

# Negociación de cláusulas arbitrales

Luis Felipe Sorondo \*

Principia No. Especial 1-2025 pp. 145-163

---

**Resumen:** Este trabajo analiza la negociación de cláusulas arbitrales como un ejercicio estratégico, y no como una simple adopción de modelos estandarizados. Partiendo de que no existe un punto universal de eficiencia en la administración de justicia, sostiene que el diseño del convenio arbitral debe ajustarse a las necesidades concretas de las partes (tiempo, costos, operador, reglas, sede y ley aplicable). El estudio demuestra que una cláusula negociada puede optimizar el resultado del arbitraje y reducir patologías, ampliando la zona de regateo y la capacidad de las partes para capturar valor frente a la alternativa de cláusulas prefabricadas.

**Abstract:** This paper examines the negotiation of arbitration clauses as a strategic exercise, rather than the mere adoption of standardized templates. Starting from the premise that there is no universal point of efficiency in the administration of justice, it argues that the design of the arbitration agreement should be tailored to the parties' concrete needs (time, costs, decision-maker, rules, seat, and applicable law). The study shows that a negotiated clause can improve arbitral outcomes and reduce pathologies, by expanding the bargaining range and enhancing the parties' ability to capture value as compared to pre-drafted clauses.

**Palabras Claves:** Negociación de cláusulas arbitrales | Convenio arbitral | Eficiencia en la administración de justicia | Zona de regateo | Cláusulas patológicas

**Keywords:** Arbitration clause negotiation | Arbitration agreement | Efficiency in the administration of justice | Bargaining zone | Pathological arbitration clauses

---

\* Luis Felipe Sorondo es abogado egresado de la Universidad Monteávila, donde cursó el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje. Es Especialista en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y cuenta con un LL.M. en Dispute Resolution por la Universidad de Missouri.

## Sumario: I. Introducción, II. Formación de la voluntad, III. Negociar una cláusula, IV. Conclusiones

### I. Introducción

El arbitraje, como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, tiene su fundamento en el principio de voluntariedad de las partes, esto es, en la manifestación recíproca de voluntades aceptando el sometimiento de conflictos al foro arbitral. De este acuerdo de arbitraje puede dejarse evidencia en el marco de un contrato continente, o a través de un contrato que exclusivamente regule las características del arbitraje.

Normalmente, para redactar los convenios arbitrales, las partes acuden a modelos prefabricados por cámaras o centros de arbitraje que buscan, esencialmente, (i) facilitar un formato elaborado por expertos y que reduce las probabilidades de que la cláusula que elaboren las partes padezca alguna patología que impida su ejecución o despoje de validez su contenido, y (ii) atraer a un determinado centro, la administración y resolución del conflicto; y si bien, ordinariamente, estos modelos cumplen con su objetivo, se ha abandonado la práctica de evaluar las características de un convenio arbitral desde la perspectiva de la negociación de un acuerdo de esta naturaleza.

Como con cualquier contrato o –cláusula contractual–, las partes disponen de, y emplean, herramientas para conseguir un mejor resultado en su acuerdo. Estas partes apelan a técnicas y estrategias de negociación con las que procuran

conseguir un mejor precio, mejores tiempos de entrega, mejor distribución de responsabilidades y de riesgos, en definitiva, un mejor negocio. Las cláusulas arbitrales entran dentro de esta gama de elementos contractuales que, dependiendo de las técnicas de negociación, pueden resultar más favorables o menos favorables para las partes. Esto queda en evidencia cuando consideramos:

(i) que los convenios, en sí mismos, requieren de aprobación por ambas partes –lo que implica que cualquiera de ellas considera que aceptable, rentable, o, en definitiva, acorde a sus intereses, el contenido del convenio; y

(ii) incluso los modelos prefabricados dejan a elección de las partes elementos como el número de árbitros, el derecho aplicable, la cantidad y naturaleza de conflictos cubiertos por la cláusula, la administración del arbitraje (*i.e.* institucional o *ad hoc*), entre otros—lo que implica que son variables que se determinan a partir del mejor interés de cada parte.

El propósito del presente trabajo de investigación consiste en explorar los elementos negociables del convenio arbitral tanto durante la formación de la voluntad para acudir a arbitraje –esto es, antes de que ambas partes estén de acuerdo en derogar la jurisdicción estatal en función de la arbitral– como durante la redacción del convenio propiamente, incluyendo los puntos revisados

en el párrafo anterior. En este sentido, anticipamos que el resultado de la investigación será que el impacto de una cláusula arbitral negociada es distinto al impacto de una cláusula contractual adoptada a partir de un modelo sin evaluar detenidamente cada uno de sus elementos.

