

**Medidas cautelares
en el arbitraje.
Especial referencia
a la sentencia dictada por
la Sala Político Administrativa
del Tribunal Supremo de Justicia
en fecha 11 de diciembre de 2003**

Pedro Perera

El artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) establece: que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio...”. Por su parte, el artículo 28 *eiusdem* señala que la ejecución de la providencia cautelar corresponde al tribunal de primera instancia competente.

De manera que, cuando las partes tanto en el arbitraje independiente como en el institucional expresamente han convenido someterse a las reglas de procedimiento establecidas en la LAC, es indudable que las medidas cautelares en el arbitraje sólo podrán ser dictadas por el tribunal arbitral, siendo que la ejecución de las mismas estará a cargo del tribunal de primera instancia competente. Bajo este supuesto, los tribunales ordinarios no pueden dictar medidas cautelares para garantizar la ejecución del laudo arbitral institucional.

Lo mismo ocurre cuando en el arbitraje independiente las partes no establecen sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo el arbitraje. Es decir, en este supuesto serán aplicables supletoriamente las reglas de procedimiento consagradas en la LAC y por lo tanto, sólo los árbitros, y no los tribunales ordinarios, pueden decretar cautelares en el arbitraje independiente.

En el arbitraje institucional, el artículo 15 de la LAC de manera clara e inequívoca permite la aplicación de las reglas de procedimiento establecidas en dicha ley, “...si así lo estipulan las partes”. Esto significa que en el arbitraje institucional las reglas de la LAC sólo serán aplicables, si las partes lo estipulan. Si las partes no estipularon expresamente la aplicación de las reglas de la LAC para la tramitación del arbitraje institucional, ellas no pueden ser aplicadas en ningún supuesto.

Ahora bien, si las partes tanto en el arbitraje independiente como en el institucional expresamente convienen en someterse a reglas de procedimiento distintas a las establecidas en la LAC, ésta de ninguna manera debe regir el trámite del procedimiento arbitral, ni el trámite de las medidas cautelares. Si estas reglas de procedimiento contenidas en el acuerdo de arbitraje independiente o en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje institucional, al cual las partes se hayan sometido, otorgan la facultad a cualquiera de las partes para solicitar a los tribunales ordinarios el decreto

de medidas cautelares, éstas pueden ser decretadas por dichos tribunales, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 15 de la propia LAC.

En efecto, el artículo 12 *eiusdem* señala: “En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de los árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido”. De acuerdo con esta norma legal, el arbitraje institucional se regirá única y exclusivamente por el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje convenido entre las partes. En consecuencia, si dicho reglamento permite a cualquiera de las partes solicitar a los tribunales ordinarios el decreto de medidas cautelares para garantizar la ejecución del laudo arbitral, dichas cautelares pueden ser decretadas por tales tribunales.

En este mismo sentido, el artículo 15 de la LAC dispone: “Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables”. Por argumento *a contrario*, si las partes han establecido sus propias reglas de procedimiento en el acuerdo de arbitraje, las reglas establecidas en dicho convenio serán las aplicables para llevar a cabo el arbitraje independiente. Por lo tanto, si esas reglas de igual forma otorgan facultad a cualquiera de las partes para solicitar a los tribunales ordinarios el decreto de medidas cautelares para garantizar la ejecución del laudo arbitral, dichas medidas pueden ser dictadas por dichos tribunales.

No obstante, la claridad de las disposiciones legales establecidas en los artículos 12 y 15 de la LAC, la sentencia número 01951 dictada el 11-12-03, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (la Sentencia) cometió un grave error judicial inexcusable de interpretación constitucional y legal que infringe la Constitución de 1999 y la propia LAC, toda vez que desconoció la naturaleza jurídica del arbitraje institucional como medio alternativo para la solución de conflictos, que goza de reconocimiento constitucional. Además, la Sentencia lesionó el derecho constitucional de la solicitante de la medida cautelar a obtener una tutela judicial efectiva, mediante una protección cautelar para garantizar la ejecución del laudo arbitral en el caso concreto, contradiciendo el mandato contenido en el artículo 258 de la Constitución de 1999.

En el caso allí planteado, una de las partes demandó a la otra por vía de arbitraje institucional por incumplimiento contractual. Este proceso arbitral fue tramitado por las reglas de procedimiento establecidas en el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En efecto, el convenio de accionistas celebrado entre las partes, ellas convinieron en someter la solución de todos sus conflictos derivados de dicho convenio a un arbitraje que se llevaría a cabo conforme a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Este hecho fue expresamente aceptado por las partes y así fue expresamente reconocido por la Sentencia.

