de crear una Base de datos de prestadores de servicios ODR, y la cuestión de la ejecutoriedad de laudos dictados como resultado de un procedimiento tramitado por vía informática.

Finalmente, en julio de 2010<sup>25</sup>, la Comisión convino que se estableciera un Grupo de Trabajo encargado especialmente de la solución por vía informática de los conflictos nacidos de operaciones transfronterizas de comercio electrónico. Durante ese período de sesiones resalta el hecho de que la Secretaría de la CNUDMI presentó una Nota sobre los resultados de un coloquio sobre ODR y comercio electrónico global<sup>26</sup>, así como una Nota del Instituto de Derecho Mercantil Internacional<sup>27</sup>, en apoyo a que se adelantaran esfuerzos de armonización jurídica sobre solución de controversias por vía electrónica<sup>28</sup>.

En el referido informe de la Secretaría se destacó que, para ese momento (2010)

y desde al menos diez años antes, ciertas organizaciones no gubernamentales y entes del sector privado habían colaborado en la preparación de “sistemas” y “directrices” destinadas a facilitar la solución de controversias nacidas de operaciones concertadas por vía electrónica, y que “(...) los sistemas así ideados daban buen resultado cuando funcionaban encuadrados en un marco de buenas prácticas comerciales, códigos de conducta modelo y normas establecidas por organizaciones internacionales (...)”<sup>29</sup>.

Igualmente, llama la atención cómo la Secretaría expresó su preocupación en relación con el arbitraje por vía electrónica, manifestando que éste “suscita problemas jurídicos espinosos en cuanto a los requisitos formales exigibles con arreglo al derecho interno o con arreglo a los convenios internacionales aplicables al arbitraje.” Frente a la mediación por vía informática, la Secretaría insistió expresamente en que se necesitan “(...) reglas claras, así como el respeto de ciertos principios generales acerca de la accesibilidad y economía de los medios informáticos utilizados, de la

---

<sup>25</sup> 43º período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010).

<sup>26</sup> El nombre específico del Coloquio fue: “*A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader (Consumer and Merchant)*”, y tuvo lugar en Viena, los días 29 y 30 de marzo de 2010.

<sup>27</sup> CNUDMI, A/CN.9/710 (21 de julio de 2010).

<sup>28</sup> Se aclara que usamos indistintamente, como lo hace la CNUDMI en sus documentos, los términos “vía/comunicación informática” y “vía/comunicación electrónica”.

<sup>29</sup> CNUDMI, A/CN.9/706:12-13.



confidencialidad de las actuaciones y de la imparcialidad e independencia de los conciliadores<sup>29,30</sup>.

En diciembre de 2010, el Grupo de Trabajo III sobre Solución de Controversias por vía informática (en adelante, Grupo de Trabajo III<sup>31</sup>) inició formalmente su labor para la preparación de normas jurídicas que regularan los ODR, y se nombró como presidente del grupo a Soo-geun OH. Vale advertir que, en el primer informe que presentó el Grupo de Trabajo III, se solicitó la elaboración de un proyecto de documento en el que se enunciaran los principios y las cuestiones que se plantean en el diseño de un sistema ODR.<sup>31</sup>

### *B. El Proyecto de Reglamento de la CNUDMI para la solución por vía informática de controversias*

La primera opción de instrumento que manejó la Comisión para regular los ODR fue el Modelo de Reglamento. En mayo de 2011, el Grupo de Trabajo III comenzó el debate de un Proyecto de Reglamento para la solución por vía informática de controversias<sup>32</sup>, y consideró que el alcance del instrumento estaría centrado en operaciones electrónicas

transfronterizas de gran volumen y escaso valor, entre empresas, y entre empresas y consumidores.

El primer borrador de Proyecto de Reglamento CNUDMI sobre ODR abordó asuntos relacionados con ciertas definiciones, una fase de negociación-mediación y una fase final de solución vinculante (como el arbitraje). Referente a los principios, estándares, directrices o buenas prácticas, el Grupo de Trabajo III (y también la Comisión) mantuvo el deseo de llevar a cabo su progreso. Tanto, que aseveró que el Reglamento formaría parte de un marco normativo más amplio, destinado a dotar de eficacia la vía ODR e integrado por: reglas procesales y normas para los prestadores de servicios ODR, principios jurídicos sustantivos (inclusive principios de equidad para la solución de controversias), y un mecanismo para la ejecución transfronteriza<sup>33</sup>.

Ahora bien, a partir de las sesiones de mayo de 2012, por pedido de la Comisión, el Grupo de Trabajo III dio gran importancia en su labor sobre ODR, al tema de la protección de los consumidores (derecho de consumo<sup>34</sup>), respecto del cual muchos sistemas consideran li-

<sup>30</sup> Ambos extractos en: CNUDMI, A/CN.9/706: 15.

<sup>31</sup> CNUDMI, A/CN.9/716 (17 de enero de 2011): párr. 115 b.

<sup>32</sup> CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.107 (17 de marzo de 2011).

<sup>33</sup> CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.107: párr. 13; CNUDMI, A/CN.9/721 (3 de junio de 2011): párr. 54, 11.

<sup>34</sup> CNUDMI, A/CN.9/744 (7 de junio de 2012): 20.

mitada su arbitrabilidad. Esto aumentó considerablemente las dificultades para encontrar consenso frente al Proyecto de Reglamento, más cuando la misma Comisión alentaba la necesidad de que el proceso contara con una fase de arbitraje<sup>35</sup>.

Por otra parte, en ese mismo período, fueron presentados para ser incorporados en el Proyecto de Reglamento (o en anexos al mismo) dos documentos que estimamos valiosos a los fines del presente trabajo. El primero de ellos es la “Nota del *Center for International Legal Education (CILE)*”. En el punto III de este documento, titulado “Principios fundamentales de un sistema mundial de solución de controversias por vía informática”, se indica que un “sistema de ODR sólo funcionará si es simple, eficiente, eficaz, transparente y equitativo”<sup>36</sup>. Luego, el documento razona cómo un sistema uniforme y global de ODR (de gran volumen y escaso valor, enfocado en vendedores y compradores –consumidores) podría cumplir con tales principios. Dentro de las varias condiciones que enumera, cabe señalar las siguientes: mínimas exenciones del ámbito de aplicación; autonomía; decisiones vinculantes para las

partes; métodos automáticos de ejecución de decisiones (por ejemplo, reembolso o anulación de pago automático); y avisos claros de la opción ODR.

El segundo documento, presentado por la delegación de Canadá, lleva el título “Propuesta sobre los Principios aplicables a los proveedores de servicios de solución de controversias por vía informática y a los terceros neutrales”<sup>37</sup>. Esta contribución puntualiza que su objetivo es fomentar los debates sobre las cuestiones relacionadas con las mejores prácticas para los proveedores de servicios ODR y los terceros neutrales, y que los Principios propuestos deberán examinarse a la luz de la legislación aplicable a los diversos aspectos de las transacciones electrónicas, al proceso ODR y a la ejecución de la decisión resultante. Los Principios enunciados y desarrollados en la referida propuesta son: 1. mantenimiento de una lista de terceros neutrales competentes (en especial, capacitación adecuada en la tecnología del sistema ODR); 2. independencia (del proveedor de servicios de ODR y el tercero neutral); 3. imparcialidad (del tercero neutral); 4. divulgación de las condiciones de utilización y de confidencialidad; 5.