## II. Formación de la voluntad para acudir a arbitraje

En una sociedad con una dinámica acelerada, con circunstancias contingentes, y donde las facilidades de conexión cimentan las bases para la abundancia de interacciones sociales, se despierta en las personas la necesidad de proteger sus intereses y de conseguir mecanismos que garanticen dicha protección, en el marco de sus interacciones. Por ello, con la modernización del Estado, es común ver que las sociedades hayan monopolizado la administración de la justicia buscando que el ente administrador esté regulado con limitaciones y controles que aseguren imparcialidad en la toma de decisiones.

No obstante lo anterior, es comúnmente aceptado en los foros académicos de economía el hecho de que los monopolios son, en sí mismos, una falla de mercado<sup>1</sup>, entendida esta como el o los eventos que impiden que las condiciones de mercado mantengan como “deseable” una activi-

dad o detengan lo “indeseable” de una actividad<sup>2</sup>.

Cruzando estas dos premisas, la inferencia lógica que podemos concluir es que la monopolización de la administración de justicia —como actividad deseada— hace insostenible los elementos, atractivos para la sociedad, de la participación de justicia. Con la monopolización de la administración pueden verse comprometidos elementos como costos, tiempos, calidad, etc. Elementos que son propios de la administración de justicia, antes que de la justicia en sí misma.

A propósito de esto, podemos evaluar dos instituciones: la justicia, propiamente hablando, y los mecanismos para administrarla. La justicia, por una parte, tiene por objeto darle a cada persona lo que le corresponde o aquello a lo que tiene derecho; mientras que su administración, como institución organizada en pro de la correcta “entrega” de lo que le corresponde a cada quien, tiene como elemento deseable la materialización de dicha “entrega”. Esta institución está tan íntimamente ligada al objeto administrado—la justicia— que su ineficiencia despoja de la cualidad “deseable” a la jus-

<sup>1</sup> Francis M. Bator, “The Anatomy of Market Failure,” *The Quarterly Journal of Economics* 72, no. 3 (1958); y Steven G. Medema, “Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure,” *History of Political Economy* 36, no. 4 (2004)

<sup>2</sup> Bator, “The Anatomy of Market Failure”; y Medema, “Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure”, Refiriéndose, indiscriminadamente, por “actividad” como “consumo” o “producción”.

ticia<sup>3</sup>. En otras palabras, sin una administración eficaz, no hay justicia.

Ahora, el objeto de ambas instituciones es tan dinámico como la sociedad en la que vivimos. Cada circunstancia requiere de una evaluación que, por un lado, tome en cuenta principios universales, y, por otro lado, tome en cuenta las particularidades de cada caso, sin sacrificar aspectos esenciales para la satisfacción de la administración de justicia, en pro de cumplir con formalidades procesales, aliviar la carga de trabajo u otros motivos. En definitiva, la justicia y la administración de justicia deben responder a las necesidades de las partes que la solicitan.

¿Pero cómo se configuran los elementos de la administración de justicia de manera que responda a las necesidades de quienes la solicitan? ¿Qué, en definitiva, hace atractivo uno u otro mecanismo de administración de justicia?

Si partimos de la premisa que la necesidad de justicia y la justicia, propiamente, tienen varias dimensiones (*i.e.* distributiva, restaurativa, procesal, conmutativa, etc.) podemos sostener que existen elementos característicos de cada una para poder satisfacer la necesidad o administrar la justicia. Mal podríamos considerar justicia, para aquel quien solicita el reparo de un bien jurídico lesionado (justi-

cia restaurativa), el reconocimiento de los mismos derechos que su contraparte (justicia conmutativa). Sobre esta conclusión podemos erigir la idea que la administración de justicia debe ajustarse al tipo de necesidad que presenta el solicitante, sin embargo, esto no es incompatible con que existan elementos categóricos comunes a todas las necesidades y que influyen sobre la eficiencia de la administración, tales como: (i) el tiempo, (ii) los costos asociados, (iii) el operador (o quien materialmente se encarga de administrar la justicia), (iv) las reglas y/o condiciones y (v) la administración.

Así, haciendo un ejercicio comparativo de lo que cada mecanismo de administración de justicia ofrece en cada categoría (*i.e.* más o menos tiempo, más o menos costos, la experticia de uno u otro operador, y tal o cual regla para conducir el proceso o para juzgar el fondo) conseguimos una primera aproximación a la determinación de qué es más atractivo. No obstante, el ejercicio que queda pendiente es contrastarlo con las necesidades del solicitante, es decir, ¿es necesariamente mejor para todos los solicitantes de justicia menos tiempo, menos costo, el mismo operador y/o las mismas reglas? ¿Existe un punto de eficiencia universal en la administración de justicia? ¿O es que, acaso, la eficiencia depende de la necesidad?