Pues bien, una vez iniciado el arbitraje institucional, la demandante solicitó una medida cautelar ante un tribunal ordinario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, siguiendo la remisión hecha por el artículo 12 de la LAC a dicho reglamento. Esta medida cautelar fue acordada por dicho tribunal ordinario, con fundamento en las normas precitadas.

El referido artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su versión en español, dice textualmente lo siguiente:

«Medidas cautelares y provisionales

2.- Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral».

Conforme a la regla transcrita, las partes preven solicitar la protección cautelar a cualquier autoridad judicial ordinaria, aún cuando, a pesar de haberse iniciado el arbitraje, no esté constituido el tribunal arbitral ni

haya éste recibido las actas del expediente del proceso, y en circunstancias apropiadas, según el análisis casuístico que se haga, aún después que el tribunal arbitral reciba el expediente. Así, y de acuerdo con el propio texto del Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes están autorizadas para solicitar protección cautelar de sus derechos por ante una autoridad judicial ordinaria, sin que ello constituya una renuncia o alejamiento del compromiso arbitral que las vincula.

La citada norma del Reglamento de Arbitraje de la CCI, además de ser aplicable por haberlo así querido las partes (cuya voluntad es autónoma mientras no lo impida el orden público), lo es por mandato expreso del artículo 12 de la LAC, encontrando perfecta cabida dentro de nuestro ordenamiento constitucional y legal, pues es una manifestación evidente del desarrollo que asegura la garantía de una tutela efectiva de los derechos de la solicitante de la cautelar (artículos 26, 253 y 258 de la Constitución de 1999).

La medida cautelar decretada por el tribunal ordinario fue conocida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA-TSJ) con ocasión de una consulta obligatoria y solicitud de regulación de la jurisdicción, que fueron decididas por la Sentencia, declarando *que el Poder Judicial de Venezuela NO TIENE JURISDICCIÓN para conocer de la solicitud de medida cautelar innominada formulada por la empresa solicitante.*

Como antes se dijo, la Sentencia incurrió en un grave error judicial inexcusable que atenta flagrantemente contra los artículos 258 y 12 de la Constitución de 1999 y la LAC, respectivamente.

El artículo 258 eiusdem establece:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.” (Subrayado nuestro).

Esta norma elevó a rango constitucional la institución del arbitraje, por lo que cualquier desconocimiento que de él se haga, necesariamente derivará de una interpretación errónea del artículo en cuestión, toda vez que incumplirá el mandato constitucional de promoverlo como medio alternativo de solución de conflicto.

Cuando dictó la Sentencia, la SPA-TSJ desconoció la institución jurídica del arbitraje institucional, cometiendo un error de interpretación del artículo 258 de la Constitución de 1999, así como el vicio de falta de aplicación del artículo 12 de la LAC, al declarar que en Venezuela el poder judicial no puede dictar medidas cautelares para garantizar la ejecución de un laudo arbitral, pues a su criterio el artículo 26 de la LAC solo reconoce las medidas cautelares dictadas por los propios tribunales arbitrales, por lo que los órganos judiciales de la República Bolivariana de Venezuela no tienen jurisdicción para ello, aún cuando el Reglamento del Centro de Arbitraje escogido por las partes así lo permitan. En efecto, la SPA-TSJ decidió lo siguiente:

“Visto que las partes convinieron en que toda disputa que surgiere de, o se relacionare con la firma, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del Convenio en cuestión fuese decidido mediante arbitraje, y que se sometieron a las reglas de la Cámara Internacional del Comercio y que específicamente en su Reglamento, en el artículo 23 (2), se prevé la posibilidad de que las partes puedan antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y *en circunstancias apropiadas aún después*, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares, debe la Sala analizar la aplicabilidad de dicha disposición, y en tal sentido, observa:

Que el Código de Procedimiento Civil no prevé las medidas cautelares para el procedimiento especial de arbitramento, ni en esta fase previa, ni luego de constituido el tribunal arbitral; en todo caso, la Ley de Arbitraje Comercial del 25 de marzo de 1998, que sí prevé la tutela cautelar, dispone en su artículo 26: “*Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbi-*

tral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante” (Negrillas de la Sala).