---

<sup>35</sup> CNUDMI, A/CN.9/762 (19 de noviembre de 2012): 2.

<sup>36</sup> CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.115 (12 de marzo de 2012): 6-8.

<sup>37</sup> CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.114 (12 de marzo de 2012).

determinación de la identidad de las partes (prueba o confirmación de la identidad en el contexto de las comunicaciones electrónicas); 6. accesibilidad, fiabilidad y seguridad del sistema; 7. documentación y publicación de las decisiones<sup>38</sup>; 8. sensibilidad sobre aspectos lingüísticos y culturales; 9. honorarios y gastos (razonables en relación con el valor de la controversia); 10. decisiones razonadas; 11. ejecución (adopción de medidas para alentar el cumplimiento de las decisiones tomadas en el proceso ODR); y 12. compensación (los derechos de las partes no se verán afectados por el hecho de haber accedido a someterse a un procedimiento ODR).

En las primeras sesiones de 2013 se intensificó el debate entre grupos de delegaciones sobre varios aspectos fundamentales del Proyecto de Reglamento, por distintos motivos, pero todos relacionados con la diversidad de regulaciones y protecciones en materia de consumidores. Al término del año 2013, concretamente en las sesiones de noviembre, el Grupo de Trabajo III cambió la nomenclatura usada en el Proyecto de Reglamento, sustituyendo el uso del

vocablo “informático” por el de “en línea”. A su vez, consideró que el futuro Reglamento “(...) podría servir como modelo para los proveedores de servicios ODR, con lo que formaría la base sobre la cual cada proveedor podría elaborar su propio reglamento”<sup>39</sup>.

A principios de 2014, la Secretaría presentó al Grupo de Trabajo III el “Proyecto de Directrices para los proveedores de servicios/las plataformas/los administradores del sistema ODR”, con la finalidad establecer las mejores prácticas para los proveedores de servicios de ODR y los terceros neutrales. Se aclaró expresamente que el Proyecto de Reglamento mantenía otro fin, el cual era instaurar un procedimiento para la solución de controversias por Internet o “en línea”<sup>40</sup>.

Durante los dos períodos de sesiones de 2014, las divergencias sobre las posibles modalidades del futuro Reglamento se hicieron más agudas, lo que generó que se discutieran formalmente cuatro distintas propuestas. A pesar de ello, el Grupo de Trabajo III continuó su ardua labor para alcanzar una aprobación so-

---

<sup>38</sup> Un grupo de delegaciones se opuso a la propuesta concreta de incorporar en el texto del Proyecto de Reglamento el requisito de publicar los laudos dictados en los procesos ODR, sosteniendo que el arbitraje se basa, por su naturaleza, en la confidencialidad (con excepción del arbitraje de inversiones). CNUDMI, A/CN.9/762: 9.

<sup>39</sup> CNUDMI, A/CN.9/795 (28 de noviembre de 2013): 4-5.

<sup>40</sup> CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.128 (22 de enero de 2014): 2-3.

bre el texto del Proyecto de Reglamento<sup>41</sup>.

La falta de consenso entre las Delegaciones sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje vinculantes anteriores a la posible controversia, celebrados con consumidores, continuó durante las primeras sesiones del 2015. Se llegó a considerar que las diferencias eran irreconciliables y que el Grupo de Trabajo III debía poner fin a la labor de preparar textos legislativos acerca de ODR<sup>42</sup>. En julio de ese año, la CNUDMI convino en que se abandonara el Proyecto de Reglamento sobre ODR, y que, en su lugar, el Grupo de Trabajo utilizara el valiosísimo resultado de tantos años de esfuerzos, concentrando ahora su tarea en la producción de un nuevo instrumento, no vinculante, que pudiera ser utilizado por todos los involucrados en los procesos ODR (sobre la base de una propuesta de la Delegación israelí)<sup>43</sup>.

### C. *Las Notas técnicas CNUDMI*

En marzo de 2016, el Grupo de Trabajo III completó su nuevo mandato y solicitó que se presentara a la CNUDMI el documento final titulado “Notas técnicas sobre la Solución de Controversias en lí-

nea”. La Comisión, en julio del 2016, aprobó el texto revisado con escasas modificaciones<sup>44</sup> y, posteriormente, la Asamblea General de la ONU, en su Resolución del 13 de diciembre de 2016, solicitó la publicación del texto de las Notas técnicas, recomendando “que todos los Estados y otras partes interesadas utilicen las Notas técnicas cuando diseñen y pongan en práctica sistemas de solución de controversias en línea para las operaciones comerciales transfronterizas”<sup>45</sup>.

#### (a) **Objetivos y estructura general de las Notas técnicas CNUDMI**

En la sección I de las Notas técnicas, titulada “Introducción”, se precisa que los mecanismos ODR –entre los que señala expresamente el *ombudsman*, las juntas de reclamaciones, el arreglo facilitado, la negociación, la mediación y el arbitraje–, pueden ayudar a resolver las controversias derivadas de operaciones transfronterizas en línea.

En esa misma sección I, se estipula que la finalidad de las Notas técnicas “es promover el desarrollo de la ODR y prestar asistencia a los administradores ODR,

<sup>41</sup> CNUDMI, A/CN.9/827 (04 de noviembre de 2014).

<sup>42</sup> CNUDMI, A/CN.9/833 (3 de marzo de 2015): 31.

<sup>43</sup> ONU-Asamblea General, A/70/17 (29 de junio a 16 de julio de 2015): 77-80.

<sup>44</sup> ONU-Asamblea General, A/70/17: párr. 216, 50.

<sup>45</sup> ONU-Asamblea General, A/RES/71/138 (19 de diciembre de 2016).

las plataformas ODR, los terceros neutrales y las partes en un proceso ODR”. En ese mismo orden se agrega, como parte del propósito de las mismas, que sean utilizadas en las disputas originadas de contratos transfronterizos de compraventa o de servicios<sup>46</sup>, celebrados por medios electrónicos. Por último, se recuerda el carácter no vinculante del instrumento, por lo que no impone preceptos a las partes, personas o entidades que administren o faciliten un proceso ODR.

En la sección II de las Notas técnicas se enumeran los principios que la CNUDMI consideró como fundamento de cualquier sistema ODR y se declara expresamente “que el sistema judicial tradicional no ofrece una solución adecuada para las controversias derivadas del comercio electrónico transfronterizo.”<sup>47</sup>

En las próximas secciones de las Notas técnicas se abordan los siguientes puntos: etapas del proceso ODR y alcance de los sistemas ODR (sección III y IV); definiciones, funciones y responsabilidades, comunicaciones en los ODR

(sección V); inicio del proceso ODR (sección VI); negociación y arreglo facilitado (secciones VII y VIII); etapa final (que puede o no comprender al arbitraje en línea); nombramiento, facultades y funciones del tercero neutral (sección X); idioma (sección XI); y gobernanza (sección XII).