---

<sup>3</sup> No en vano el aforismo “Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”, atribuida al filósofo Séneca, ha adquirido tanta popularidad. En esta máxima se oculta, como elemento esencial para la administración eficaz de la justicia, el tiempo asociado para la materialización o “entrega” de la justicia propiamente.

Apegándonos al carácter circunstancial de las interacciones sociales, esto es, a la característica de contingente y relativa que cada interacción social comporta, podemos respondernos diciendo que no existe un punto universal de eficiencia sino que la eficiencia de la administración dependerá de la consideración que éste —el mecanismo de administración— haga de las características del caso en concreto.

Consideremos el siguiente ejemplo: un individuo (“A”) ocasionó un daño a otro (“B”). B dispone de tres alternativas: (i) tomar la “justicia” por su mano; (ii) negociar y llegar a un acuerdo con A para que este repare el daño que ocasionó y satisfaga el resto de los intereses de B a propósito del daño ocasionado; o (iii) acudir a los mecanismos jurisdiccionales. Cada una de estas alternativas son mecanismos que pueden, o no, ser eficientes para la satisfacción del interés de B. Las variantes comunes a cada alternativa también pueden arrojar resultados diferentes. Quizá tomar la “justicia” por propia mano sea el medio más rápido, aunque negociar un acuerdo sea el más beneficioso y acudir a los mecanismos jurisdiccionales sea el más seguro. Profundizando un poco más, tenemos, a su vez, dos sub alternativas en el tercer supuesto: mecanismos jurisdiccionales es-

tatales o mecanismos jurisdiccionales privados.

En este punto, el solicitante de justicia debe hacer un análisis costo-beneficio contrastando las bondades de cada alternativa (y sub alternativa, según aplique) unas con otras para llegar al mecanismo más apropiado.

### III. Negociar una cláusula arbitral

Habiendo determinado que la mejor opción es acudir al foro arbitral, el solicitante aún tiene campo para mejorar el resultado de la administración de justicia. La racionalización del uso del tiempo, la elección de los árbitros, la determinación de las leyes aplicables o, en definitiva, entender cada variante<sup>4</sup>, tiene un impacto significativo en el resultado del proceso arbitral. Una cláusula arbitral bien diseñada no solamente sirve para conducir el proceso arbitral, sino para obtener un resultado justo<sup>5</sup> (deseable).

En el diseño de una cláusula arbitral, una investigación diligente apoyará el desarrollo de esta, asegurando que los derechos y responsabilidades de cada parte estén claramente delineados<sup>6</sup>. Estas partes tienen interés en conseguir un mejor resultado al someter sus conflictos al arbitraje, cada parte querrá proteger y satisfacer sus intereses aprovechando los espacios que puedan conquistar (o lo que es igual: las variables comunes a los

<sup>4</sup> Davy Karkason, *Arbitration Clauses: A Negotiation Guide* (s. l.: s. e., s. f.), “Crafting Compelling Arbitration Clauses for Success,”.

<sup>5</sup> Karkason, “Crafting Compelling Arbitration Clauses for Success”.

<sup>6</sup> Karkason, “Crafting Compelling Arbitration Clauses for Success”.

mecanismos de administración de justicia). La clave para alcanzarlo es una buena negociación.

La negociación es un proceso interactivo de comunicación donde dos o más partes, que poseen interés en un mismo objeto del cual carecen, intentan coordinar sus conductas o asignan recursos de una manera tal que los ubique en una mejor posición a aquella en la que estuvieran si actuaran solos (o no negociaran)<sup>7</sup>. El éxito de la negociación dependerá de las habilidades, técnicas y estrategias que cada parte emplee, por lo que debe planificar el encuentro con su(s) contraparte(s).

Un buen plan de negociación requiere que se tome en consideración lo siguiente:

- i. Fijar sus objetivos con el encuentro, entendiendo la importancia y alcance de cada objetivo y fijando prioridades para los mismos;
- ii. Hacer el mejor estimado de la opinión de la contraparte sobre sus objetivos y sobre los objetivos de dicha contraparte, anticipando qué buscará;
- iii. Entender las fortalezas y debilidades de su posición así como los de su contraparte;

- iv. Identificar las áreas en las que sus intereses, posturas e incluso problemas se solapan;
- v. Desarrollar un plan conversacional, identificando dónde necesitan que comience la discusión, cómo pueden construir un ambiente de colaboración que facilite el campo para llegar a acuerdos; y
- vi. Proponer el mejor foro para la discusión. Sea en persona o sea a través de videoconferencias<sup>8</sup>.

Contrastando cada variable del proceso arbitral con esta propuesta de plan para definir una estrategia de negociación, el interesado primero debe determinar qué elemento del proceso tiene prioridad (*i.e.* tiempo, dinero, operador, administración, ley aplicable) y determinar su objetivo, para luego estimar los de su contraparte. Posterior a ello, podría compararlos según el cuadro que se ilustra anexo “A”.