Que del artículo transcrito se desprenden dos circunstancias, de un lado, la potestad para dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza, sin lugar a dudas del tribunal arbitral, o más concretamente, de los árbitros, que conociendo el fondo de la causa, deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar; de otro lado, precisamente que la materia o ámbito de la medida está constituida por el objeto en litigio, entendido, claro está y como ha sostenido la doctrina patria, no sólo en sentido de derecho real u objeto determinado, sino aún como pretensión personal. (Ver sentencia de esta Sala N° 2.161 de fecha 10 de octubre de 2001).

(...omissis...)

En consecuencia, tal como señaló el *a quo* en su decisión de fecha 11 de agosto de 2003, considera la Sala que en esta etapa del proceso los órganos jurisdiccionales venezolanos no tienen jurisdicción para conocer la solicitud de medida cautelar formulada, en virtud de que tal posibilidad no está prevista en su ordenamiento legal interno. Así se decide.”

Un detenido análisis que efectuemos de la sentencia arriba transcrita, pone de manifiesto que la SPA-TSJ consideró y concluyó lo siguiente:

1. Que las partes aceptaron someterse a un arbitraje institucional;
2. Que el arbitraje institucional se iba a regir según lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje de la CCI;
3. Que el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI permite que los órganos jurisdiccionales ordinarios puedan dictar medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral, si, éste no se ha constituido;
4. Según el criterio de la SPA-TSJ, el referido artículo del Reglamento de Arbitraje de la CCI no es aplicable en el ordena-

miento jurídico venezolano, toda vez que según ese criterio la LAC solo plantea que sea el tribunal arbitral quien pueda acordar la protección cautelar solicitada por las partes.

Tales afirmaciones efectuadas por la SPA-TSJ trastocaron la esencia misma del arbitraje institucional, toda vez que le negaron eficacia al Reglamento de Arbitraje de la CCI al cual las partes decidieron someterse, en franca violación de los artículos 258 y 12 de la Constitución de 1999 y la LAC, respectivamente.

Así en lugar de promover al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos (artículo 258 *eiusdem*), la Sentencia lo desconoció y desnaturalizó, toda vez que interpreta de manera errada el artículo 26 de la LAC y lo antepuso a la voluntad de las partes. En efecto, el artículo 26 de la LAC sólo resulta aplicable en los siguientes casos: (i) en el arbitraje independiente, en la medida en que las partes no hayan establecido reglas procedimentales para su sustanciación o expresamente hayan elegido a la LAC para tramitar el arbitraje y (ii) en el arbitraje institucional, siempre que las partes hubiesen manifestado de manera expresa su voluntad de acogerse al procedimiento de la LAC, conforme con lo previsto en la parte in fine del artículo 15 de la mencionada ley.

Como se puede apreciar, en el caso resuelto por la Sentencia no ocurrió ninguno de los antes señalados supuestos que hacen aplicable el artículo 26 de la LAC. Por lo tanto, la SPA-TSJ aplicó erradamente el referido artículo y como consecuencia de ello, desconoció la institución del arbitraje institucional, contraviniendo el mandato contenido en el artículo 258 *eiusdem*.

En el caso sentenciado, las partes eligieron un arbitraje institucional según está definido en el artículo 11 de la LAC. En consecuencia, conforme al artículo 12 *eiusdem*, todo lo concerniente al proceso y su tramitación, se regula conforme a las reglas establecidas por el respectivo reglamento del centro de arbitraje al cual las partes se sometieron, el cual pasó a ser la ley de procedimiento que rige el arbitraje, es decir, en este caso las reglas de arbitraje de la CCI.

En efecto, en el arbitraje institucional las partes deciden someterse a una ley adjetiva especial (el Reglamento del Centro de Arbitraje correspondiente), por lo que son esas normas, y no otras, las que deben ser aplicadas.

Para una mejor comprensión de lo expuesto, debemos volver a los conceptos básicos que se relacionan con la institución del arbitraje, y en especial, el institucional. El acuerdo de arbitraje *es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente* (artículo 5 de la LAC).

Las partes pueden someterse a un arbitraje institucional el cual se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere la LAC, o los que fueren creados por otras leyes; o a un arbitraje independiente, el cual es regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje (artículo 2 de la LAC).

Una vez que las partes deciden someterse a un arbitraje institucional, su voluntad queda sometida a las disposiciones adjetivas que se dispongan en el reglamento del centro de arbitraje escogido por las partes (artículo 12 de la LAC).

El derecho de las partes a someterse a una ley adjetiva especial, como lo es el reglamento de un centro de arbitraje determinado, deriva de la propia esencia de la institución arbitral, la cual se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes.