### **(b) Los principios en las Notas técnicas CNUDMI**

Como señalamos, la “Sección II – Principios” (párrafos 7 al 17) de las Notas técnicas, reúne justamente aquellos principios que la CNUDMI considera deben ser rectores de cualquier sistema ODR. Así, se encuentran titulados por separado los principios de transparencia, independencia, especialización y consentimiento. Sin embargo, en los textos de esa misma sección, así como de la sección I, se constata la referencia a otros principios relacionados con los sistemas ODR.

**Principio de transparencia:** el contenido básico de este principio se desarrolla en los párrafos 10 y 11, de la forma que sigue: “10. *Es conve-*

---

<sup>46</sup> En la sección IV de las Notas técnicas, referida al alcance (ámbito material propuesto), se señala que el instrumento será particularmente útil para las controversias derivadas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico de “poca cuantía”. Esto demuestra que no se pretende su uso de forma exclusiva para litigios de menor valía.

<sup>47</sup> Como se sabe, los instrumentos de la CNUDMI son elaborados tomando en cuenta la situación global de una determinada materia. Debido a ello, los avances que puedan verificarse en determinados países o sistemas nacionales no necesariamente reflejan dicha situación. La aclaratoria se hace, debido a que recientemente algunos pocos países, como China, han implementado o iniciado proyectos (como parte de sus sistemas judiciales) de tribunales o cortes especializadas en materia de Internet y comercio electrónico.

*niente que se dé a conocer toda relación que pueda existir entre el administrador ODR y un determinado proveedor, para que los usuarios del servicio estén informados de cualquier posible conflicto de intereses. 11. El administrador ODR puede considerar conveniente publicar estadísticas o datos anonimizados sobre los resultados de la solución de controversias en línea para que las partes puedan evaluar sus antecedentes generales, en consonancia con los principios de confidencialidad aplicables*<sup>48</sup>. Adicionalmente, se insiste en que toda la información esté disponible para los usuarios en el sitio *web* del administrador ODR en un modo sencillo y accesible.

Como se puede advertir, la idea de transparencia representada dista de la noción generalizada de transparencia desarrollada en el ámbito del arbitraje internacional (especialmente en el arbitraje de inversiones) en cuanto al deber de mostrar al público actuaciones y audiencias relacionadas con el procedimiento arbitral. Aquí, el pensamiento detrás del principio de transparencia es que las instituciones,

centros, etc., administradoras ODR, que contraten servicios tecnológicos con otras personas (físicas o jurídicas), que a su vez manejen gran cantidad de información vinculada a los casos en disputa, publiquen los datos de esas relaciones contractuales para evitar que luego se descubran conflictos de intereses que no hayan podido ser alertados o denunciados con anterioridad.

Por otro lado, explícitamente en el mismo desarrollo del principio de transparencia (párrafo 11, última parte) se reconoce que cualquier decisión de los administradores ODR de publicar información directamente relacionada con los procedimientos en línea (incluyendo arreglos mediados o laudos, por ejemplo) deberá editarse para que sea anónima y estar “en consonancia con los principios de confidencialidad aplicables”<sup>49</sup>.

Asimismo, en el párrafo 53 se señala: “Es conveniente que el proceso ODR se rija por las mismas normas relativas a la confidencialidad y las garantías procesales que se aplican a los procesos de solución de controversias en un contexto fuera de línea (...)”<sup>50</sup>. Esta particular manera de incorporar el **principio de confidencialidad** en el

<sup>48</sup> CNUDMI, Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 2-3.

<sup>49</sup> CNUDMI, Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 3.

<sup>50</sup> CNUDMI, Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 10.

instrumento, no es más que el reflejo de la fórmula transaccional entre las Delegaciones con posiciones enfrentadas por el tema del arbitraje y el derecho de consumidores, en el seno del Grupo de Trabajo III<sup>51</sup>.

**Principios de independencia:** en los párrafos 13 y 14, el instrumento recomienda que cada administrador ODR implemente políticas para detectar y resolver potenciales conflictos de intereses. En ese mismo orden de ideas, se sugiere la adopción de códigos de ética que regulen el proceder de los neutrales en el marco de la solución de controversias en línea.

**Principio de especialización:** en los párrafos 15 y 16 se reconoce la conveniencia de “aplicar políticas integrales que rijan la selección y la capacitación de los terceros neutrales.”<sup>52</sup> De igual forma, con el fin de garantizar el cumplimiento de tales políticas, se recomienda que los administradores ODR implementen mecanismos de supervisión o control de calidad respecto de la labor de los neutrales.

**Principio de consentimiento:** finalmente, en el párrafo 17, el instrumento señala que todo “sistema ODR debería basarse en el consentimiento explícito e informado de las partes”<sup>53</sup>. De este modo, se busca evidenciar, en primer lugar, la condición de que exista manifestación expresa de las partes de someterse a un proceso ODR (voluntariedad), y en segundo, que éstas conozcan sus etapas y procedimientos<sup>54</sup>.

Adicionalmente, en el párrafo 4 (Sección I), se indica que las Notas técnicas reflejan enfoques, en relación con los sistemas ODR, que respetan otros principios además de los que se han reseñado<sup>55</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que este instrumento de la CNUDMI, que abarca una amplia gama de aspectos conexos con los ODR (producto de más de 6 años de intensas labores, con la participación de un considerable número de delegaciones, instituciones y organismos especializados en mediación y arbitraje), concreta como principios que deben regir o ser respetados en los pro-

---

<sup>51</sup> CNUDMI, A/CN.9/868 (11 de marzo de 2016): 5-6.

<sup>52</sup> CNUDMI, Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 3.

<sup>53</sup> CNUDMI, Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea, 3.

<sup>54</sup> Esta interpretación quedó expuesta en las deliberaciones del Grupo de Trabajo III. CNUDMI, A/CN.9/862 (16 de diciembre de 2015) párr. 31, 9

<sup>55</sup> Estos otros principios son: imparcialidad, eficiencia, eficacia, debido proceso, equidad, rendición de cuentas y transparencia.

cesos ODR<sup>56</sup> los siguientes: transparencia (en el sentido indicado *supra*), independencia, especialización, consentimiento, confidencialidad, imparcialidad<sup>57</sup>, eficiencia, eficacia, debido proceso, equidad y rendición de cuentas.

## VI. Los principios éticos NCTDR y los estándares ICODR

### A. Antecedentes

El *National Center for Technology and Dispute Resolution* (NCTDR), fundado en 1998 por los profesores de la Universidad de Massachusetts, Ethan Katsh y Janet Rifkin, es una de las primeras instituciones en el mundo creadas exclusivamente para apoyar el desarrollo de ODR. Con una exitosa experiencia durante su primera década de labores<sup>58</sup>, el Comité Consultivo del NCTDR dio a conocer, en julio de 2009, un primer documento sobre principios y estándar-

res de práctica en el ámbito de ODR, denominado *Online Dispute Resolution Standards of Practice*<sup>59</sup>. En el año 2016, durante el *ODR Forum*, se adoptó la declaración nombrada *Beijing Consensus*, en la que se concluyó, entre otros particulares, que había llegado el momento de concertar y comprometerse con un conjunto de principios éticos diseñados para desarrollar los ODR; y que la adopción de principios aumentaría aún más la confianza en los ODR y el comercio electrónico, avalando la oferta de procesos ODR de alta calidad<sup>60</sup>.

En armonía con la citada declaración de Beijing, y también en ese mismo año 2016, el NCTDR publicó los Principios éticos, bajo la coordinación la profesora Leah Wing.