Con este cruce de información, es evidente que A se considera en una posición de dominio que lo apalancará para conseguir lo que necesita. No obstante, aún debe negociar y para poder implementar su estrategia primero debe:

- i. Determinar si existe una zona de regateo —es decir, si es posible alcanzar un acuerdo que sea beneficioso para ambos— e identificar la gama de posibles acuerdos, o lo

<sup>7</sup> Russell Korobkin, \*Negotiation: Theory and Strategy\* (New York: Aspen Publishers, 2009).

<sup>8</sup> Erin Gleason, “Negotiation in the Context of Arbitration,” *Wolters Kluwer Arbitration Blog*, 2019.

- que es igual, todas las combinaciones que pueden existir entre concesiones;
- ii. Enfocar el punto de atención de la negociación de manera que conduzca a ambas partes de que su mejor opción es negociar en lugar de actuar solos; y
  - iii. Emplear técnicas de negociación que le permitan capturar parte o la totalidad de los beneficios que ofrece la zona de regateo—sin que ello implique necesariamente un mal negocio para la contraparte<sup>9</sup>.

En este punto es cuestión de que A planifique una estrategia dirigida a alcanzar su objetivo. Dicha estrategia puede involucrar: realizar “concesiones” para persuadir a su contraparte sobre los espacios que está dejando de ocupar o apoyarse en la presión económica. El éxito dependerá de la persuasión y capacidad de conducción de la negociación que, en este ejemplo particular, A tenga.

Por su parte, el panorama de B podría ser el que se muestra en el cuadro “B”.

Podemos observar que los objetivos de B en buena parte fueron atinados por la apreciación hipotética que hiciera A en nuestro ejemplo. Ahora, B podría apoyarse en el desconocimiento que A posee de la capacidad de B para costear altos honorarios, independientemente de su indisposición para ello. Así, la estrategia de B podría ser no ceder ante la presión

económica que pretenda ejercer A pero sugerir que se modifiquen los lapsos que manejan normalmente los centros de arbitraje de manera que le resulte también atractivo para A acudir a la administración institucionalizada del proceso.

En definitiva, el resultado se definirá a partir de la mejor capacidad de una de las partes. En nuestra opinión, el mejor resultado al que podrían llegar A y B en este ejemplo (y en términos *paretianos*) con información limitada, es el siguiente: el interés de A es inmediatez, mientras que el de B es experiencia y buena conducción del proceso. A y B deben acordar el nombramiento de un árbitro experimentado, adoptar las reglas de un centro y modificar los lapsos del proceso de manera que ambos satisfacen su interés.

Evaluemos ahora una cláusula concreta, realizada por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela (“CEDCA”) y que, además, es de tipo escalonada. La cláusula modelo establece:

Cualquier controversia que guarde relación directa o indirecta con este contrato, será resuelta en conciliación, por un conciliador, de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA. En caso de que la conciliación no prospere, la controversia será decidida definitivamente mediante arbitraje de [derecho] [equidad], de conformidad con las leyes [que las partes determinen], en [la ciudad y sede que determinen las partes], en idioma [que acuerden las partes], de conformidad con el Reglamento de Concilia-

<sup>9</sup> Russell Korobkin, *Negotiation: Theory and Strategy*.

ción y Arbitraje del CEDCA, por [un árbitro] [tres árbitros] nombrados conforme a ese Reglamento. Los árbitros [podrán] [no podrán] dictar medidas cautelares, [inclusive antes de que quede constituido el Tribunal Arbitral que conocerá el fondo de la controversia]. El Laudo arbitral [será] [no será] motivado y [será] [no será] objeto de la presentación previa prevista en el Reglamento.

En primer lugar, esta cláusula sirve a las partes con dos fases, es decir, procesos distintos, probablemente operadores distintos, lapsos diferentes, motivaciones distintas e incluso obligatoriedad diferente en lo que a adoptar las decisiones se refiere. No obstante, cumple su propósito filtrando un conflicto de llegar al foro arbitral, asistiendo a las partes para que lleguen a un acuerdo amistoso. Esta fase se caracteriza por ofrecer a las partes un tercero (conciliador) experto quien procurará orientarlas en alcanzar una solución que, en la mejor medida posible, satisfaga sus intereses<sup>10</sup>. Naturalmente, el resultado de este medio es distinto al de un arbitraje pues no es el tercero quien impone una decisión, sino que son las partes quienes llegan a un acuerdo, de haberlo.

