

Análisis de una situación de reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela con base en las teorías de negociación desde las posiciones, intereses y valores de las partes^{NA}

Giancarlo Carrazza*

pp. 53-61

Invitado: 06 ago 2022

Sumario

I. Introducción | II. Contexto: situación de los reclamos contra la República | III. Análisis de una situación de reclamo | IV. Conclusiones

^{NA} Este ensayo fue preparado con ocasión a la clase de Negociación impartida por el Prof. Fernando Sanquínico dentro de la materia de Negociación y Liderazgo en el programa de post-grado de la Universidad Católica Andrés Bello (semestre abril-agosto 2022).

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2018).

Análisis de una situación de reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela con base en las teorías de negociación desde las posiciones, intereses y valores de las partes

Resumen: Se propone que todo proceso de reclamo contra la República deba partir de un análisis de las posiciones, intereses y valores de las partes como condición necesaria para su éxito.

Palabras claves: Negociación | Deuda soberana | Arbitraje internacional.

Analysis of a claim situation against the Bolivarian Republic of Venezuela on the basis of the theories of negotiating from the positions, interests, and principles of the parties

Abstract: It is posited that any claim against the Republic must start by analyzing the positions, interests, and principles of the parties as a condition for its success.

Keywords: Negotiation | Sovereign debt | International arbitration.

I. *Introducción*

No podemos imaginar algo más contrario al sentido común que iniciar una actividad destinada al fracaso. Ello sería el inevitable resultado de cualquier persona que decida iniciar el tortuoso camino de entablar un reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela en 2022 sin pasar por un detenido análisis de las consideraciones que trataremos de sintetizar en este ensayo.

Surgida una situación que amerite un reclamo contra la República, es fácil afirmar que el actor involucrado pensará: ¿cuál es el curso a seguir ahora? O, ¿cuáles son las probabilidades de éxito de determinados cursos de acción? Y para ello probablemente recurrirá a asesores legales y financieros para tratar de determinar dicho curso de acción. Para ello, postulamos que las consideraciones que deban tomarse en cuenta y analizarse para determinar dicho curso de acción deben siempre estar influenciadas por las teorías principalmente formuladas por Fisher y Ury y que sin duda han servido de pilar para una importante corriente del pensamiento de la ciencia y el arte de negociar.

Las teorías a las que venimos haciendo referencia son las de negociar a partir de los intereses, y no las posiciones de las partes, y de entender los principios que guíen a las partes en una negociación. Ello lo vemos plasmado en la siguiente afirmación hecha por los mencionados autores¹:

“The basic problem in a negotiation lies *not in conflicting positions*, but in the conflict between each side’s needs, desires, concerns, and fears.” (*énfasis añadido*)

Y la evolución del pensamiento de la negociación gracias a dichas teorías se evidencia con claridad en un texto más reciente de Siedel²:

“Traditionally, negotiation was viewed as a *position-based activity*. For example, you and I are fighting over a gourmet anchovy pizza. My position is that I should get the pizza; your position is that the pizza belongs to you. A friend of ours suggests that I should cut the pizza in half and that you should be able to select the half that you want. Is this a good result?”

Over the years I have worked with many business leaders and consultants specializing in negotiation who initially think that this would be a win-win compro-

¹ Roger Fisher y William Ury, *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*. Ed. Por Bruce Patton (New York: Penguin Books, 2011), 61.

² George Siedel, *Negotiating for Success: Essential Strategies and Skills* (Ann Arbor: Van Rye Publishing, 2014), 13.

mise because it seems to be a fair result that satisfies both sides. While true in many situations, it might also be possible to improve the result for both you and me by moving beyond our positions to explore our underlying interests. *This is an approach advocated in the classic book on negotiation, Getting to Yes, which was originally published in 1981.*

For instance, if our friend asked me about my interests—why I want the pizza—I would explain that I hate anchovies but want the crust. Leftover gourmet pizza crusts can be converted into crumbs that are a great addition to vegetable dishes. If she asked why you want the pizza, you might reply that you love anchovy pizza but never eat the crust.