---

<sup>56</sup> Respetando las particularidades de cada medio que se incluye en la concepción amplia de ODR.

<sup>57</sup> Por ejemplo, párrafo 48, numeral b) de las Notas técnicas: “se exija al tercero neutral que declare su imparcialidad e independencia y que informe en cualquier momento de todo hecho o circunstancia que pudiera suscitar dudas acerca de su imparcialidad o independencia;”. CNUDMI, *Notas técnicas...*: 9.

<sup>58</sup> El caso del sistema *eBay Dispute Resolution Center* es una muestra notoria. Poco después de la creación del NCTDR, eBay pidió al Centro que realizara un proyecto piloto de mediación en línea. Después de las pruebas, eBay estableció definitivamente el citado sistema ODR, el cual maneja millones de disputas al año. Ver más sobre el caso e-BAY, Luca Dal Pubele, “E-Bay Dispute Resolution and Revolution: An Investigation on a Successful ODR Model,” en *Collaborative Economy: Challenges and Opportunities*. (España: Huygens Editorial, 2018), 130-152. <https://perma.cc/V7A7-DH2S>

<sup>59</sup> Un ejemplo conocido de incorporación del trabajo del NCTDR, es el caso de la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). <https://www.icann.org/en/system/files/files/odr-standards-of-practice-en.pdf>

<sup>60</sup> University of International Business and Economics, “Consensus Reached on Value of ODR,” *ODR Forum 2016 Beijing* (septiembre 2016). <http://odr.info/odr-forum-2016-beijing-consensus-reached-on-value-of-odr/>



### *B. Alcance, objetivos y estructura de los principios éticos*

Como afirma Wing, los Principios éticos son un instrumento de Derecho transnacional sobre ODR<sup>61</sup>, que está constituido, tal como se aprecia en su “Preámbulo”, por un grupo de principios y valores compartidos, diseñados para ser tomados en cuenta frente al diseño, estructura, práctica e implementación de procesos ODR y, por ende, aumentar la calidad, efectividad y alcance de tales sistemas con componentes tecnológicos. Igualmente se lee, en esa parte introductoria, que los Principios éticos en su conjunto pueden proporcionar una piedra angular para las mejores prácticas, estándares, reglas, calificaciones y esfuerzos de certificación en la resolución de disputas y campos relacionados. De manera afín, resalta el llamado de atención a los prestadores de servicios ODR en general, respecto de que los Principios también pueden servir como punto de referencia para el desarrollo de sistemas, el uso y la integración de ODR en las instituciones existentes<sup>62</sup>.

La lista de los Principios está organizada siguiendo únicamente el orden alfabé-

tico de los mismos, y no otro parámetro, como podría ser su relevancia o especialidad. De tal forma, fueron concebidos como un “documento vivo” a los efectos de ofrecer durabilidad en el tiempo. Esto último, teniendo en cuenta la diversidad de perspectivas e intereses que rodean su ámbito de aplicación y la innovación constante de nuevas tecnologías que afectan los métodos en que se predicen, generan, enfrentan y gerencian los conflictos. La configuración del instrumento es lo suficientemente general y amplia como para ser utilizado en diferentes entornos, culturas y jurisdicciones<sup>63</sup>.

Los Principios éticos, incluyen, por ejemplo, referencias a la diferencia cultural y potenciales posiciones de poder o privilegios que pueden surgir en algunos actores en el ámbito de los mecanismos o procesos ODR. En este sentido, se explica que los Principios no pretenden ofrecer soluciones específicas a los problemas puntuales que tales contrastes pueden generar, pero sí pueden interesar para guiar el desarrollo de sistemas ODR, algoritmos, procesos, prácticas que reduzcan las posibles desigualdades y desequilibrios en el acceso

<sup>61</sup> Según Wing, los principios son un proyecto jurídico transnacional construido con aportes del sector académico, profesional, empresarial y gubernamental, así como con la participación de los usuarios. Leah Wing, “Ethical Principles for Online Dispute Resolution: A GPS Device for the Field,”: 17.

<sup>62</sup> Extractos traducidos del preámbulo de los Principios éticos. NCTDR, *Ethical Principles for Online Dispute Resolution*.

<sup>63</sup> Preámbulo de los Principios éticos. NCTDR, *Ethical Principles for Online Dispute Resolution*.

y desarrollo eficaz de la “justicia en línea”<sup>64</sup>.

En conclusión, los Principios éticos, de acuerdo con las consideraciones de sus promotores<sup>65</sup>, no reniegan la necesidad de crear reglas y patrones aplicables a los procesos y plataformas ODR (y por ende a los prestadores, integrantes y usuarios de las mismas). Todo lo contrario, defienden que futuras reglas serán más sólidas, eficientes y justas si toman en cuenta los Principios.

### C. *Enunciación de principios y otras consideraciones (principios éticos)*

El instrumento propone e identifica los principios de: accesibilidad, responsabilidad, competencia (capacitación), confidencialidad, empoderamiento, igualdad, justicia, honestidad, imparcialidad, participación informada, innovación, integración, obligación legal, neutralidad, protección contra daños, seguridad y transparencia. A su vez, cada uno de los diecisiete principios propuestos está acompañado de un breve desarrollo que, en nuestro criterio, no ayuda en todos los casos a aclarar su noción y alcance. Hemos estimado

inoficioso respecto del presente aporte, avanzar sobre esos contenidos, no solo por la razón antes expuesta, sino por otra más pragmática: la publicación de un segundo instrumento también de *soft law*, basado en los Principios éticos, a saber, los Estándares ICODR.

### D. *Los estándares ICODR*

Este posterior instrumento fue elaborado por el *International Council for Online Dispute Resolution* (ICODR), institución fundada en 2017 por los miembros del NCTDR, pero independiente de la Universidad de Massachusetts, con objetivos menos académicos y visión más global. Los Estándares ICODR sintetizan la ensanchada lista de los propuestos Principios éticos; y mejora notoriamente la explicación concreta de cada uno de ellos. Veamos de seguido el contenido de los Estándares ICODR<sup>66</sup>.

ICODR considera que los programas de resolución de disputas en línea (ODR) deben ser:

**Accesibles.** Los ODR deben ser de fácil manejo (búsqueda) y participación para las partes y no pueden limitar su derecho a representación.

<sup>64</sup> Leah Wing, “Ethical Principles for Online Dispute Resolution: A GPS Device for the Field,”: 16.

<sup>65</sup> Leah Wing, “Ethical Principles for Online Dispute Resolution: A GPS Device for the Field,”: 6.

<sup>66</sup> Este texto en español del instrumento es una traducción libre del autor del presente trabajo. El texto original en inglés se puede consultar en: ICODR, *Standards for Online Dispute Resolution*. ... <https://icodr.org/standards/>

Los ODR deben estar disponibles a través de canales móviles y de escritorio (multicanal), minimizar los costos para los participantes y ofrecer fácil acceso para personas con diferentes niveles de capacidad física.

**Responsables.** Los sistemas ODR deben mantenerse responsables ante las instituciones a las que le prestan servicios, y en el entorno de los marcos jurídicos y comunidades en las que sirven.

**Competentes.** Los proveedores de ODR tienen que contar con destacada experiencia en el ámbito de resolución de disputas, legal, ejecución técnica, idiomas y cultura, necesarios para brindar servicios efectivos y de calidad (competentes) en las áreas del mercado a las que se destinan. Los servicios de ODR deben ser oportunos y utilizar el tiempo de los participantes de manera eficiente.

**Confidenciales.** Los ODR deben mantener la confidencialidad de las comunicaciones de las partes de acuerdo con las políticas publicadas en relación con: a) quién podrá tener acceso y a qué datos, y b) cómo se pueden usar esos datos.

**Igualitarios.** Los ODR debe tratar a todos los participantes con respeto y

dignidad. Los ODR deben permitir que se escuchen voces a menudo silenciadas o marginadas, y garantizar que los privilegios y desventajas fuera de línea no se reproduzcan en los procesos ODR.

**Justos / imparciales / neutrales.**

Los ODR deben tratar a todas las partes por igual y respetar el debido proceso en línea, sin prejuicios o beneficios a favor o en contra de individuos, grupos o entidades. Los conflictos de intereses entre proveedores, participantes y administradores de sistemas ODR deben divulgarse antes del comienzo de los servicios de ODR.

**Legales.** Los ODR deben cumplir y respetar las leyes en todas las jurisdicciones relevantes.

**Seguros.** Los proveedores ODR deben asegurarse de que los datos recopilados y las comunicaciones entre las partes involucradas en ODR no se compartan con terceros no autorizados. Los usuarios deben ser informados de manera oportuna respecto de cualquier violación relacionada con dicha información.

**Transparentes.** Los proveedores ODR deben revelar expresamente y por adelantado a) la forma de los procesos y la ejecutabilidad de los resultados de resolución de dispu-

tas, y b) los riesgos y beneficios de la participación. Los datos en los ODR deben recopilarse, gestionarse y presentarse de una manera que se garantice que no se tergiversen o estén fuera de contexto.

En síntesis, se repiten, ahora como estándares, los Principios éticos NCTDR de accesibilidad, responsabilidad, competencia (capacitación), confidencialidad, igualdad, legalidad, seguridad y transparencia. Se integran en un solo estándar, los principios de justicia, imparcialidad y neutralidad, y se reconoce, además, en ese mismo estándar, otro principio de nítida relevancia, esto es, el debido proceso en línea. También se mantiene la noción de transparencia guiada por la revelación de información sobre los servicios ODR y la fiabilidad de los datos publicados. Finalmente, no se incluye expresamente dentro de los estándares al empoderamiento, la honestidad, la participación informada, la innovación, y la integración y protección contra daños.

## VII. ABA mejores prácticas para servicios ODR

### A. Antecedentes

En 1998, el *Committee on the Law of Cyberspace* de la *American Bar Association* (ABA), emprendió el llamado *Global Cyberspace Jurisdiction Project*. Dos años después, dicho Comité presentó un informe en el que, entre otras propuestas, sugirió el desarrollo de nuevas formas o métodos de solución de disputas en línea. En ese mismo sentido, se dejó constancia de las dificultades asociadas con las controversias que surgen en el ámbito del comercio electrónico, debido a que las “transacciones cibernéticas” no están vinculadas a una ubicación geográfica en particular<sup>67</sup>.

Con ese objetivo presente, en septiembre del año 2000, cinco Secciones de la ABA crearon el *Task Force and Advisory Committee on E-commerce and ADR* (en adelante, Grupo de Trabajo ABA), para que presentara propuestas de protocolos, guías o estándares que pudieran ser usados por partes de

---

<sup>67</sup> ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution / Shidler Center for Law, Commerce and Technology, University of Washington School of Law, “Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report,” *The Business Lawyer* 58, n°1 (2002): 415-477, esp. 421-422. [www.jstor.org/stable/40688128](http://www.jstor.org/stable/40688128).

transacciones en línea y por proveedores de servicios ODR<sup>68</sup>.

En agosto del año 2002, el Grupo de Trabajo ABA publicó, junto con el *Shidler Center for Law, Commerce and Technology* (Universidad de Washington), su Reporte final y las ABA Mejores prácticas. En cuanto a dicho Reporte final, resultan apreciables algunas de las afirmaciones realizadas por el referido Grupo, hace más de dos décadas, entre ellas, que la innovación tecnológica y el desarrollo de estándares interoperables ayudarían a facilitar el uso de ODR como instrumentos para solucionar conflictos transnacionales. Asimismo, sostuvo que el término ODR era relativamente nuevo, se aplicaba a controversias generadas en línea y fuera de línea, y que incluía entre muchos otros medios de solución de disputas, la mediación y el arbitraje<sup>69</sup>.

### *B. Objetivos y alcance de las ABA mejores prácticas*

Las ABA Mejores prácticas forman parte del grupo de instrumentos de *soft law* en el ámbito de los medios de solución de conflictos por vía electrónica. La lógica

de este instrumento está estrechamente relacionada con la información que los proveedores ODR deben proporcionar a los usuarios (adecuación y finalidad de los medios de divulgación). En ese encuadre, se dice que su objetivo principal es garantizar que los servicios ofrecidos por los proveedores ODR se presenten de un modo claro y comprensible, para lograr infundir confianza en el mercado de medios de solución de controversias en línea<sup>70</sup>.

El Grupo de Trabajo ABA expresó su deseo de que el instrumento se convirtiera, en relación con el objetivo principal antes señalado, en un punto de referencia para otras normas emergentes sobre ODR, tales como códigos de conducta, protocolos o similares. Asimismo, manifestó su aspiración en cuanto a que las ABA Mejores prácticas se reflejaran en la funcionalidad de los sitios *web* de los proveedores ODR y en los materiales informativos publicados por ellos<sup>71</sup>.

En el punto I de las ABA Mejores prácticas se estipulan una serie de precisiones sobre su alcance y enfoque. Junto a otras consideraciones, se señala que dichas recomendaciones están destinadas a: 1.

---

<sup>68</sup> ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution... "Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report," : 422.

<sup>69</sup> ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution... "Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report," : 434.

<sup>70</sup> ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution... "Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report," : 444.

<sup>71</sup> ABA Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution... "Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report," : 444-445.

proveedores de ODR (conexos con desacuerdos verificadas en línea o fuera de línea, pero idóneos para ser resueltas por esta vía); 2. personas que sirven como neutrales para los proveedores ODR; 3. clientes de esos servicios, sean empresas o consumidores; 4. comerciantes y otros participantes de mercados en línea. A su vez, en ese mismo punto I se aclara expresamente que estas prácticas recomendadas contienen muchos principios que son aplicables en las disputas B2B y B2C, aunque su vocación particular es servir de apoyo para aumentar la confianza de los consumidores en el uso de servicios ODR<sup>72</sup>.

### *C. Estructura y contenido de las ABA Mejores prácticas*

En los siguientes puntos, esto es, del II al XI, se describen y desarrollan las consideradas buenas o mejores prácticas para proveedores de servicios ODR. Las ABA Mejores prácticas, a pesar de haber

sido publicadas hace 18 años, preservan el interés de muchos<sup>73</sup>, razón por la cual nos permitimos compartir la siguiente traducción libre de su contenido<sup>74</sup>, exceptuando la parte introductoria y los comentarios agregados a cada una de las recomendaciones.

## **II. Transparencia y medios adecuados para proporcionar información**

**A.** Toda información o declaración, independientemente de su forma, debe comunicarse de forma precisa y completa; y presentarse de la manera más clara y sencilla, resaltando los puntos más importantes de manera visible. **B.** Toda información o declaración ofrecida electrónicamente debe emplear formatos reconocibles y accesibles. **C.** De toda información o declaración publicada en los sitios web de los proveedores ODR, no relacionada con casos individuales, debe ser posible su impresión y descarga electrónica. **D.** Si el proveedor

---

<sup>72</sup> ABA, *Recommended Best Practices for Online Dispute Resolution Service Providers*: 1-2. <http://invested.org/wp-content/uploads/2020/07/ABA-Best-Practices-for-ODR-Providers-2002.pdf>.

<sup>73</sup> Anwesha Bhattacharya, "The Best Ways to Resolve Contractual Disputes in E-commerce," *PM World Journal*, vol. VIII (octubre 2019). <https://pmworldjournal.com/>; Arno R. Lodder y John Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010): 36; Aura Esther Vilalta y Rosa Perez Martell, "ICTs and Online Dispute Resolution: Is this the Beginning of a New Professional Profile?," *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 2 (10 de mayo de 2015): 140. <https://ssrn.com/abstract=2914934>; Francesca Musiani, *Cyberhandshakes: How the Internet Challenges Dispute Resolution (...And Simplifies It)*, (euroEditions, 2009). <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01643270/document>; Robert J. Condlin, "Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab".

<sup>74</sup> Aun cuando es un instrumento ampliamente citado, no hallamos traducción al español del mismo. En tal sentido, la referida traducción fue realizada por el autor del presente trabajo.

ODR maneja un gran número de disputas B2C, los informes estadísticos periódicos deben publicarse en línea para permitir una evaluación significativa de los casos, siempre que se respete la confidencialidad de los participantes y de los procedimientos individuales. E. Con respecto a otras disputas, en particular las resueltas por medio de arbitraje, se debe alentar a los participantes a permitir que los laudos se publiquen, eliminando siempre cualquier información confidencial o protegida por el derecho de propiedad.

**III. Declaraciones básicas** - Los proveedores ODR deben divulgar, como mínimo, información relacionada con: A. Datos de contacto y de la organización. Esto incluye: 1. Una dirección postal, acompañada de la ubicación física; 2. Dirección de correo electrónico; y 3. Lugar de registro o incorporación. B. Términos y condiciones del servicio, y exoneraciones de responsabilidad. C. Explicación de los servicios ofrecidos, incluyendo servicios fuera de línea proporcionados (ADR): 1. Descripción de los tipos de servicios/procesos ofrecidos (e.g., mediación, arbitraje, evaluación neutral temprana, licitación a ciegos); 2. Normas de procedimiento

publicadas para todos los servicios/procesos prestados; 3. Naturaleza del resultado de cada servicio/proceso y sus consecuencias jurídicas (e.g., si son vinculantes o no para cada parte), y una explicación de posibles mecanismos de control (e.g. apelación); y 4. Si el proveedor ODR o algún neutral se dedica a servicios legales, tales como consultoría o representación de clientes, o es parte de firmas o despachos de abogados u otra organización que proporciona dichos servicios, se debe señalar los métodos utilizados para separar los servicios neutrales y los servicios legales y así evitar conflictos de intereses. D. Confirmación de que el procedimiento ODR cumplirá con las normas o estándares básicos del debido proceso, incluyendo (1) notificación adecuada de las partes; (2) oportunidad para que las partes sean escuchadas; (3) derecho de las partes a ser representadas o a consultar a un abogado en cualquier etapa del procedimiento; y (4) en los casos de arbitraje, una decisión objetiva basada en la información que consta registrada en el sistema. E. Cualquier requisito previo para acceder al servicio ODR, como la membresía, la ubicación geográfica o la residencia en un país (o estado de algún país) en particular. F. Cualquier

requisito de cuantía o valor mínimo de la disputa que pueda ser presentada al proveedor ODR para su resolución.

#### **IV. Uso de la tecnología y del entorno en línea para resolución de disputas**

Los proveedores ODR deben hacer:

A. Declaraciones específicas con respecto a la tecnología en uso, en especial sobre:

1. Requisitos de “hardware” y “software” para que los usuarios puedan utilizar el servicio del proveedor ODR.
2. Cualquier limitación para acceder a los sistemas ODR, tales como, horario de operatividad o métodos específicos para acceder.
3. Si se emplean sistemas que puedan adaptarse a las diferencias idiomáticas o culturales de las partes en disputa y, en caso afirmativo, cuáles son y cómo funcionan.
4. Cualquier herramienta técnica ofrecida para mejorar la eficacia del sistema/proceso ODR y, en caso afirmativo, cuáles son y cómo funcionan.
5. Si proporcionan herramientas técnicas para la accesibilidad de personas con discapacidad o con bajos niveles de alfabetización y, en caso afirmativo, cuáles son y cómo funcionan.
6. Si emplean mecanismos de seguridad para garantizar la identidad de los participantes y para preservar la con-

fidencialidad y privacidad de los mismos y, en caso afirmativo, cuáles son y cómo funcionan.

7. Si cuentan con herramientas de respaldo de datos y de acceso alternativo al sistema en casos de emergencia.

B. Declaraciones específicas relativas a la capacitación en el uso de sistemas en línea. Los proveedores ODR deben declarar:

1. Si instruyen a los potenciales participantes en los procedimientos en línea para ayudar a asegurar el acceso de todos los usuarios y, si es así, por qué medios (e.g. a través de la provisión de instrucciones, tutoriales, materiales de ayuda, y equipo de apoyo o soporte).
2. Si imparten formación a los neutrales en el uso del sistema ODR.
3. Si proporcionan capacitación a los neutrales para lograr la adaptación de sus habilidades al entorno en línea (como formación para ayudar a superar los desafíos de la comunicación en reuniones sin presencia física -cara a cara).

#### **V. Costos y financiamiento**

Los proveedores ODR deben declarar:

A. Todos los costos del proceso, así como qué fracción del costo le corresponde a cada parte, y los términos de pago.

B. En las disputas B2C, si no hay costo para el consumidor o si los costos están



subvencionados. En este último caso, su fuente de financiación. C. En las controversias B2B, si los costos no estarán a cargo de las partes por igual, y la explicación del método de distribución.

**VI. Imparcialidad** - Los proveedores ODR deben revelar todos los asuntos que podrían plantear una razonable duda sobre su imparcialidad o la de sus neutrales. Específicamente, deben revelar o declarar lo siguiente: A. Alguna relación con otras personas vinculadas a la prestación de servicios ODR. 1. Si prestan servicios ODR en virtud de una relación contractual con otras organizaciones, tales como, comerciantes, asociaciones comerciales, etc. 2. Si pagan alguna compensación por referencia (tarifas privilegiadas por referencia, reembolsos, comisiones, etc.) y, si es así: a) quién recibe el pago o beneficio, y b) el monto de dicha compensación o la base su cálculo. 3. Los proveedores ODR deberán tomar medidas razonables para hacer que un neutral revele si él o una persona estrechamente vinculada con él (e.g., cónyuge, pariente o socio comercial, etc.) tiene algún conflicto de intereses, incluidos, entre otros: a) Cualquier relación directa con una parte o su representante, sea perso-

nal, comercial, profesional o financiera; b) Cualquier interés directo o indirecto en el objeto o resultado de la disputa, incluyendo los acuerdos de honorarios condicionados o contingentes; y c) Cualquier información que él o el proveedor ODR tenga sobre hechos relevantes de la disputa. B. El proceso de selección de los neutrales: 1. Cómo se selecciona a las personas para formar parte del panel de neutrales elegibles para resolver disputas. 2. Cómo se selecciona un neutral para manejar una disputa en particular. 3. El proceso por el cual los neutrales están obligados a certificar que no tienen conflictos de interés y han divulgado todos los asuntos que razonablemente podrían afectar la imparcialidad con respecto a una disputa en particular. 4. Los procedimientos para la descalificación (recusación) de los neutrales. C. Normas éticas para los neutrales. 1. Identificar y/o hacer enlace a las reglas éticas a las que están obligados los neutrales.

**VII. Confidencialidad, privacidad y seguridad de la información** - Se debe prohibir a los proveedores ODR divulgar cualquier información de la identificación personal de las partes sin su consentimiento. Los proveedores ODR deben declarar:

A. Políticas de confidencialidad relativas a toda información sobre los participantes. 1. Sus propias políticas generales de privacidad. 2. Si son miembros de cualquier programa de certificación de privacidad o marca de confianza y, si es así, proporcione un enlace al programa. 3. Si la información del cliente puede ser divulgada por el proveedor ODR, y las circunstancias en las que puede hacerlo. 4. Si supervisa los procedimientos ODR que administra y están a cargo de neutrales y, bajo qué circunstancias. 5. Si revisa la información suministrada por los clientes como parte de un proceso de control de calidad, y quién lleva a cabo dicha revisión. 6. Si su sitio web utiliza medios tecnológicos para identificar a los participantes y/o hacerle seguimiento al comportamiento en línea de los mismo (e.g., “cookies” de sesión o persistentes, rastreadores, “gifs invisibles”, o similares), y si ofrecen la oportunidad de rechazar o dejar su uso. B. Confidencialidad con respecto a procedimientos específicos. 1. El alcance de la confidencialidad otorgada a los procedimientos ODR, incluidos los acuerdos resultantes de la mediación y las decisiones arbitrales, así como las reglas de protección frente a la divul-

gación. 2. Si se publicarán decisiones arbitrales, la forma y la localización de la publicación, y cualquier limitación de acceso a esa información (e.g. acceso solo para suscriptores o miembros). 3. Si los datos que puedan ser publicados no contendrán información de identificación personal. C.

Confidencialidad respecto de los participantes y de los procedimientos. 1. Políticas de conservación y retención de los expedientes o registros, en particular, aquellos relacionados con información de participantes que sean personas físicas, así como expedientes o registros de procedimientos específicos. 2. Qué protocolos o medios de seguridad se usa para todos los procesos en línea, particularmente frente a la potencial sustracción o divulgación de información proporcionada por los participantes, así como de información o documentos de procedimientos específicos. 3. Qué tipo de mecanismos de seguridad ha implementado para proteger la información de los participantes.

## VIII. Cualificaciones y obligaciones de los neutrales - A.

Responsabilidades. Los neutrales deberán: 1. Revelar todos los con-

flictos de intereses y actuar con imparcialidad e independencia; 2. Respetar las guías o reglas éticas aplicables en virtud de su jurisdicción y, cualquier otra regla impuesta por el proveedor ODR; 3. Actuar con celeridad y dirigir el proceso de forma efectiva; y, 4. Mantener comunicación con las partes. B. Cualificaciones profesionales. Los proveedores ODR deben declarar: 1. Las cualificaciones mínimas requeridas a una persona para que sea incluida en la lista de neutrales del proveedor ODR, así como como su nivel de educación, si debe ser abogado o no, su experiencia previa en ADR o similares. 2. Las cualificaciones profesionales (incluyendo capacitación en ADR, títulos o certificados, nivel de experiencia y áreas de especialización) de los neutrales. 3. Si proporcionan capacitación adicional para neutrales y el tipo de formación que brinda. 4. Si requieren que sus neutrales hayan recibido capacitación específica sobre los medios de solución de disputas en línea (y cómo difieren estos de los ADR presenciales), así como sobre la tecnología utilizada por ese proveedor ODR.

**IX. Responsabilidades de los proveedores ODR y los neutrales** - Los proveedores ODR deben declarar:

A. Responsabilidad de los neutrales. 1. Qué acciones emplean para exigir que los neutrales cumplan sus responsabilidades con celeridad, mantengan la comunicación con las partes y cumplan con las pautas éticas establecidas. 2. Si proporcionan un mecanismo para que los participantes presenten quejas por el incumplimiento de los neutrales de sus responsabilidades. 3. Si proporcionan un procedimiento de apelación para decisiones arbitrales dictadas por los neutrales. B. Responsabilidad de los proveedores ODR. 1. Si cumplen con las directrices o normas publicadas, tales como las marcas de confianza relevantes, y el texto completo (o enlace al mismo) de los requisitos de dichas directrices o marcas de confianza. 2. Si proporcionan un mecanismo para que los participantes presenten quejas relacionadas con los servicios ODR prestados, ante el mismo proveedor ODR o ante cualquier organización externa reconocida (como proveedores de marcas de confianza). 3. El porcentaje de casos en que las partes han manifestado estar satisfechas con el servicio ODR (siempre que se lleve un registro de dicha información).

**X. Ejecución** - Los proveedores ODR deben declarar: A. Si brindan

asistencia para hacer cumplir o ejecutar cualquier acuerdo, laudo o decisión alcanzada o dictada a través de un proceso ODR. B. Si cooperan con funcionarios públicos judiciales o policiales para que se puedan detectar y procesar casos de fraude.

#### **XI. Jurisdicción y ley aplicable -**

Los proveedores ODR deben revelar la jurisdicción donde se pueden presentar quejas o reclamos contra él, así como cualquier limitación relevante en el ámbito jurisdiccional.

Aunque en el texto del instrumento no se indica expresamente cuáles son los principios aplicables en las disputas B2B y B2C, se nota en su desarrollo manifestación de los siguientes: transparencia e información adecuada, en el sentido de declaraciones y divulgaciones oportunas de información (II; III.A y C; IV.A, entre muchas otras); accesibilidad (III.E y F; IV.A.2); confidencialidad, privacidad y seguridad de la información (II.E; IV.A.6 y 7; VII); debido proceso en línea (III.D); igualdad (IV.A.3 y 5); capacitación-cualificación (IV.B.1 al 3; VIII.B); imparcialidad (VI; VIII.A.1); celeridad (VIII.A.3; IX.A); efectividad (VIII.A.3); y responsabilidad (III.B; IX).

#### **VIII. Conclusiones**

El impulso en los últimos años de algunas tecnologías existentes y la irrupción

de otras nuevas generó, como efecto reflejo, el incremento a nivel global del uso de herramientas tecnológicas en los medios de solución de controversias y, por ende, el reimpulso del movimiento ODR. Si imaginamos gráficamente dicha situación, es indudable que la curva que pueda representar la interrelación entre la tecnología y esos medios (entre ellos, la mediación y el arbitraje), muestra a partir del segundo trimestre de este año 2020 una pendiente creciente pronunciada, producto del uso extendido de firmas y comunicaciones electrónicas (o digitales), así como de videoconferencias. Siguiendo esta idea, luce realmente difícil imaginar el futuro con un desmontaje de la instrumentalización de la tecnología en el ámbito de los servicios de solución de disputas (privados o públicos).

Sin embargo, los llamados de precaución sobre ciertos riesgos y peligros por la incorporación acelerada y a gran escala de herramientas tecnológicas en el entorno de los ODR se mantienen. Por ello, adherimos a la posición que considera importante el reconocimiento y uso de los instrumentos de Derecho transnacional que distinguen y desarrollan, entre otros aspectos, principios esenciales en el espacio de los servicios de resolución de conflictos híbridos o exclusivamente en línea. Los tres

instrumentos examinados en este trabajo toman posición sobre tales principios, por una parte, y por la otra, son el resultado de esfuerzos de organizaciones o instituciones de naturaleza diferente. Así, las Notas técnicas CNUDMI son producto de la labor coordinada por una organización gubernamental internacional; los Principios éticos y Estándares ICODR, representan los esfuerzos de dos instituciones cercanas al ámbito académico; y las ABA Mejores prácticas, son fruto del trabajo de una asociación de profesionales del derecho.

Dicho esto, resulta significativo identificar, como parte de estas conclusiones, las coincidencias máximas y medias de los tres instrumentos en relación con los principios (o estándares para el ICODR) en el campo de los ODR, manteniendo su concepción amplia. De ahí que, el máximo grado de coincidencia se comprueba respecto de los principios de: transparencia, capacitación, confidencialidad, imparcialidad, debido proceso e igualdad-equidad. Por su parte, los principios de accesibilidad, seguridad, responsabilidad y efectividad coinciden en un grado medio (dos instrumentos).

Este breve ejercicio de identificación y cotejo al cual nos hemos referido *supra* no es ni pretende ser un estudio de comparación funcional, que permitiría

profundizar sobre la definición, contenido y finalidad de todos los principios en cada uno de los instrumentos, más allá de su denominación.

A pesar de ello, consideramos importante reflexionar sobre algunos principios que tienen coincidencia máxima o media, como la transparencia, la capacitación (orientada al conocimiento tecnológico), la accesibilidad y la seguridad; ya que evidencian una relevancia diferente en el mundo de los servicios de solución de controversias en línea o por medios electrónicos y en el mundo de esos mismos servicios, pero fuera de línea o con uso disminuido de medios electrónicos. Esto nos obliga a concluir que, por ejemplo, en el caso del arbitraje comercial (tanto nacional como internacional), si permanece la migración generalizada a servicios híbridos o exclusivamente por medios electrónicos, veremos, no solo una escalada en el examen y discusión de tales principios, sino que los mismos se inferirán sumados a otros “tradicionales” como voluntariedad, autonomía del acuerdo, *kompetenz-*

*kompetenz*, inapelabilidad judicial<sup>75</sup>, entre otros.

En definitiva, el sismo tecnológico presenta riesgos, pero también ofrece oportunidades extraordinarias para crear, mejorar o reforzar la confianza en los ODR y renovar su valoración. Instrumentos como los analizados trazan, en nuestra opinión, un buen rumbo para lograr ese objetivo. Es oportuna la expresión reciente de Richard Susskind en cuanto a que: el gran poder de la tecnología reside en la transformación y no en la automatización<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Entendido como la imposibilidad de una amplia revisión de fondo del laudo (*finality*) por parte de los jueces estatales.

<sup>76</sup> Richard Susskind, "Covid-19 shutdown shows virtual courts work better," *Financial Times*, 07 de mayo de 2020. <https://www.ft.com/content/fb955fb0-8f79-11ea-bc44-dbf6756e871a>



# Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un Arbitraje Comercial

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias\*

---

Respecto de la Solicitud de Avocamiento presentada el pasado 20 de febrero de 2020 (la “Solicitud”) ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ”) de un procedimiento arbitral que cursaba ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (“CEDCA”), las autoridades académicas que constituyen el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) de la Universidad Monteávila, manifiestan su gran preocupación sobre las acciones que atentan contra la institución arbitral, la seguridad jurídica y el orden Constitucional en Venezuela.

Así, en consideración de que el 20 de febrero de 2020 la Sala Constitucional del TSJ ordenó (i) al CEDCA remitir el expediente original del Arbitraje; y (ii) suspender los actos del procedimiento arbitral, hasta tanto se decida definitivamente sobre la Solicitud.

Es reiterativo abundar sobre la constitucionalidad del arbitraje en Venezuela, su fortaleza y fundamento en la Ley de Arbitraje Comercial, así como su extraordinario desarrollo y fortalecimiento institucional a través de los Centros de Arbitraje, como también el invaluable aporte de una proba comunidad jurídica especializada en la materia. Esto ha sido posible, y no en vano, con la gracia coadyuvante del aporte de criterios jurisprudenciales pro-arbitraje emitidos de forma pacífica y reiterada por la Sala Constitucional del TSJ.

Debe recordarse que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley de Arbitraje Comercial venezolana otorgan al arbitraje carácter independiente que, si bien es parte del Sistema de Justicia, no se encuentra, en forma alguna, sometido a con-

---

\* Pronunciamiento del 15 de junio de 2020



trol ni vigilancia al Poder Judicial. Esto ha sido constante y pacíficamente reiterado por la jurisprudencia emanada del TSJ y demás tribunales venezolanos en lo que al arbitraje se refiere.

En el ejercicio de la independencia arbitral, aun siendo una jurisdicción que tiene cierto grado de relación con la jurisdicción estatal, no puede considerarse que está sometida en grado alguno por ningún vínculo jerárquico a ninguna otra jurisdicción; de forma tal, que la jurisdicción arbitral, bastándose a sí misma, solo está sometida a los parámetros impuestos por la ley y por las partes en virtud del acuerdo arbitral.

Por su parte, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina, la figura del avocamiento procede únicamente en casos excepcionales y, además, la facultad que tiene un tribunal de avocarse sobre un procedimiento en curso, procede solo cuando un tribunal jerárquico superior se avoca al conocimiento de un caso de un tribunal jerárquicamente inferior; jerarquía que no existe entre la jurisdicción ordinaria venezolana (que comprende al TSJ) y la jurisdicción arbitral, en tanto que esta última goza de total independencia.

Dados los innumerables precedentes emanados del TSJ tanto en materia de avocamiento y en materia de arbitraje, no existe ningún vínculo jurídico entre la figura del avocamiento y la jurisdicción arbitral; siendo además el único recurso en contra del arbitraje, permitido por Ley, el de la Nulidad del Laudo, argumento que además ha compartido el TSJ de forma pacífica.

En virtud de lo anterior, el CIERC tiene la convicción de que los criterios mantenidos, correctamente, por la jurisprudencia emanada del TSJ, serán ratificados de nuevo, salvaguardando de manera adecuada tanto los requisitos legales de procedencia del avocamiento, como la independencia de la jurisdicción arbitral.



# **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](mailto: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](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.