Este filtro al foro arbitral tiene un impacto importante en el momento de la formación de la voluntad de acudir a los medios alternativos de resolución de

controversias. Su inclusión en una cláusula arbitral y eventual ejecución supondrán para las partes tiempo y dinero. Estos dos componentes crean zona de regateo para los negociadores y amplían la gama de acuerdos a los que las partes pueden llegar. Su inclusión en un acuerdo arbitral deberá responder a preguntas cómo: ¿qué tipo de conflicto puede presentarse? ¿cuál es la disposición de las partes a resolver amistosamente sus controversias? ¿cuánto tiempo están dispuestas a esperar por un resultado, incluso, si la conciliación no cumple su objetivo? ¿cuál es el poder económico de las partes?

Un buen negociador identificará rápidamente si los conflictos que pueden presentarse tienen más probabilidades de versar sobre aspectos complejos o sencillos de un contrato (tipo de conflicto); si tales conflictos pueden despertar emociones en las partes que impidan racionalizar sus actitudes y toma de decisiones para alcanzar un acuerdo (disposición de las partes a una solución amistosa); si la conciliación es un medio eficiente para conflictos de una determinada naturaleza (disposición a esperar); si la conciliación es un paso verdaderamente necesario o si puede dispensarse en función de los intereses económicos de las partes (poder económico).

---

<sup>10</sup> La Guía del Conciliador del CEDCA ofrece la siguiente definición: “El procedimiento de conciliación consiste en una reunión donde participan dos o más partes en conflicto y un tercero neutral con amplia experiencia en la materia objeto de la disputa, denominado Conciliador, quien ayuda al restablecimiento de la comunicación entre las partes, favoreciendo así la obtención de un acuerdo mutuamente beneficioso que ponga fin a la controversia. Se trata de un procedimiento privado y confidencial.”

Con base en esto, el buen negociador generará un perfil de tolerancia y de intereses de sí mismo (o su representado) y de su contraparte y empleará herramientas de negociación para incluir una fase conciliatoria o no, en un acuerdo arbitral escalonado.

En segundo lugar, este modelo de cláusula arbitral arroja múltiples variantes para que las partes las definan en función de sus intereses: (i) arbitraje de derecho o equidad; (ii) con base en el derecho de un determinado país; (iii) cuyo proceso sea conducido en un determinado lugar, ciudad o sede; (iv) en el idioma que prefieran las partes; (v) de conformidad con el reglamento del CEDCA; (vi) compuesto por un determinado número de árbitros (uno o tres); (vii) que podrán o no dictar medidas cautelares; (viii) aún antes de constituirse el tribunal arbitral; (ix) que tendrán o no la obligación de motivar el laudo; y (x) que tendrán o no la obligación de presentarle a las partes el laudo antes de su publicación.

Cada una de estas variables, igualmente, tienen un impacto significativo en la toma de la decisión de acudir a arbitraje o no y, de hacerlo, cómo quieren las partes que dicho proceso sea conducido y, en consecuencia, generan zona de regateo.

Nuevamente, un buen negociador identificará rápidamente las consecuencias de cada variable y generará un perfil de tolerancia y de intereses de sí mismo (o de su representado) así como el de su contraparte para descubrir cuál es el

acuerdo más beneficioso para sí (o su representado) y/o cuál es el acuerdo en el que ambas partes no pueden estar en una mejor posición sin perjudicar a la de su contraparte.

Cruzando las dos fases de este modelo de cláusula arbitral propuesto por el CEDCA podemos desarrollar el siguiente ejemplo:

A y B firmaron un contrato de transporte de personal en donde A necesita que sus empleados lleguen de sus respectivos domicilios a sus lugares de trabajo en un determinado tiempo y B ofrece vehículos ejecutivos dispuestos para el transporte de personal. Existen tres puntos para recoger y dejar al personal; dos de ellos quedan en la ciudad y el tercero queda a las afueras de esta; la hora de recogida es a las 7:00 A.M. para llegar a las 8:00 A.M. al lugar de trabajo y la hora de salida es a las 6:00 P.M. para arribar al destino de devolución a las 7:00 P.M.; B cobrará un monto fijo por los tres vehículos de transporte; A recibirá y despedirá a sus empleados en la entrada del lugar de trabajo puntualmente los días de trabajo. Las partes omitieron incluir una cláusula arbitral.

Ahora, durante la ejecución del contrato se hizo costumbre que el tráfico en la ciudad impidiera que el vehículo que transporta al grupo que se encuentra a las afueras de la ciudad pudiera llegar a las 8:00 A.M. sufriendo retrasos de varios minutos. Esta situación afecta el rendi-

miento de los trabajadores e impacta los resultados del negocio de A.

Ante la inconformidad que A posee con la ejecución del contrato decide abordar a B, quien se excusa en que el tráfico de la ciudad es un factor que escapa de su control y no puede justificar un incumplimiento de contrato.