En efecto, “[*El fundamento jurídico de la justicia privada que supone el arbitraje, radica remotamente en la Ley e inmediatamente en el contrato.*...] El fundamento inmediato del arbitraje es el contrato. Lo demuestra el hecho de que el laudo deber ser declarado nulo, entre otros, en los casos d) y e) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial: d) cuando el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo (con mayor razón cuando el acuerdo es aparente por ser falso el documento que lo contiene); e) cuando la parte

contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral”. (Subrayado nuestro. Ver HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, El Arbitraje Comercial en Venezuela, Cámara de Comercio de Caracas Centro de Arbitraje, Año 2000).

Así, “[L]a voluntad de las partes sustenta cualquier posibilidad o prohibición de acto procesal en el juicio de arbitraje. Salvo acuerdo de las partes la Ley determina el lugar del arbitraje (Art. 9), el idioma o idiomas válidos para el arbitraje (Art. 10), el número de árbitros que constituirán el tribunal (Art. 11), el lapso de duración del proceso (Art. 22). Salvo acuerdo de las partes, la Ley determina también la posibilidad de decretar medidas cautelares o exigir caución en el proceso arbitral (Art.26), así como el carácter confidencial del arbitraje (Art. 42). Otras locuciones similares denotan el fundamento convencional del arbitraje.”. (Subrayado nuestro. Ver HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, El Arbitraje Comercial en Venezuela, Cámara de Comercio de Caracas Centro de Arbitraje, Año 2000).

Nótese en consecuencia, que la voluntad de las partes en el presente caso fue someterse a la ley adjetiva representada en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, sin que pueda alegarse siquiera que la LAC, en su parte relativa al arbitraje institucional, resulte aplicable supletoriamente, pues para que esto suceda, debieron las partes haberlo así acordado de manera expresa (artículo 15 de la LAC).

Por lo tanto, la SPA-TSJ mal puede negar a las partes el poder acudir a los órganos jurisdiccionales ordinarios a solicitar protección cautelar para garantizar la ejecución del laudo arbitral, cuando la ley adjetiva (Reglamento de Arbitraje de la CCI) a las cuales ellas decidieron someterse sí lo permite, incluso aun cuando el tribunal arbitral no esté constituido.

En efecto, eventualmente hubiera podido la SPA-TSJ haber negado la aplicabilidad del artículo 23(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, si dicha norma fuera supuestamente lesiva de algún derecho constitucional, o supuestamente violara el orden público o las buenas costumbres. Pero nada dice la SPA-TSJ al respecto, sino que se limita sólo a afirmar, que como la LAC no contempla la posibilidad de que los órganos judiciales

ordinarios dicten medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral y por ello esos órganos judiciales carecen de jurisdicción para ello.

Como hemos venido sosteniendo, tal afirmación de la SPA-TSJ resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución de 1999, pues desconoce la esencia y la naturaleza jurídica del arbitraje institucional, máxime cuando pretende aplicar a éste una norma que no resulta aplicable a tal institución, y menos cuando las partes ni siquiera decidieron disponer que la LAC fungiera de norma supletoria al referido Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Más aún, LA SENTENCIA dictada por la SPA-TSJ va en contra del mandato constitucional de promover el arbitraje como medio alternativo de solución de conflicto. ¿Quién considerará, después de la Sentencia, someter sus disputas a un arbitraje institucional, si las reglas del Reglamento del Centro de Arbitraje escogido por las partes serán desconocidas por los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela? A partir de la Sentencia, ¿qué sentido tiene el artículo 12 de la LAC, si al fin y al cabo resultará inútil que las partes decidan someterse a una ley adjetiva especial (Reglamento del Centro de Arbitraje), si los tribunales aplicarán exclusivamente la LAC?

Por otra parte, el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, al establecer la posibilidad de que la autoridad judicial dicte medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral, lejos de ser una norma contraria al orden público o a las buenas costumbres, o lesiva a algún derecho constitucional, refuerza el derecho de las partes a obtener una tutela judicial efectiva por parte del tribunal arbitral, mediante las medidas cautelares dictadas por los tribunales ordinarios, en auxilio del tribunal arbitral (artículos 26 y 253 de la Constitución de 1999).

Por lo tanto, cuando la SPA-TSJ le negó la jurisdicción al Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela para dictar medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva a que tienen derecho las partes del arbitraje, pues ellas, al escoger soberanamente al Reglamento de Arbitraje de la CCI como su única y exclusiva ley adjetiva para la resolución de sus diferencias, aceptaron la posibilidad de poder acudir a los órganos judiciales para pedir protección cautelar, lo cual le ha sido negado por la SPA-TSJ.