

Sala de Casación Civil ratifica criterio vinculante de la Sala Constitucional
en favor de los poderes cautelares de los árbitros

**NUEVO IMPULSO AL ARBITRAJE EN VENEZUELA:
medidas cautelares antes y durante el procedimiento arbitral**

GILBERTO A. GUERRERO-ROCCA*
Gilberto.Guerrero@WDAlegal.com

La Sala de Casación Civil del TSJ acaba de ratificar el criterio *vinculante* de la Sala Constitucional respecto a la facultad que tienen los árbitros de dictar medidas cautelares: **antes y durante el procedimiento arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales ordinarios**. Con esta ratificación jurisprudencial, la preferencia de las empresas y particulares por el arbitraje resulta fortalecida frente a una vía judicial congestionada.

Así, quedó ratificado que los árbitros pueden -en ejercicio de la facultad que tienen para dictar medidas cautelares- ordenar la: (i) **conservación** de bienes y derechos de las partes durante el desarrollo del arbitraje; (ii) **protección** de las partes frente a los daños eventuales que se podrían generar por el transcurso del tiempo que se tome la conclusión del procedimiento arbitral o, inclusive; (iii) **anticipar** los remedios o resoluciones del laudo final, siempre que ello se justifique por la naturaleza de la reclamación y los derechos en litigio. Todo ello, como se dijo, sin que las partes deban recurrir ante a los tribunales ordinarios de Venezuela o de cualquier otra parte del mundo.

* Of Counsel WDA legal, S.C. (www.WDAlegal.com). International Legal Program Manager (FIU, College of Law). Abog. (*Summa cum laude*, UCAB). Prof. de Arbitraje (UCAB). Máster en Dº Internacional (JSM, Stanford Law School). Máster en Dº de los Negocios (ICAM- UFV. España). Especialista en Dº Administrativo (UCAB). Autor de diversas obras y monografías sobre Arrendamiento, Constitucional, Administrativo y Arbitraje. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del CEDCA.

Aplicación directa y material del efecto negativo del principio competencia-competencia en materia de medidas cautelares

Este nuevo impulso al arbitraje comercial por parte del poder judicial venezolano (en la **sentencia Nro. 495/2016** del 08 de Agosto de la Sala de Casación Civil¹), consolida los beneficios o bondades que clásicamente se le atribuyen al mecanismo: (i) la rapidez de sus soluciones; (ii) la simplicidad de sus etapas; (iii) especialidad de los árbitros; (iv) la confidencialidad del procedimiento; (v) el costo de oportunidad para las partes en la ecuación disputa-solución; y nuevamente (vi) la posibilidad de obtener de los propios **árbitros la tutela o protección cautelar, sin tener que recurrir a los tribunales.**

Esta nueva sentencia (las más importante en términos de apoyo al arbitraje en materia cautelar que ha dictado la Sala de Casación Civil en los últimos años), se une al proceso de impulso que ya había iniciado la Sala Constitucional en sus decisiones **1541/2008**, y más específicamente – en materia de medidas cautelares – la sentencia **1067/2010**² (caso *Astivenca*, publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 39.561 del 26 de noviembre de 2010).

Sin embargo, en varias oportunidades³ hemos destacado que esos *avances* no pueden verse de manera separada o independiente, y mucho menos alejados de su auténtico propósito: promover la **sana operatividad** del medio alternativo en beneficio de las partes o justiciables.⁴ Un *avance* en materia arbitral solamente lo será si satisface ese objetivo y, afortunadamente, la Sala de Casación Civil lo satisfizo en la decisión bajo análisis, independientemente de la improductiva discusión que muy pocos podrían generar a partir de la forma *peculiar* o poco *ortodoxa*, en cuanto a tecnicismos procesales, con que declaró la falta de jurisdicción en el caso concreto.