By going beyond positions and identifying underlying interests, we have reached an agreement that benefits each of us without harming the other. When compared with our original solution (cutting the pizza in half), I have doubled the crust I want and you have doubled the anchovy pizza you desire.” (*énfasis añadido*)

Para delimitar la metodología que seguiremos en el presente ensayo, queremos aclarar que cuando nos referimos a:

1. Un reclamo, nos referimos a (1) uno de tipo patrimonial derivado de actuaciones u omisiones de la República; por tanto, excluimos de nuestro análisis reclamos de violaciones a derechos humanos (aunque podría encajar dentro de nuestras consideraciones la parte pecuniaria o indemnizatoria de dichos reclamos, de haberlos y de ser posible analizarlos de forma completamente aislada del reclamo principal -lo cual vemos difícil) o similares, y (2) a su vez, no tomando en consideración a si dicho reclamo se presenta ante una autoridad judicial o arbitral o si se limita a hacerle llegar a la República la existencia de un reclamo, con miras a negociar o no. Porque en definitiva, no queremos que el concepto de reclamo se vea como uno legal sino como uno fáctico: un parte considera que la República actuó contrario a sus intereses y que puede hacer valer esas consideraciones, independientemente de sus posibilidades de éxito. Y los medios legales serán una herramienta más que las partes tendrán a su disposición y que influenciará el análisis de las probabilidades de éxito de un reclamo.
2. La República Bolivariana de Venezuela, lo estamos haciendo de una forma amplia para incluir también a las entidades públicas con una participación directa o indirecta mayoritaria de la República (e.g., empresas mixtas, institutos autónomos).

El ensayo pretende plasmar el análisis que debería hacerse al momento de surgir una causa de reclamo contra la República: tanto del lado de la persona que pueda tener causa para reclamar, como del lado de la República. Porque, en definitiva, como explicaremos a lo largo del ensayo, serán las posiciones, intereses y valores de dichas partes las que definirán el curso de acción a seguir surgida una causa de reclamo.

II. Contexto: situación de los reclamos contra la República

Es difícil afirmar que haya podido existir un tiempo más complicado que este para tener un reclamo contra la República. Dichas complejidades pueden evidenciarse en la siguiente afirmación³:

“Venezuela faces the greatest financial crisis of its history. Aggregate claims against the state-owned oil company Petróleos de Venezuela, SA (PdVSA) and other government-owned entities have been estimated at as much as US\$175 billion, excluding accrued and unpaid interest. This figure includes foreign external financial indebtedness such as unsecured bonds issued by the Republic and PdVSA, secured bonds issued by PdVSA, promissory notes issued by PdVSA to suppliers, loans owed to multilateral lenders (e.g., CAF and Interamerican Development Bank), debt owed to bilateral lenders such as China Development Bank and Japan Bank for International Cooperation, and trade debt due to suppliers and contractors. The aforesaid amount also includes claims arising from international arbitration awards rendered against the Republic and PdVSA.

Given the current size of Venezuela’s economy, *aggregate claims against the country are equivalent to several multiples of its gross domestic product (GDP).*” (*énfasis añadido*)

Además de las complejidades derivadas del mismo monto de la deuda, existen complejidades adicionales debido al reconocimiento del gobierno interino de Juan Guaidó como la autoridad legítima de la República por distintos países, con la consecuente autorización a los representantes de dicho gobierno interino de representar los intereses legales de la República en las instancias judiciales de países como los Estados Unidos y el Reino Unido. Dichas complejidades pueden evidenciarse en las narraciones sobre el tema que publicó recientemente quien actuó como procurador especial del gobierno de Juan

³ Fulvio Italiani, Carlos Omaña y Roland Pettersson, “Refinancing Venezuela’s Debt: Local Legal and Policy Issues,” en *The Guide to Restructuring*, ed. por Joy K Gallup y Michael L Fitzgerald, (Londres: Latin Lawyer, 2021), 103.

Guidó⁴. De manera interesante, destacamos que dicho reconocimiento no ha sido uniforme en el caso de tribunales de arbitraje internacional, en los que en muchos casos se ha negado la representación al gobierno interino o se ha permitido que los dos gobiernos representen a la República en el procedimiento⁵.