En este conflicto podemos observar que hay una parte que exige cumplimiento del contrato y hay otra que, si bien reconoce que los extremos del contrato no están siendo satisfechos, advierte que no es una situación que pueda controlar y mal podría atribuírsele culpa por incumplimiento del contrato. Ambas partes quieren solventar la situación. Veamos cómo puede abordarse este conflicto.

- Perfil de A – Esta parte desea que sus empleados lleguen a tiempo a su lugar de trabajo. Dado que su negocio se está viendo afectado por el rendimiento de sus trabajadores, preferiría no incurrir en altos honorarios para resolver el conflicto, sin embargo, la necesidad de una solución vinculante e inmediata predomina y, de ser necesario, optaría por acudir a arbitraje.
- Perfil de B – Reconoce que hay una irregularidad en la ejecución del contrato. Quiere solventar la situación para continuar prestando el servicio pues es su única fuente de ingresos. Considera que existen formas amigables de resolver el

conflicto. No está dispuesto a incurrir en altos honorarios.

Como primera aproximación, las partes deben explorar la voluntad de su contraparte de derogar la jurisdicción estatal en favor de un medio alternativo para la resolución del conflicto. Una vez determinado que lo que ofrecen los órganos estatales de administración de justicia no se ajusta a sus intereses, deben explorar la idea de cuál es el mecanismo alternativo idóneo.

Desde el punto de vista de B, quien considera que existen medios para llegar a un acuerdo amistoso pues admite que existe una irregularidad, debe persuadir a A que basta apoyarse en un tercero–conciliador–que los orientará y ofrecerá perspectivas diferentes e incluso podrá sugerir cambios en la dinámica de la ejecución del contrato.

Desde el punto de vista de A, la situación es diferente. A necesita que el contrato se ejecute tal y como fue pactado, no quiere que su negocio siga siendo afectado y preferiría acudir a arbitraje para conseguir una decisión que pueda ejecutar contra B o conseguir un resarcimiento, de ser necesario. No obstante, para A, esto no significa que no esté abierto a explorar opciones, todo en la medida que satisfaga sus intereses.

Recurramos al cuadro “C” con las apreciaciones de las partes.

Observamos cómo A prefiere acudir a la sede arbitral sin una fase previa, ha defi-

nido sus objetivos, entiende que las flaquezas de sus objetivos residen en que, de no llegar a acuerdo alguno sobre cómo resolver el conflicto (*i.e.* foro arbitral vs conciliación) podrá costarle más tiempo y dinero en sede jurisdiccional (*i.e.* órganos estatales) y su negocio seguirá estando afectado; estima que debe negociar con B.

Para definir una estrategia, A primero determina su zona de regateo. De conformidad con su estimación, B prefiere acudir a una fase conciliatoria motivado en que considera que puede convencer a A de llegar a un acuerdo amistoso. La idea de B es dispensar del foro arbitral porque puede proponer ideas de arreglo.

Así, la zona de regateo de A para convencer a B sería: (i) aceptar que B prepare las ideas que considera servirán como arreglo para ambos; y (ii) ceder en las variantes de la cláusula arbitral que A estima coinciden con sus objetivos.

La estrategia, entonces, sería: (i) persuadir a B de que la fase conciliatoria sólo costará tiempo y dinero siendo aún necesaria la fase arbitral; (ii) convencer a B de acudir a la fase arbitral y que, habiendo cedido en la presentación previa que el CEDCA hace del laudo a las partes, la decisión del árbitro tiene oportunidades de mejora, negociarían cualquiera de las ideas que B proponga como arreglo amistoso; y (iii) convencer a B que A está efectivamente cediendo en variantes (aún en aquellas que en realidad coincide con sus

objetivos). Si A convence a B de estas intenciones, e incluso, mantiene a su favor las variantes en que no coinciden (*i.e.* Administración y medidas cautelares), no sólo conseguiría su objetivo principal (*i.e.* dispensar de la fase conciliatoria y acudir directamente al fuero arbitral) sino que, además, habría capturado la mayor ganancia de la zona de regateo, consiguiendo, para sí, el mejor acuerdo posible.

Evaluemos ahora la apreciación de B, en el cuadro. “D”.

Desde la perspectiva de B, quien apuesta sus recursos a conseguir una solución en la fase conciliatoria, la zona de regateo y la estrategia son diferentes. B entiende que la mayor debilidad de su posición es que cualquier error en sus cálculos sobre el resultado de la fase conciliatoria, lo llevará a quedarse sin recursos para acudir al foro arbitral y que los órganos estatales aún no podrán asistirlo en sus necesidades; un riesgo que, aunque alto, está dispuesto a asumir.