¹ Al tratarse de una casación, la Sala de Casación Civil del TSJ declaró en forma *peculiar* (pero muy acertadamente) la falta de jurisdicción del poder judicial para conocer la oposición a una medida cautelar; al haber observado la existencia de un pacto arbitral sometido a un reglamento arbitral institucional (i.e. CEDCA), que contiene el mecanismo de un árbitro de emergencia. Se desprende de la sentencia que la parte que originalmente petitionó la medida cautelar, ha debido realizarlo ante el árbitro de emergencia disponible de acuerdo al Reglamento de Arbitraje del CEDCA, en lugar de ante un tribunal ordinario. Eso es, el mejor ejemplo de la aplicación directa y material del **efecto negativo del principio competencia-competencia en materia cautelar.**

² La sentencia 1067/2010 de la Sala Constitucional impulsó a los principales centros de arbitraje de Venezuela (CEDCA y CACCC) a reformar sus reglamentos e incluir a los árbitros de emergencia y urgencia, respectivamente.

³ Léase nuestro trabajo Nuevos avances sobre arbitraje en Venezuela: análisis práctico a recientes sentencias de la Sala Constitucional Revista del Tribunal Supremo de Justicia, número 34, pp. 265-307. Caracas, Venezuela. 2012.

⁴ Los criterios jurisprudenciales reputables como *avances* son solo aquellos que promueven la sana operatividad del arbitraje, captando así la preferencia de los particulares y su confianza. Con ello desestimamos a las estériles discusiones dogmáticas que promueven la *judicialización* del arbitraje mediante la promoción de nuevas *instancias* o mecanismos de control judicial. Las empresas y particulares recurren al arbitraje porque no desean prolongaciones o aspectos de nuestros poderes judiciales. La imposición de nuevos controles judiciales al arbitraje desanimará su ecogencia.

Protección cautelar antes y después de la conformación del panel de árbitros. Reglas aplicables a su obtención y los árbitros de urgencia o emergencia

Según las sentencias 1.067/2010 de la Sala Constitucional y 495/2016 de la Sala de Casación Civil:

- (i) En caso de NO haberse pactado un arbitraje institucional cuyo reglamento contemple la figura de los árbitros de emergencia o urgencia; las partes pueden petitionar ante los **tribunales ordinarios** (que resulten competentes en Venezuela o en cualquier parte del mundo) las medidas cautelares que estimen convenientes sin que ello comporte una *renuncia tácita* o *waiver* al pacto arbitral (e.g. Art. 9 Ley Modelo CNUDMI⁵; Art. 26 Reglamento Arbitraje *ad-hoc* CNUDMI; Art. 28 Reglamento de Arbitraje CCI⁶; Art. 24.3 del Procedimiento para la Resolución de Disputas Internacionales -ICDR de la AAA⁷-);
- (ii) La medida cautelar adoptada por los tribunales – de cualquier parte del mundo – o por los árbitros de emergencia o urgencia puede ser *ampliada, revocada, o mantenida* por el panel arbitral;
- (iii) Los tribunales ordinarios, o los árbitros de urgencia o emergencia dictarán las medidas cautelares –antes que el panel definitivo de árbitros - conforme a las normas y principios que los rigen en forma cotidiana (i.e. CPC⁸ y el reglamento del centro de arbitraje respectivo).
- (iv) Se reconoce la constitucionalidad de los **árbitros de emergencia o urgencia para medidas cautelares** (e.g. Art. 1.1 del Apéndice V, Reglas de Árbitro de Emergencia, en concordancia con el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 36.2 del Reglamento del CEDCA⁹; Art. 24 del Reglamento General del CACC¹⁰; Art. 24.5 del Procedimiento para la Resolución de Disputas Internacionales (ICDR de la AAA)¹¹; Art. 1 al 10 Apéndice II Normas Centro Arbitraje de la Cámara de Estocolmo y las normas de emergencia del ACICA¹², entre otros.

⁵ CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional.

⁶ CCI: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

⁷ ICDR de la AAA: Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje.

⁸ CPC: Código de Procedimiento Civil.

⁹ CEDCA: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Caracas, Venezuela).

¹⁰ CACC: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (Venezuela).

¹¹ Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje.

¹² ACICA: Centro Internacional de Arbitraje Comercial Australiano.