Otro elemento que influencia las reglas que rijan una negociación de este tipo será, sin dudas, el efecto del programa de sanciones relativas a Venezuela implementado por los Estados Unidos y la incertidumbre que existe actualmente sobre la evolución de dicho programa en el corto y mediano plazo.

III. Análisis de una situación de reclamo

Es en ese contexto que podemos comenzar a analizar una situación de reclamo con base en las teorías de negociación con base en las posiciones, intereses y valores de las partes.

Por supuesto, debemos comenzar con aclarar que no todo el que se enfrenta a una situación que pueda dar lugar a un reclamo contra la República estará en una situación similar o con las mismas probabilidades de éxito. Por ejemplo, el solo hecho de existir una cláusula arbitral en el contrato que regule la relación de las partes hace una diferencia importante es las probabilidades de éxito en un reclamo de este tipo.

Tener que someter el reclamo a los tribunales venezolanos ha sido marcadamente infructuoso en los últimos años. Las conclusiones de los autores venezolanos Canova, Herrera Orellana, Rodríguez Ortega y Graterol Stefanelli en su investigación empírica sobre los resultados de demandar a la República ante tribunales venezolanos demuestran con abundancia tal situación⁶:

“En las demandas patrimoniales, de un total de 363 sentencias dictadas por la [Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia] entre 2005 y 2013, solo siete (7) (1,92%) sentencias declararon con lugar la demanda, aunque ninguna de ellas contiene un restablecimiento pleno, que abarque daños materiales emergentes y lucro cesante, daños morales, intereses moratorios e indexación.”

⁴ José Ignacio, Hernández, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2022).

⁵ Para un recuento de la situación en tribunales de arbitraje internacional de inversión, ver: Héctor Fernández, “Representation of Venezuela in Investment Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 16 de enero de 2021, <https://rb.gy/audrsv>.

⁶ Antonio Canova, et al., *El TSJ al servicio de la Revolución* (Caracas: Editorial Galipán, 2014), 176.

Por tanto, un elemento que sin duda influenciará el proceso de análisis de ambas partes surgido un reclamo es la existencia de una cláusula arbitral (o un tratado de protección de inversiones) que la permita al reclamante recurrir a un medio en principio efectivo para lograr una eventual condena a la República. Podemos imaginar que un reclamante que concluya que solo puede acudir a los tribunales venezolanos imaginará que, si llegase a sentarse negociar con representantes de la República, muy probablemente sea descartado por no tener mayores probabilidades de éxito, salvo que existan otras consideraciones económicas o políticas que incidan en una decisión de la República de no destruir su relación con el reclamante.

Como afirmamos que cada reclamo puede ser considerablemente diferente por elementos como la existencia de una cláusula arbitral, también cada reclamante puede tener características que los diferencien unos a otros y que por tanto influyan en los intereses y valores que guíen su proceso de negociación. Por ejemplo, una persona natural que construyó una inversión a lo largo de los años y que dicha inversión representaba un porcentaje importante de sus activos totales estará en una situación muy diferente a una multinacional que probablemente manejaba como un escenario probable o altamente probable sufrir un perjuicio en su operación en Venezuela y que esta no era representativa a nivel global.

En el primer caso, perseguir el reclamo puede ser la última avenida disponible para recuperar una cantidad que puede ser representativa, mientras que en el segundo tal vez una decisión financiera en la compañía hace que no sea necesario continuar el reclamo. A la inversa, tal vez en el primer caso la consideración de los cuantiosos recursos que deban usarse para perseguir este reclamo por años sean un elemento disuasivo que lleven a la conclusión de que es un caso perdido, mientras que en el segundo, al no ser dichos recursos significativos puestos en contexto, tal vez el solo hecho de tener una decisión favorable que le dé la razón a la multinacional pueda ser motivación suficiente para adentrarse en el largo camino de hacer valer la reclamación.

Todo lo anterior influirá considerablemente en los intereses y valores de la parte reclamante (mas no en las posiciones, que en principio deberían ser las mismas: recibir una compensación adecuada por la causa que dio origen al reclamo). No tener en cuenta estas variaciones de intereses y valores y tratar a todas las partes reclamantes de la misma forma asegura el fracaso en el entendimiento de un proceso de negociación con un actor de este tipo.

Cabe destacar que los intereses y valores de la República han cambiado drásticamente en los últimos años. Antes de la entrada en default de la República, podría afirmarse que existía un interés en no incumplir deudas para evitar los efectos de un cross-default y que, en principio, tal vez la República quería mantener la percepción de que honraba sus compromisos para evitar el mayor encarecimiento de su deuda externa. Llegado el default generalizado y cerrado sustancialmente el acceso por parte de la República a los mercados de deuda externa, dichas consideraciones sin duda han cambiado, y hoy sería difícil afirmar que pueda existir una presión similar para los representantes de la República de que la deuda externa siga aumentando o que un compromiso sea incumplido, mientras se mantengan las condiciones actuales.

Ello debe ser particularmente tomado en cuenta por una parte reclamante, que hace unos años podía pensar que la sola amenaza de iniciar un reclamo podía ponerlo en una posición de ventaja comparativa en el éxito de su negociación. Al día de hoy tal ventaja es de difícil apreciación.

De igual forma, si bien al principio aclaramos que cuando nos referíamos a la República lo hacíamos de forma amplia para incluir a los entes en los cuales la República tuviera una participación mayoritaria o decisiva, lo cierto es que ahora cabe hacer una distinción entre dichos entes debido a la influencia que tendrá en sus intereses y valores. Si un instituto autónomo que celebró distintos contratos comerciales y hoy adeuda cientos de millones de dólares se ve enfrentado a una situación de reclamo, muy probablemente no le dará prioridad a dicho reclamo porque muy probablemente no tenga activos fuera de Venezuela (a diferencia de la República) y ejecutar una decisión en su contra en Venezuela sea altamente improbable conforme a las conclusiones de Canova, Herrera Orellana, Rodríguez Ortega y Graterol Stefanelli anteriormente mencionadas. Lo anterior se difumina en el caso de PDVSA debido a las consideraciones de tribunales estadounidenses de considerarla como un alter ego de la República⁷.

Por tanto, cada reclamo será considerablemente diferente a otro. Queda en cada actor analizar las particularidades de cada situación y no caer en la conveniencia de agrupar reclamos bajo una misma óptica.

⁷ Para un análisis de dichas implicaciones, ver: Richard J. Cooper et al., "Implications of Third Circuit Decision Affirming PDVSA is Alter Ego of Venezuela," *AIRA Journal* 32, No. 4 (2020): 6.

IV. Conclusiones

El profesor venezolano Andrés Mezgravis hace la siguiente afirmación que consideramos relevante para iniciar esta sección⁸:

“Es importante tener presente que la negociación no es un fin, sino un medio para alcanzar un fin determinado. De allí, que si a través de otro mecanismo o alternativa podemos satisfacer mejor nuestros intereses, entonces, no deberíamos aceptar cualquier acuerdo, sino sólo aquellos que resulten mejores que esa mejor alternativa.”

Como se expuso en el ensayo, una situación de reclamo contra la República puede estar plagada de dificultades no enfrentadas anteriormente. A su vez, cada actor tendrá considerablemente distintos intereses y valores a la hora de negociar, y la misma República habrá modificado sus propios intereses y valores en los últimos años.

Todo lo anterior obliga a cualquier involucrado en un proceso de negociación a este tipo a pensar en soluciones creativas que atiendan a los intereses y valores de las partes y que trasciendan del tradicional modelo de “tengo una reclamación, demando y cobro lo adeudado.” Dichas soluciones creativas podrán ser obtenidas a través de la mayor cantidad de herramientas disponibles, no limitadas a la negociación, pero sin duda con presencia importante de ella (ya que, como afirma el profesor Mezgravis, esta debe ser un medio y no un fin en sí mismo).

⁸ Andrés A. Mezgravis, “Negociación: Herramienta Básica para el Abogado del Siglo XXI,” *Derecho y Sociedad: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* 9 (2010): 27.