

Alexander Preziosi

**POR QUÉ LOS PARTICULARES UTILIZAN EL ARBITRAJE COMO VÍA PARA SOLUCIONAR SUS  
CONFLICTOS. CONSIDERACIONES GENERALES.**

**INTRODUCCIÓN.-**

Este trabajo contiene unas consideraciones generales, sobre las características del sistema de justicia proporcionado por el Estado, en comparación con los métodos privados de solución de controversias como el arbitraje. Más específicamente, se hace énfasis en los aspectos de los costos involucrados en uno y otro sistema, y los incentivos que tienen los particulares para escogerlos.

Sin embargo, dadas las limitaciones exigidas en el trabajo (entre ellas, un número de páginas no superior a 10), no se analizan ni desarrollan de manera exhaustiva todos los aspectos que este trabajo pudiese merecer. De hecho, un análisis más profundo podría involucrar encuestas, cifras, estadísticas de la cantidad de controversias que se resuelven por una y otra vía, y el tiempo que toman en cada una de ellas, así como una proposición de soluciones a las fallas encontradas.

En todo caso, creemos que las consideraciones generales que se hacen son totalmente válidas y, quizás, puedan resultar el punto de partida para un trabajo de investigación más amplio, como por ejemplo, una tesis de grado.

La Administración de Justicia es, sin duda, un bien público. Por un lado, su consumo por parte de una persona no deja menos cantidad de administración de justicia para que la consuma algún otro particular, y por otro, existe imposibilidad de exclusión, ya que además de las disposiciones constitucionales que establecen que todos tenemos derecho a acceder a la Administración de Justicia, los costos de exclusión serían muy elevados.

Por otro lado, el “financiamiento” de la Administración de Justicia, es realizado por toda la sociedad, a través del sistema impositivo. Recuérdese incluso, que bajo el imperio de la Constitución bolivariana se consagró la total gratuidad de la Administración de Justicia, eliminándose todos los aranceles judiciales que en el pasado se cobraban a aquéllos que hacían uso del sistema judicial.

Con base en estas premisas, podríamos intuir que todos los particulares tenemos grandes incentivos para utilizar el sistema judicial que nos proporciona el Estado. De una parte, es la principal vía “civilizada” que hemos encontrado para resolver las controversias que transaccionalmente no se pueden remediar; y de otra, es un bien público cuyo “precio” ya pagamos y al que podemos acceder sin ningún aparente impedimento.

No obstante lo anterior, los sistemas legales, y el venezolano no es una excepción, han previsto desde hace muchos años sistemas alternativos de resolución de controversias, o como otros lo han denominado, mecanismos de “justicia privada”.

Uno de estos mecanismos, y quizás el más conocido, es el arbitraje. De hecho, en Venezuela *“la figura del arbitraje es de larga tradición, por la influencia de la Colonia Española. Así, la Constitución del 24 de septiembre de 1830 disponía, en su artículo 190, que los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos. Desde el primer Código de Procedimiento –19 de marzo de 1837- hasta el vigente Código de Procedimiento Civil, el arbitraje ha sido regulado como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos”*.<sup>1</sup>

Pero no solo es que la figura del arbitraje es de larga data en nuestro ordenamiento jurídico, sino que además, en los últimos años, se ha hecho más frecuente y popular su uso, promulgándose al efecto una Ley de Arbitraje Comercial, publicada en el mes de abril del año 1998, y creándose al amparo de esta Ley, una serie de centros de arbitraje (a través de las Cámaras de Comercio), en los que diariamente se resuelven un número importante de conflictos entre particulares.

Es bueno precisar también, que aunque la justicia “privada” es de vieja data, no obstante la Ley ha limitado y sigue limitando las controversias que son susceptibles de resolverse a través de arbitraje, a aquellas de carácter eminentemente privado. Por ello la Ley de Arbitraje Comercial, repitiendo lo que ya establecía el Código de Procedimiento Civil, establece que quedan exceptuadas del sometimiento a arbitraje aquellas controversias que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, las que directamente

---

<sup>1</sup> Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial, Badell & Grau, Despacho de Abogados, Cuadernos Jurídicos, N° 1, pág. 4.

conciernen a las atribuciones o funciones del imperio del estado o de personas o entes de derechos público, las que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas, la relativa a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, y aquéllas sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme<sup>2</sup>.

### ¿Por qué las partes acuden al arbitraje?

Como antes dijimos, intuitivamente, pudiese pensarse que la justicia proporcionada por el Estado debería ser preferible a la justicia concertada entre particulares para ser aplicada por otros particulares, en vista de que a la primera se puede acceder fácilmente, sin incurrir en gastos adicionales para el financiamiento de la maquinaria judicial.

Aplicando los conocimientos suministrados en la Cátedra de Análisis Económico del Derecho, deberíamos presumir que cuando los particulares prefieren contractualmente (el arbitraje supone siempre un convenio escrito en el que se hayan acogido a una fórmula arbitral) someter sus controversias al arbitraje o justicia privada, en lugar que a la Administración de Justicia proporcionada por el sector público, es porque existen una serie de incentivos que vuelven, en término de costos, más atractiva la jurisdicción arbitral que la jurisdicción ordinaria.

Conforme al Teorema de Coase los “costos de transacción” tienen tres formas: costos de la búsqueda, costos del arreglo y costos de la ejecución. Conviene entonces aplicar estos conceptos para entender las razones por las que algunos particulares acuden a la jurisdicción arbitral.

---

<sup>2</sup> Ley de Arbitraje Comercial, artículo 3.

A) Costos de búsqueda:

En materia de costos de búsqueda, no encontramos mayores beneficios en la jurisdicción arbitral que en la jurisdicción ordinaria de Administración de Justicia. En ambos casos para acceder a uno u otro tipo de justicia, se debe incurrir en los costos de profesionales del derecho. Sin embargo, siendo la jurisdicción arbitral más especializada que la ordinaria, podría pensarse que incluso los abogados que generalmente el particular contrataría para litigar en la jurisdicción arbitral serían más especializados y por ende (probablemente) más costosos que el que se usaría para acudir a la jurisdicción ordinaria.

B) Costos del arreglo:

El sometimiento de una controversia al arbitraje, supone un acuerdo que debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos, que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje<sup>3</sup>. En consecuencia, cuando los particulares deciden someter su pleito a arbitraje, supone que incurran en una negociación, que genera costos y en la redacción de un convenio que también genera costos. Al contrario, para acceder a la jurisdicción ordinaria ni esta negociación ni este acuerdo son necesarios y basta la manifestación unilateral de voluntad de una parte que se crea vulnerada por otra, para que se ponga en marcha la actividad jurisdiccional.

C) Costos de la ejecución:

En primer lugar, no dudamos en afirmar que en la mayoría de los casos, los costos de la ejecución de una determinada vía de solución de controversias son

---

<sup>3</sup> Ley de Arbitraje Comercial, artículo 6.

mayores, cualitativa y cuantitativamente, que los costos de búsqueda y arreglo. Esto es especialmente cierto en la jurisdicción ordinaria, en la que como vimos antes, los costos de búsqueda son bajos, y los de arreglo son nulos. Por ello, es que consideramos que son los costos de ejecución los que fundamentalmente influenciarán de manera determinante la decisión que tomen los particulares.

En principio, la vía arbitral se ejecuta bien de manera privada o bien de manera institucional. Conforme a la primera posibilidad, los particulares sometidos en el conflicto escogen de mutuo acuerdo el procedimiento que desean seguir, el árbitro o árbitros que decidirán el asunto, los honorarios de estos últimos y el carácter o no definitivo del laudo (decisión) que sea tomada. De esta manera, ambas partes pueden medir, con un alto grado de precisión, los distintos costos tanto en tiempo como en dinero que tomará la resolución de sus controversias.

Pueden también las partes hacer uso del arbitraje institucional, es decir, aquél que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere la Ley de Arbitraje Comercial, o que fueren creados por otras leyes. Estos centros de arbitraje se encuentran básicamente en las cámaras de comercio existentes.

Cuando el arbitraje se realiza de manera institucional, como se dijo, se realiza a través de un centro de arbitraje. En estos casos, las partes se someten a las reglas de procedimiento del centro de arbitraje, los árbitros son escogidos por las partes de las listas que al efecto les proporciona el centro, el procedimiento, en principio, se rige por las reglas procedimentales previstas en el reglamento del centro al que se sometieron y, las tarifas de honorarios para árbitros y las tarifas de gastos administrativos, están establecidas en el Reglamento de Arbitraje del respectivo centro. Así, en este tipo de arbitraje suelen estar claras las reglas del

juego, y especialmente, los gastos en que incurrirán las partes durante el transcurso del arbitraje y el tiempo que tomará la solución de las controversias.

Otra característica importante, tanto del arbitraje independiente como del institucional, es que los procedimientos y los lapsos se cumplen, ya que es interés (incentivo) no sólo de las partes, sino incluso del propio árbitro, cuyos honorarios generalmente dependen de la publicación del laudo arbitral.

Como vemos, la característica fundamental de la solución de controversias a través del mecanismo arbitral, es que brinda a las partes seguridad y claridad sobre los costos de la controversia y el tiempo que ésta tomará, lo cual, evidentemente, también representa también un costo.

Por el contrario, el sistema de justicia ordinario, proporcionado por el sector público, tiene como característica fundamental la inseguridad e incertidumbre en que incurren los particulares al acceder al mismo.

Efectivamente, el sistema judicial en general, y en particular el sistema judicial venezolano, contempla un proceso en el que existen una serie de etapas preclusivas en las que las partes o el Tribunal deben cumplir ciertas tareas. En el caso de las partes, toca a ellas formular sus alegatos y presentar sus pruebas en los lapsos establecidos. Si ello no se hace en el plazo establecido, pierde la parte el derecho a oponer su defensa o a presentar su prueba. Como vemos, las partes están incentivadas a hacer sus alegatos o traer sus pruebas en el plazo correspondiente, ya que de lo contrario sufrirán el perjuicio de no poderlas presentar.

Pero, por el contrario, en el caso de las actuaciones correspondientes al tribunal (el juez) no contempla la Ley ninguna sanción (efectiva) por tomar

decisiones fuera del plazo legal, ni obtienen ningún beneficio poderoso por tomar la decisión dentro del plazo. En otras palabras, no existen incentivos para que el juez tome su decisión dentro del plazo previsto en la ley.

Por otro lado, el fácil acceso a la Administración de Justicia ordinaria, el bajo presupuesto que es asignado al poder judicial, y por ende los escasos recursos tecnológicos con los que cuenta, hacen que exista un gran número de causas para un número reducido de tribunales con escasos recursos ordinarios, que crean las condiciones para que se genere un gran retardo en la decisión de las controversias.

En síntesis, la falta de incentivo de los jueces para dictar sus decisiones en los plazos legales, sumado a la precariedad de los recursos del sistema y a la gran acumulación de causas, hacen que la solución de las controversias a través de la jurisdicción ordinaria, sea lenta e insegura.

Adicionalmente, no se puede obviar que en general, los árbitros, bien independientes, o bien adscritos a los centros de arbitraje, obtienen una remuneración mayor a la de un juez, lo que incentiva a que las personas que aspiren a obtener la condición de árbitros sean profesionales más calificados que aquellos que aspiran a ser jueces.

Como vemos, existen entonces una serie de incentivos que inclinan a los particulares a preferir la resolución de las controversias a través del sistema arbitral, en lugar de la justicia ordinaria, que en principio es gratuita pero que en realidad es lenta, ineficiente e insegura, y por lo tanto más costosa que la privada.



***Nota:* Este trabajo fue presentado por Alexander Preziosi para la cátedra “Análisis Económico del Derecho” cursada durante la Especialización en Gerencia Legal Corporativa, IESA, 2001.**