- (v) Para el supuesto que no esté a la disposición de las partes la existencia de árbitros de emergencia en el centro escogido, o que se haya pactado un arbitraje independiente o *ad-hoc*, las partes podrán petitionar a la jurisdicción ordinaria la obtención de una medida cautelar, sólo quedando sometida - la solicitud y la medida- a las normas creadas por la Sala Constitucional (*ver, infra*), a través de la sentencia 1067/2010.

Características del procedimiento cautelar creado por la Sala Constitucional, ratificado por la Sala de Casación Civil:

El procedimiento cautelar creado por la Sala Constitucional en la sentencia *vinculante* 1067/2010 (ratificado por la sentencia 495/2016 de la Sala de Casación Civil), se caracteriza en:

- (i) Que ante la ausencia del mecanismo del árbitro de emergencia o urgencia (e.g. se pactó un arbitraje independiente o *ad-hoc*), la petición de una medida cautelar ante un tribunal ordinario (en cualquier parte del mundo, siempre que resulte competente) no constituye una *renuncia tácita* al pacto arbitral. Igualmente, y con mayor razón, cuando ese mecanismo sí está disponible de acuerdo al reglamento del centro de arbitraje seleccionado.
- (ii) Que ante la ausencia del mecanismo del árbitro de emergencia o urgencia (e.g. se pactó un arbitraje independiente o *ad-hoc*), las medidas de urgencia o emergencia pueden dictarse por un juez - aun y cuando ha declarado su falta de jurisdicción para decidir el fondo- por la existencia de un compromiso arbitral. Por supuesto, ese análisis lo hará el juez -conforme a la propia sentencia 1067/2010 de la Sala Constitucional - en forma *prima facie*, tan sólo verificando el carácter escrito del pacto, y si no es manifiesta su *nulidad o inexistencia*. Vale recordar acá, que de acuerdo a la aludida sentencia 1067/2010, cada vez que un juez conozca de una causa que contenga una cláusula o convenio arbitral, debe respetar el efecto negativo del principio *competencia-competencia*, y referir la causa a los árbitros de manera inmediata.
- (iii) Aplica en forma directa y material el **efecto negativo del principio *competencia-competencia en materia de medidas cautelares***. En efecto, la forma en que la sentencia 495/2016 aplicó el criterio de la sentencia 1067/2010, pone en práctica al aludido efecto. Con lo cual, si existe pacto arbitral - cuya reglamentación prevé árbitros de emergencia o urgencia- deben entonces los jueces abstenerse y remitir la petición cautelar a los primeros de manera inmediata. Es el árbitro de emergencia o urgencia el juez natural de esa petición cautelar. Obviamente, su decreto estará luego sometido al razonamiento sosegado y mejor informado del panel definitivo de árbitros (*infra*). Recuérdese, por algo se habla de medidas de *urgencia o emergencia*.

- (iv) Tiene carácter no suspensivo, es decir, la *incidencia* cautelar **no se suspende o paraliza** por la interposición de una regulación de la jurisdicción para ante la Sala Político Administrativa del TSJ (cuando NO existe la posibilidad de árbitros de emergencia o urgencia)¹³ y el juez ordinario manifiesta que actúa provisionalmente ante la ausencia de la posibilidad de un árbitro de emergencia o urgencia. En cambio, si están disponibles los árbitros de emergencia o urgencia, el juez que haya recibido la petición cautelar debe abstenerse y remitir inmediatamente la causa al centro arbitral respectivo en aplicación del efecto negativo del principio *competencia-competencia*. Tampoco debe *suspenderse* la ejecución de las medidas, ni la oposición a ellas.
- (v) Es **residual**, dado que aplica sólo en el supuesto de ausencia de árbitros de emergencia o urgencia en el centro escogido; es decir, se aplicará el procedimiento de la sentencia 1067/2010 sólo en caso que el centro escogido no tenga previsto a los árbitros de emergencia o urgencia.
- (vi) En él priva el **imperativo del interés** y el **principio dispositivo**, pues el peticionante debe probar los extremos de la medida cautelar peticionada (i.e. peligro en la mora y apariencia de buen derecho) y debe, además, **acreditar** -antes de 30 días posteriores- que ha interpuesto la solicitud de conformación del panel de árbitros (e.g. la llamada *solicitud de arbitraje* o *request for arbitration*), o inclusive, acreditar ello con la misma solicitud de la medida cautelar.
- (vii) Es **provisionalísimo**, visto que el **decreto** que acuerde una medida cautelar **decae de pleno derecho** a los 30 días si no se ha instado la constitución del panel arbitral. En ese sentido, la parte solicitante debe comprobar que ha hecho la solicitud formal ante el Centro respectivo dentro de los treinta (30) días siguientes. Carga de la cual queda relevado si la solicitud de medida cautelar ha sido acompañada con la copia de la solicitud de arbitraje hecha ante el centro respectivo (Si el arbitraje pactado es institucional: en ausencia del mecanismo del árbitro de emergencia o urgencia), o ante el Tribunal respectivo (si es un arbitraje independiente).