La estimación de B define su zona de regateo y estrategia de la siguiente manera: (i) si bien es cierto que la fase conciliatoria está compuesta por etapas que define el conciliador y con las que, naturalmente, tomará tiempo llegar a una solución, no es menos cierto que las etapas procesales del arbitraje extenderán la obtención de un resultado (presentación de la demanda, notificaciones, aporte y valoración de las pruebas, toma de decisión, redacción del laudo, presentación

previa a las partes, etc.); (ii) la experiencia del conciliador será igual valiosa para conseguir un acuerdo; (iii) persuadir a A para que acepte las propuestas que B posee sobre cómo solucionar el conflicto (*i.e.* variando las rutas, cambiando el precio, fijando nuevos horarios, etc.)

El objetivo de B es conseguir que A decida acudir exclusivamente a conciliación sin que exista mayor zona de regateo relacionada exclusivamente con esta fase. Ahora, la segunda mejor opción de B sería acudir a arbitraje, donde sí existe zona de regateo y donde sí se puede mejorar su posición ante la eventual decisión de acudir a arbitraje.

Finalmente, de estos ejemplos podemos apreciar que la negociación de una cláusula arbitral tendrá siempre un impacto diferente a la adopción de un modelo prefabricado en el que las partes no reparan en las variantes que la cláusula trae, de ser el caso (a propósito de las cláusulas que sólo contemplan la voluntad de las partes de acudir a arbitraje).

Si tomamos como ejemplo la cláusula básica de arbitraje ofrecida por el CEDCA, la cual va de la siguiente manera:

Cualquier controversia que guarde relación directa o indirecta con este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA

Notaremos que, aunque cumple su propósito de llevar a las partes al foro arbitral, deja muchas incógnitas pendientes

por responder y que serían resueltas, en última instancia, por el centro de arbitraje y su reglamento, sin tomar en consideración las necesidades de las partes. En otras palabras, la aproximación a las variantes de la cláusula sería a partir del conflicto, es decir, una vez existen intereses contrapuestos, y no a partir de la planificación, en donde se pueden prever escenarios y descubrir qué, en definitiva, necesitan las partes en su eventual proceso arbitral.

#### IV. Conclusiones

De este trabajo, como bien anticipáramos al principio de la investigación, podemos concluir que alcanzar un acuerdo de arbitraje negociado tiene consecuencias distintas a adoptar modelos prefabricados donde se toman poco o nada en cuenta las distintas variables que pueden ser acordadas.

Uno de los efectos es poder diseñar, con apego a las necesidades de la parte interesada, las distintas variables que un acuerdo arbitral posee. El impacto de los honorarios, de la experticia de los árbitros, de la conducción del arbitraje o, incluso, del derecho o ley aplicable, son determinantes para que una persona con intención de acudir a arbitraje pueda decidir o no sobre si adoptar este mecanismo de resolución de conflictos o si quiera derogar la jurisdicción estatal en favor de otro mecanismo.

Hemos encontrado que no existe un punto de eficiencia universal en la administración de justicia sino que, por el

contrario, el mecanismo de administración debe responder a las necesidades del solicitante y adaptarse a la dimensión de la justicia que se solicita, esto es, distributiva, restaurativa, conmutativa, entre otras.

Asimismo, hemos visto las formas en que una parte puede armar una estrategia de negociación a partir de las variantes de una cláusula arbitral, incluso cuando es de tipo escalonada.

En definitiva, existen más posibilidades de que las partes puedan capturar más beneficios negociando una cláusula arbitral antes que adoptando un modelo sin reparar en sus variantes.

**Cuadro “A”**

<b>Ítem</b>	<b>Parte A (Objetivos definidos)</b>	<b>Parte B (Objetivos estimados)</b>
<b>Tiempo</b>	Necesita obtener una decisión inmediata	Le resulta irrelevante el tiempo
<b>Dinero</b>	Tiene suficiente margen y el dinero no es un problema	No tiene suficiente dinero para soportar altos honorarios
<b>Operador</b>	Prefiere un árbitro para evitar largas discusiones	Prefiere un árbitro para no incurrir en altos honorarios
<b>Administración</b>	Prefiere un arbitraje ad hoc para evitar los lapsos que adoptan normalmente los centros de arbitraje	Prefiere un arbitraje ad hoc para no incurrir en altos honorarios
<b>Ley aplicable</b>	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

**Cuadro “B”**

<b>Ítem</b>	<b>Parte B (Objetivos definidos)</b>	<b>Parte A (Objetivos estimados)</b>
<b>Tiempo</b>	Le resulta irrelevante el tiempo	Necesita una decisión inmediata
<b>Dinero</b>	Dispone de fondos suficientes y prefiere invertirlo en un centro de administración	Posee fondos suficientes para costear los gastos de la resolución del conflicto
<b>Operador</b>	Prefiere un árbitro para evitar incurrir en altos honorarios	Prefiere un árbitro para obtener una decisión más rápida
<b>Administración</b>	Prefiere un arbitraje institucional para garantizar una mejor conducción del proceso apoyado en la experiencia	Prefiere un arbitraje ad hoc para definir sus lapsos y ahorrar tiempo
<b>Ley aplicable</b>	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