¹³ Este este punto controversial, véase nuestro trabajo Nuevos Avances en materia de Arbitraje en Venezuela: análisis práctico a la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional Revista del Tribunal Supremo de Justicia, número 34, Caracas, Venezuela 2012. En ese sentido, es lógico extraer de la sentencia 1067/2010 que no tendría efecto *suspensivo* la regulación de la jurisdicción porque es necesaria tanto la posibilidad de ejecución como la oposición en aras de la tutela judicial efectiva, siendo perentorio el conocimiento del árbitro de fondo. Una medida cautelar así dictada o no dictada, sometida a una suspensión puede generar perjuicios irreparables por la dilación en obtener respuesta por parte de la Sala Político Administrativa del TSJ para resolver la regulación de la jurisdicción. Recuérdese que este análisis parte de la premisa fundamental que el juez que la ha dictado reconoce que está actuando ante la ausencia de un árbitro de emergencia o urgencia, y que el panel arbitral definitivo está próximo a constituirse. Distinto es el supuesto que se peticione una medida cautelar ante un juez, frente al cual se le considere que tiene jurisdicción como *juez natural* y este se resista a aplicar el efecto negativo del principio *competencia-competencia*; en cuyo caso debe postularse la suspensión de todo el proceso judicial por la interposición de la regulación de la jurisdicción para ante la Sala Político Administrativa del TSJ.

Igualmente, decae automáticamente la medida -de pleno derecho- cualquiera que sea el supuesto, siempre que hayan transcurrido noventa (90) días luego de su **ejecución**. Todo lo cual persigue que la parte peticionante de la medida sea diligente en hacer todo a su alcance para constituir el panel arbitral.

- (viii) Es **mutable**, dado que el decreto que acuerde la medida de urgencia o emergencia podrá ampliarse, revocarse o mantenerse por el razonamiento sosegado y mejor informado que tenga (n) el (los) arbitro (s) del panel definitivo, al analizar la disputa en su más amplia dimensión, y habiendo escuchado a todas las partes.
- (ix) Es **obligatorio** para las partes acudir a los árbitros de emergencia o urgencia, tanto si el reglamento que regula su pacto o cláusula arbitral los prevé y si aquellos están disponibles para las partes. Afortunadamente, los principales centros de arbitraje de Caracas (CEDCA y CACCC), incorporaron en sus reglamentos la figura a partir de la sentencia 1067/2010.

La presente nota informativa es un apretado resumen a un extenso tema de contenido legal, cuyo autor puede ser contactado por el correo electrónico: Gilberto.Guerrero@WDAlegal.com

Teléfono +58 (212) 953 4006.

* * * * *

El presente informe es una contribución de WDA Legal, S.C. para sus clientes y relacionados, sobre temas de relevancia legal con fines meramente informativos. El mismo no constituye ni debe ser interpretado como una opinión legal y su contenido únicamente podrá ser distribuido con la autorización expresa de WDA Legal, S.C.

Para mayor información, puede visitar www.WDAlegal.com

Copyright © 2016 WDA legal, S.C.
Todos los derechos reservados.

Nuestra dirección es:
Centro Seguros Sudamérica (Torre Zurich), piso 10, oficina 10-A,
Av. Francisco de Miranda, Urb. El Rosal, Caracas 1060, Venezuela

20807 Biscayne Blvd, suite 305
Miami, FL 33180