**Cuadro “C”**

<b>Ítem</b>	<b>Parte A (Objetivos definidos)</b>	<b>Parte B (Objetivos estimados)</b>
<b>Fase conciliatoria</b>		
<b>Tiempo</b>	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
<b>Dinero</b>	Prefiere no incurrir en altos honorarios. Conoce que, de resolverse el conflicto en fase conciliatoria, los honorarios serían significativamente menores a aquellos si el conflicto llegase al foro arbitral. Prefiere no asumir el riesgo y acudir al foro arbitral	Prefiere no incurrir en altos honorarios. También conoce el riesgo de acudir preliminarmente a una fase conciliatoria, pero prefiere asumir el riesgo
<b>Decisión</b>	Considera que no podrán llegar a una decisión amistosa por lo que deberán acudir a un tercero que imponga lo que, en el marco de un procedimiento arbitral, sea justo y demostrado	Considera que sí podrán llegar a una decisión amistosa
<b>Fase arbitral</b>		
<b>Tiempo</b>	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
<b>Dinero</b>	Dispone de fondos suficientes y prefiere invertirlo en un centro de administración de arbitraje	No está dispuesto a incurrir en altos honorarios
<b>Operador</b>	Prefiere un árbitro para evitar incurrir en altos honorarios	Prefiere un árbitro para obtener una decisión más rápida
<b>Administración</b>	Prefiere un arbitraje institucional para garantizar una mejor conducción del	Prefiere un arbitraje ad hoc para definir sus lapsos y ahorrar tiempo

	proceso apoyado en la experiencia	
<b>Derecho/Equidad</b>	Prefiere un arbitraje de derecho	Prefiere un arbitraje de derecho
<b>Sede</b>	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo
<b>Idioma</b>	Español	Español
<b>Reglamento</b>	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA
<b>Medidas Cautelares</b>	Desea que los árbitros puedan dictar medidas cautelares aún antes de la constitución del tribunal	Desea que los árbitros no puedan dictar medidas cautelares
<b>Motivación de la decisión</b>	No desea una decisión motivada	Desea una decisión motivada
<b>Presentación previa</b>	No desea revisar previamente su decisión	Desea revisar previamente su decisión
<b>Ley aplicable</b>	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

**Cuadro “D”**

<b>Ítem</b>	<b>Parte B (Objetivos definidos)</b>	<b>Parte A (Objetivos estimados)</b>
<b>Fase conciliatoria</b>		
<b>Tiempo</b>	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
<b>Dinero</b>	Prefiere no incurrir en altos honorarios. Conoce que, de resolverse el conflicto en fase conciliatoria, los honorarios serían significativamente menores a aquellos si el conflicto llegase al foro arbitral. Prefiere asumir el riesgo y acudir a la fase conciliatoria	Prefiere no incurrir en altos honorarios. También conoce el riesgo de acudir preliminarmente a una fase conciliatoria, pero prefiere no asumir el riesgo y acudir directamente a la fase arbitral
<b>Decisión</b>	Considera que podrán llegar a una decisión amistosa a partir de las ideas que B puede proponer	Considera que no podrán llegar a una decisión amistosa por lo que deberán acudir a un tercero que imponga lo que, en el marco de un procedimiento arbitral, sea justo y demostrado
<b>Fase arbitral</b>		
<b>Tiempo</b>	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
<b>Dinero</b>	No dispone de fondos suficientes para acudir ni a conciliación + arbitraje, ni a arbitraje solamente	Dispone de fondos suficientes para ambas fases
<b>Operador</b>	Prefiere un árbitro para evitar incurrir en altos honorarios	Prefiere un árbitro para obtener una decisión más rápida
<b>Administración</b>	Prefiere un arbitraje ad hoc para definir sus lapsos y ahorrar tiempo	Prefiere un arbitraje institucional para garantizar una mejor conducción del proceso apoyado en la

<b>Derecho/Equidad</b>	Prefiere un arbitraje de derecho	experiencia Prefiere un arbitraje de derecho
<b>Sede</b>	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo
<b>Idioma</b>	Español	Español
<b>Reglamento</b>	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA
<b>Medidas Cautelares</b>	Desea que los árbitros puedan dictar medidas cautelares aún antes de la constitución del tribunal	Desea que los árbitros puedan dictar medidas cautelares aún antes de la constitución del tribunal
<b>Motivación de la decisión</b>	Desea una decisión motivada	Desea una decisión motivada
<b>Presentación previa</b>	Desea revisar previamente su decisión	Desea revisar previamente su decisión
<b>Ley aplicable</b>	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano