

Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución

José Armando Sosa Ochoa*
VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 385-411

Resumen: Ante la discusión sobre la pertinencia y los costos involucrados en un arbitraje, en comparación con los procesos judiciales especiales fundamentados en títulos ejecutivos, se pretende encontrar una solución eficiente para el cobro de tales obligaciones. Se analiza la aplicabilidad y pertinencia del procedimiento arbitral como mecanismo de cobro de deudas documentadas como títulos ejecutivos conforme a la ley, la efectividad del procedimiento en comparación con un proceso judicial, la procedencia en arbitraje de medidas cautelares que operen *ope lege* sin necesidad de probar requisitos ordinarios para las cautelares. De la misma manera, el trámite de los mecanismos recursivos de oposición y caucionamiento dentro de la incidencia cautelar. Se pretende ofrecer propuestas para la aplicación extensiva del procedimiento arbitral para el cobro de obligaciones de dar en el derecho venezolano.

Palabras claves: Cobro de deudas, títulos ejecutivos, efectividad

Applicability of arbitration and precautionary measures for debt collection based on title that entails execution

Abstract: *Given the discussion on the relevance and costs involved in an arbitration, in comparison with the judiciary special processes based on executive titles, it is intended to find an efficient solution for the collection of such obligations. The applicability and relevance of the arbitration procedure as a mechanism for the collection of debts documented as executive titles in accordance with the law, the effectiveness of the procedure in comparison with a judicial process, the possibility in arbitration of precautionary measures that operate ope lege without the need to prove ordinary requirements for precautionary measures. In the same way, the processing of recursive mechanisms of opposition and guarantee within the precautionary incidence. It is intended to offer proposals for the extensive application of the arbitration procedure for the collection of obligations in Venezuela.*

Keywords: *Collection of debts, executive procedures, effectiveness*

Recibido: 30/08/2020

Aprobado: 05/12/2020

* Abogado. Universidad Católica Andrés Bello. Maestría en Gerencia, Mención Administración en la Universidad Bicentennial de Aragua, Maracay, Aragua, en 1996. (Tesis pendiente). Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello, Maturín, Monagas. Certificado de Formación Profesional para la Aplicación de la Conciliación y el Arbitraje Comercial por el CEDCA / UCAB, Caracas. Especialización en Derecho Procesal Laboral en la Universidad Arturo Michelena, Maturín, Monagas. Post-Grado en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET), Puerto La Cruz, Anzoátegui. Post-Grado en Derecho de Hidrocarburos con la Universidad Monteávila, Maturín, Monagas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Árbitro del CEDCA. Socio y Director de Hernández Quijada & Sosa. Abogados en Maturín, Estado Monagas, Venezuela. E-mail: jose.sosa@hqs.com.ve

Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución

José Armando Sosa Ochoa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 385-411

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Del arbitraje como mecanismo procesal de cobro de deudas. 1.1. *El arbitraje como mecanismo de solución de controversias contractuales.* 1.2. *El arbitraje como mecanismo de cobro de deudas fundamentadas en documento que apareje ejecución, en el marco de un contrato con múltiples obligaciones.* 2. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales. 2.1. *Regulación general de la procedencia de medidas cautelares en arbitraje.* 2.2. *Regulación de las incidencias de medidas cautelares en arbitrajes institucionales.* 3. Las medidas cautelares en procedimientos judiciales. 3.1. *El régimen general de la cautela.* 3.2. *El régimen de la cautela en procedimientos especiales contenciosos.* 3.2. *Los recursos procesales en incidencias de medidas cautelares en sede judicial.* 4. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales para cobro de deudas con título ejecutivo. 4.1. *Procedencia en arbitraje institucional, de medidas cautelares en cobro de deudas con título ejecutivo.* 4.2. *Los recursos procesales en incidencias de medidas cautelares en sede arbitral institucional.* 4.3. *Procedencia en arbitraje independientes, de medidas cautelares en cobro de deudas con título ejecutivo.* 4.4. *Antecedentes jurisprudenciales y de derecho comparado sobre medidas cautelares en cobro de títulos ejecutivos en sede arbitral.* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Dados los parámetros generales planteados en el resumen, se analiza si es eficiente el uso del arbitraje para el cobro de deudas documentadas que se encuentren líquidas y exigibles. De la misma manera, si es recomendable deslindar y excluir ese tipo de obligaciones fundamentadas en documentos que aparejan ejecución, que pueden generar títulos ejecutivos, de las otras obligaciones que puedan existir en un contrato

* Abogado. Universidad Católica Andrés Bello. Maestría en Gerencia, Mención Administración en la Universidad Bicentenario de Aragua, Maracay, Aragua, en 1996. (Tesis pendiente). Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello, Maturín, Monagas. Certificado de Formación Profesional para la Aplicación de la Conciliación y el Arbitraje Comercial por el CEDCA / UCAB, Caracas. Especialización en Derecho Procesal Laboral en la Universidad Arturo Michelena, Maturín, Monagas. Post-Grado en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET), Puerto La Cruz, Anzoátegui. Post-Grado en Derecho de Hidrocarburos con la Universidad Monteávila, Maturín, Monagas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Árbitro del CEDCA. Socio y Director de Hernández Quijada & Sosa. Abogados en Maturín, Estado Monagas, Venezuela. E-mail: jose.sosa@hqs.com.ve

mayor, o si es adecuado instaurar un sistema mixto en el cual se utilice el arbitraje solo hasta la etapa de conciliación y eventual oposición al pago de esas obligaciones, sin continuar con la ejecución de dicho título en sede arbitral.

Hemos visto en la práctica comercial, incluso en documentos modelo de diversas instituciones financieras o de seguros, la adopción de cláusulas arbitrales para el caso de controversias derivadas de contratos de préstamo, pagarés, préstamos a interés e incluso en hipotecas inmobiliarias.

Existen posiciones doctrinarias nacionales y extranjeras con puntos de vista encontrados, por las cuales se establece que es totalmente posible utilizar el arbitraje para el cobro de dicho tipo de obligaciones y otras que lo niegan rotundamente por considerar que no tiene sentido, por asumir que no se trata de un derecho disponible.

Es pertinente entonces analizar el procedimiento arbitral y la posibilidad de tramitar a través del mismo, procedimientos especiales contenciosos, denominados ejecutivos o monitorios, para el cobro de obligaciones de dar, es decir, entrega de cosas o pago de deudas dinerarias liquidas y de plazo vencido.

Es importante en este aspecto evaluar la conveniencia de usar el arbitraje como método de cobro, cuando existen procesos judiciales de carácter ejecutivo, con medidas cautelares que se otorgan por el solo hecho de estar plasmada la obligación en un determinado tipo de documento, y que en vía judicial no implicarían pagar emolumentos al inicio del procedimiento, a diferencia de lo que sucedería en un arbitraje institucional.

Por otro lado, la viabilidad de medidas cautelares en arbitraje, por el solo hecho de estar plasmadas este tipo de obligaciones en un tipo de documento, sin necesidad de caucionamiento y con la posibilidad de continuar con actos propios de la ejecución procesal.

1. Del arbitraje como mecanismo procesal de cobro de deudas

1.1. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias contractuales.

El arbitraje es una institución de vieja data en la humanidad para resolver controversias. En Venezuela existen reseñas históricas sobre el mismo, como lo es el caso de octubre de 1832 de un tribunal arbitral compuesto por cuatro destacados miembros del foro caraqueño, el cual con un voto salvado, dictó un laudo por el que resolvía una disputa entre las hermanas del Libertador sobre la validez y el monto de una donación que por 30.000 pesos había dejado Simón Bolívar a su hermana Juana.¹

¹ Anzola J. Eloy y Zumbiehl Frédéric, *El Tribunal Supremo de Venezuela Riñe con el Arbitraje*, Artículo que ha de ser publicado en un libro patrocinado por la Asociación Venezolana de Derecho y Economía (VELEA) sobre arbitraje y resolución de conflictos, vía web, http://eanzola.com/images/uploads/44-EL_TSJ_ri%C3%B1e_con_eL_arbitraje-Final.pdf, 2020

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela², se establece en su artículo 258, lo siguiente:

Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces y 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.

Tal como se expresa en el artículo El Arbitraje en Venezuela³, la institución del arbitraje en Venezuela, data de 1916:

El arbitraje como forma de resolución de conflictos estaba previsto en los artículos 502 al 522 del Código de Procedimiento Civil de 1.916 como un procedimiento especial, no obstante, dicho procedimiento careció realmente de una aplicación generalizada por cuanto la cláusula de arbitraje contenida en un contrato no obligaba a someterse a arbitraje, si en el momento en que surgiera el conflicto, las partes no podrían ponerse de acuerdo para celebrar el llamado compromiso arbitral que debía contener los términos de la controversia y constar de documento auténtico.

En la Ley de Arbitraje Comercial⁴, se establece que puede ser institucional o independiente. Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes. Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje.

Conforme al artículo 3º de la ley especial, podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

² Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999

³ Araque Reyna Sosa Viso & Pittier, *El Arbitraje en Venezuela*, Caracas, junio 2007

⁴ Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998

- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

La Sala Político Administrativa, en sentencia referida al tema, ha establecido que en las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, quedan exceptuadas las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público.⁵

De la misma manera, en sentencia N° 1.541/08 (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) se dejó claro que la inserción del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Como se puede apreciar, sin embargo, es muy amplio el abanico de situaciones en las cuales se puede utilizar el arbitraje por acuerdo entre las partes pues son pocas las cosas no transables, y muy extraños o específicos los casos de las excepciones previstas.

Es usual encontrarse con contratos de larga ejecución, por las cuales se entrega una obra o servicio, y en el transcurso del mismo se van generando facturaciones, créditos, financiamientos entre partes, que pueden ser susceptibles de ser tratados en un procedimiento ejecutivo.

Sin soslayar acá la discusión acerca de la existencia o validez de cláusulas de arbitraje en supuestos contratos de adhesión (que pudieran estar como normas en los reversos de las facturas, ordenes de compra, o notas de entrega), pudiera ser posible que se use el arbitraje como mecanismo de cobro en lugar del procedimiento ante el poder judicial, aunque no haya un contrato marco de la relación comercial.⁶

Pudiera ser posible que las partes acuerden por documento separado (simple documento o incluso correos electrónicos donde conste claramente dicha voluntad), que los cobros de deudas se harán por vía de procedimiento arbitral.

⁵ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/julio/00847-16713-2013-2009-0159.html>, mediante sentencia N° 847 de fecha 16 de julio de 2013.

⁶ Al respecto, ver sentencia que ha precisado conceptos sobre esta temática, (Sentencia del 28-2-2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Caso BERNARDO WEININGER, HERNANDO DÍAZ CANDIA, JUAN JOSÉ DELGADO y RAMÓN ESCOVAR ALVARADO, demanda de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, del artículo 87, ordinal 4°, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

Si existiese un contrato, pudieran incluirse por supuesto las cláusulas de arbitraje. En dicho caso siempre se discute si ello debe abarcar las deudas que puedan estar sustentadas en los mencionados documentos, o si se excluyen del arbitraje para dejar los procedimientos especiales contenciosos, con la posibilidad de medidas cautelares *ope lege*, para la jurisdicción del poder judicial

Incluso, en el supuesto de que se decida incluir dichas obligaciones como susceptibles de ser debatidas en sede arbitral, si dicho mecanismo sólo se utilizaría hasta determinada etapa, pues se tramitaría la materialización de la medida cautelar, pero de haber oposición al decreto de intimación al pago, se trasladaría el proceso al poder judicial.

Hay incluso pensamientos acerca de si pudiera ser un asunto de gradualidad, es decir, iniciar el cobro vía procedimiento arbitral para debatir el contradictorio del derecho involucrado, y una vez resuelto, que se tramite la vía ejecutiva en el poder judicial.

Ello por supuesto estaría reñido con el principio *perpetuatio jurisdictionis* como de manera general lo concibe la doctrina y la jurisprudencia (jurisdicción y competencia), consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual podría sostenerse que, una vez iniciado el procedimiento, debe seguirlo conociendo el ente del cual se trate.

No obstante, la disposición prevista en el artículo 3 *ibidem*, está referida a la inmodificabilidad de la jurisdicción y la competencia sólo respecto a los hechos que dan origen a la acción para el momento de su interposición.

En efecto, el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil contempla que:

La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.

Sin embargo, entendemos que si las partes en el ejercicio de su autonomía de voluntad, hacen una regulación al respecto y lo prevén antes del inicio del juicio, nada obstaría a que una determinada etapa del procedimiento sea llevada por el arbitraje y otra por la jurisdicción judicial.

La Sala Político Administrativa de nuestro máximo Tribunal de Justicia, en sentencia de fecha 21/12/2005, caso ALEXIS JOSÉ BRACHO GUERRA contra la REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, estableció:

... el ordenamiento jurídico venezolano consagra en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, el principio según el cual las reglas sobre la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta para todo el transcurso del proceso ante los cambios sobrevenidos en ellas, son las reglas o criterios atributivos que existían para el momento de la presentación de la demanda. Así, dicha norma establece lo siguiente:

(...omissis...)

En tal principio procesal, denominado por la doctrina como “perpetuatio iurisdictionis”, han quedado comprendidos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la jurisdicción y la competencia; sin embargo, debe precisarse que en aquellos supuestos en los cuales se produzca una variación en la competencia de un tribunal, el principio que resulta aplicable es el denominado “perpetuatio fori”.

Por tanto, sin entrar en una discusión acerca de si son de orden público o no las reglas de la jurisdicción y competencia, las mismas ceden al establecerse por las partes que la controversia sea resuelta por un tribunal arbitral, caso en el cual están definiendo, con antelación al inicio de la demanda o solicitud, pasos a seguir en materia no solo de capacidad jurisdiccional sino de domicilio, cuantía, materia y demás características procesales de la controversia.

Por otro lado, refiriéndonos al tipo de documentación que sustenta la obligación, siendo que las deudas líquidas y exigibles plasmadas en documentos como las facturas, documentos privados, letras de cambio, cheques, pagarés, préstamos a interés, préstamos hipotecarios, se tratan de contratos donde son susceptibles las transacciones –salvo en caso de contratos regulados por leyes especiales con salvedades específicas⁷-, las controversias de ellos derivadas pueden ser conocidas por un tribunal arbitral.

Hemos visto en la banca, como por ejemplo en el Contrato General de Servicios del Banco Venezolano de Crédito⁸:

1.17.- Las partes harán sus mayores esfuerzos a fin de resolver amistosamente cualquier inconveniente y/o controversia que surja en la ejecución y/o interpretación de este documento. Las partes se obligan a resolver cualquier disputa, reclamo, controversia, desacuerdo y/o diferencia relacionada, derivada o en conexión con este contrato o relacionada en cualquier forma con la legalidad, interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación, resolución, rescisión y validez de la misma que no pueda ser resuelta amistosamente, mediante arbitraje, según lo establecido aquí.

Como se puede evidenciar, no hay mención alguna sobre el cobro de deudas o intimaciones al pago, a menos que la palabra “ejecución” abarque dicho cobro. Adicionalmente, no hay mención sobre las medidas cautelares, con lo cual se entiende conforme a la ley que, como no hay salvedad, podrá el tribunal arbitral que corresponda decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas.

De la misma manera, en las empresas de seguro existe una regulación específica, en la Providencia FSAA-9-3683 con la NORMAS PARA REGULAR LOS MECANISMOS

⁷ Véanse por ejemplo las diversas leyes especiales que regulan el tema de la vivienda cuando es otorgada o financiada por el estado y se establecen limitaciones a la disposición del derecho de propiedad, derechos de rescate, derechos de preferencia y demás modalidades que limitan la voluntad del propietario.

⁸ <http://www.venezolano.com/contrato-general/>

ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. Allí se establece en una regulación similar a la ley especial y a las normas de los reglamentos de arbitrajes institucionales antes referidos, que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Árbitro Arbitrador podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio.

Recordemos que según el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

A nivel internacional, en países con instituciones arbitrales más desarrolladas o de mayor experiencia, vemos que existen arbitrajes de consumo, que operan automáticamente al hacer determinadas compras, o arbitrajes en los contratos de algunos bienes y servicios – por ejemplo, los de las tarjetas de crédito, teléfonos celulares y servicios médicos –.

1.2. El arbitraje como mecanismo de cobro de deudas fundamentadas en documento que apareje ejecución, en el marco de un contrato con múltiples obligaciones.

El principal problema al que se refiere este ensayo es si se pueden realizar procedimientos arbitrales para el cobro de deudas plasmadas en documentos que aparejen ejecución⁹. Adicionalmente, si hay distinción en caso de que dichas deudas estén generadas en el marco de un contrato en el cual se ha establecido una cláusula arbitral.

En efecto, dentro de un contrato con esa elección de jurisdicción como mecanismo de solución de controversias, pueden generarse distintas obligaciones, que alcancen a ser liquidadas y exigibles, documentadas en facturas, por ejemplo, y que, aun estando en desarrollo la contratación general deba ser necesario ejercer la acción para su cobro por razones de prescripción, o posible insolvencia, por ejemplo.

Se debe entender que el acuerdo arbitral abarca esta acción procesal contentiva de la pretensión del cobro de una deuda líquida y exigible, debidamente documentada, o por el contrario se debe concluir que ello, al tener un procedimiento especial inyuntivo, previsto en la legislación, queda excluido de dicha elección del arbitraje como medio de solución de controversias.

⁹ En un punto de vista strictu sensu, en Venezuela no existen títulos ejecutivos aparte de la sentencia. Ver Código Civil Artículo 1.930.—Los bienes, derechos y acciones, sobre los cuales haya de llevarse a cabo la ejecución, no podrán rematarse sino después que haya una sentencia ejecutoriada o un acto equivalente, y que se haya determinado el crédito, cualquiera que sea su naturaleza, en una cantidad de dinero; ni podrá decretarse el embargo preventivo antes de haberse propuesto la demanda sin que haya a lo menos presunción grave de la obligación.

Hemos sabido de varios juicios arbitrales en los cuales se ha pretendido el cobro de cantidades de dinero¹⁰. Sin embargo, desconocemos los límites materiales de las cláusulas arbitrales.

Es interesante en este particular, recordar la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso DISTRIBUIDORA DE MATERIALES PETROLEROS Y PETROQUÍMICOS, C.A. (DIMAPECA), contra la empresa SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A., de fecha 27 de abril de 2010, en la cual se estableció, con ocasión de la regulación de la jurisdicción opuesta por la parte demandada, alegando la existencia de una cláusula arbitral, lo siguiente:

. . .Distribuidora de Materiales Petroleros y Petroquímicos, C.A. (DIMAPECA), hizo uso de un procedimiento especial -procedimiento por intimación o monitorio-, el cual está dispuesto a favor de quien alega tener algún derecho de crédito insatisfecho. Este procedimiento ejecutivo ha sido definido como aquel de cognición reducida, con carácter sumario, apto -como se indicó- a favor de quien tenga derechos de créditos que hacer valer, asistidos por una prueba escrita.

Así, debe advertirse que, en dichas facturas, no se establece limitación alguna para hacer uso de esta vía (la de intimación), toda vez que como se indicó, es un procedimiento diseñado para el cobro o satisfacción de una obligación de dar, en este caso, el pago de una suma líquida y exigible de dinero, por lo que no estaba impedida la parte actora en cuanto a la escogencia de este procedimiento especial.

Y lo más importante a los efectos del tema que particularmente nos ocupa, es decir, si la cláusula arbitral abarca este tipo de obligaciones en el marco de un contrato general, se estableció:

De otra parte, la Sala debe precisar que al no estar referido el *thema decidendum* a cuestiones vinculadas directamente con el contrato, esto es, con su cumplimiento, nulidad, resolución u otro aspecto, mal podría ser invocada la existencia de la cláusula compromisoria de arbitraje para sustraer del conocimiento del Poder Judicial el caso de autos, siendo que en la referida cláusula se dispuso que "cualquier disputa que surja o esté relacionada con este Acuerdo", lo cual no se verifica en este caso al pretenderse con la demanda simplemente el cobro de unas facturas, que no aparecen vinculadas con el referido contrato.

Como se puede ver, en la sentencia se hizo distinción sin mayores fundamentos, entre las controversias por cumplimiento, nulidad, resolución u otro aspecto, y aquellas que pretenden simplemente el cobro de unas facturas.

¹⁰ Ver por ejemplo caso en Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Caracas, en fecha 16 de febrero de 2012, donde se declaró con lugar la acción que por cobro de bolívares intentara la sociedad mercantil MARCELO & RIVERO C.A., contra la sociedad mercantil DISTRIBUIDORA EL RODEO C.A., condenando a ésta última al pago de las facturas demandadas y sus correspondientes intereses moratorios

Por ello, se entiende que, si las facturas hubiesen estado atadas o vinculadas al contrato, con alguna mención en el cuerpo de las mismas, tal vez la solución judicial hubiese sido otra y sí se hubiese declarado la falta de jurisdicción del poder judicial en favor del juez natural designado por las partes que fue el tribunal arbitral.

2. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales

2.1. Regulación general de la procedencia de medidas cautelares en arbitraje.

Superada como sea la posibilidad de existir procedimientos arbitrales de cobros de deudas documentadas en instrumentos que aparezcan ejecución, es decir, que procesalmente pueden convertirse en título ejecutivo, de seguidas viene la duda acerca de la eficiencia o eficacia de una medida cautelar en sede arbitral, en comparación con una medida cautelar en sede judicial.

En efecto, el gran atractivo de un procedimiento especial contencioso en sede judicial conforme al Código de Procedimiento Civil, es que las medidas cautelares proceden de pleno derecho si la demanda está sustentada en determinado tipo de documento con ciertas características, y se tramita el proceso de manera especial y expedita.

Es así como al intentarse una demanda por intimación de factura, por ejemplo, en sede judicial, junto con la admisión de la demanda debe decretarse la medida cautelar si se cumplen los supuestos documentales, y en breves días se pudiese estar materializando la cautelar sin costos derivados de emolumentos o aranceles, ni necesidad de formar un tribunal previamente.

Por supuesto en contrapartida, nos podemos encontrar con un procedimiento ejecutivo o especial, que puede convertirse en ordinario, con incidencias no solo dentro de la cautelar, sino del procedimiento principal, con segunda instancia y eventual casación, todo lo cual afecta la agilidad de un procedimiento especial que en teoría debe ser sencillo y breve.

Ello sin dejar de lado las discusiones acerca de que debe considerarse como factura solo la referida a la compraventa y no a los servicios¹¹ –lo cual es una insensatez–; o la referida a la aceptación tácita o expresa de la factura para que se entienda como factura aceptada¹².

¹¹ Con lo cual se estaría suprimiendo de una vez con la posibilidad de usar el procedimiento especial de intimación a todo el sector de servicios, tan amplio e importante en la economía de un país, sobre todo por ser el sector de la economía de las pequeñas y medianas empresas PYMES, que lo que hacen es prestar servicios con personas y su esfuerzo comercial personal

¹² Ver sentencia por la cual se consideran facturas aceptadas aquellas que no han sido reclamadas dentro de los ocho (8) días siguientes a su entrega. En efecto, en la decisión dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 12 de agosto de 1998, caso: "Distribuidora Técnica de Pinturas, S.A."

En la Ley de Arbitraje Comercial se establece en su artículo 26 que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

De seguidas, en el artículo 28 se establece que el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

Como se puede ver, si la medida cautelar acarrea algún tipo de acción material, como podría ser un embargo o un tipo determinado de medida innominada, habría que hacer un trámite judicial pues es el poder judicial el que tiene la facultad de coacción, el *imperium iudicis*, lo cual implicaría un paso adicional, que desmotivaría el beneficio del arbitraje para este tipo de cobranzas.¹³ No obstante, no debería haber conflicto si el ejecutado en la cautelar, la acepta y en cumplimiento de su voluntad al firmar la cláusula, asume la decisión del árbitro.

No hay en la ley más regulación al respecto, pero se entiende que los árbitros deben aplicar el régimen legal establecido en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por supuesto teniendo en cuenta que, conforme a la ley, en el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias. Los árbitros deberán resolver sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse.

Siempre será un problema el que existan alegatos para una eventual incidencia, y que la misma no pueda darse. La parte interesada en ella, por sanos y razonables motivos, pudiera sentir que es injusto que ello no se tramite, pero es intención y espíritu del procedimiento arbitral que el mismo se lleve en acatamiento a un principio de celeridad.

Por ejemplo, si bien se regula la oposición a la cautelar en los reglamentos de centros institucionales, no habría incidencia derivada de la eficacia o suficiencia de la garantía, aunque los árbitros pudieran modificar su cuantificación de forma prudente y motivada de acuerdo a lo que informen las partes.

¹³ Recordemos que, conforme a Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 22 de abril de dos mil cinco (2005), n° 02-2491, el árbitro no puede ejecutar ninguna medida cautelar o ejecutiva, según su particular interpretación del art. 28 de la Ley de Arbitraje. Arbitro que ejecute medida cautelar alguna incurre en usurpación de funciones.

2.2. Regulación de las incidencias de medidas cautelares en arbitrajes institucionales.

La falta de regulación especial en materia de medidas cautelares, ha hecho que en los reglamentos de los centros de arbitraje institucional se establezcan las normas al respecto.

Dichas normativas incluyen, sin mayor formalidad ni precisión de lapsos, pautas para la constitución de un tribunal de urgencia o emergencia para la cautela, para los gastos iniciales a tal fin, menciones acerca de la motivación de la cautela y posible constitución de garantía para su decreto, incidencias de suspensión por ofrecer caucionamiento, así como trámites de oposición que pueden desembocar en la revocación, suspensión o confirmación de la cautelar.¹⁴

Por supuesto, también se regula el supuesto en el cual, el Tribunal Arbitral o cualquiera de las partes, pueda pedir asistencia a un tribunal competente para la ejecución de las Medidas Cautelares dictadas. Y en el caso de que no requieran el uso de la fuerza pública, el Tribunal Arbitral podrá oficiar directamente a órganos de la Administración Pública o a entidades privadas.

Debemos recordar tal como lo ha dicho el Tribunal Supremo de Justicia en varias oportunidades, que es el Poder Judicial el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia¹⁵.

3. Las medidas cautelares en procedimientos judiciales

3.1. El régimen general de la cautela.

Como es sabido, conforme al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, las medidas preventivas las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

De la misma manera, conforme al artículo 588 podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida típica que hubiere decretado (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar).

¹⁴ Ver artículo 38 Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA. También el Reglamento de REGLAMENTO GENERAL DE CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS en <https://arbitrajeccc.org/>

¹⁵ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, 192/2008

Adicionalmente, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, (medidas innominadas), cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por supuesto existe todo un régimen cautelar por caucionamiento, para decretar las medidas cuando no se cumplan los extremos de ley y en contrapartida, la posibilidad también de suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590.

Dicho artículo 589 establece que no se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se hayan pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente.

Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta. Este mecanismo también se utiliza para el caso de objetar la eficacia o suficiencia de la caución otorgada para que se decretara la medida.

3.2. El régimen de la cautela en procedimientos especiales contenciosos.

En algunos procedimientos especiales contenciosos, en los cuales se pretende el cobro basado en un documento que apareja ejecución, se otorga la medida por el solo hecho de establecerse por ley tal carácter y por tanto, el otorgamiento de la medida cautelar es por orden de ley, y no por vía causada (con la prueba de la existencia de los requisitos del artículo 585), ni caucionada (con el otorgamiento de caución suficiente conforme a la ley para responder por los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar).

Nos referimos a procedimientos como el de intimación, para entrega de cosas o el cobro de deudas líquidas y exigibles, o al procedimiento de ejecución de hipoteca, por ejemplo. Así mismo, a algunos procedimientos de leyes especiales. No nos referimos al procedimiento de ejecución de créditos fiscales ni al de ejecución de prenda.

En efecto, nos referimos entonces dentro de la normativa general procesal, al procedimiento de intimación, en el cual si la demanda estuviere fundada en instrumento público, instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, facturas aceptadas o en letras de cambio, pagarés, cheques, y en cualesquiera otros documentos negociables, el Juez a solicitud del demandante, decretará embargo provisional de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar inmuebles o secuestro de bienes

determinados. Como se denota, es una orden para el juez decretar la medida si se cumplen esos extremos.

En el procedimiento de ejecución de hipoteca, si el documento constitutivo de la hipoteca está registrado en la jurisdicción donde esté situado el inmueble, si las obligaciones que ella garantiza son líquidas de plazo vencido, y no ha transcurrido el lapso de la prescripción, y si las obligaciones no se encuentran sujetas a condiciones u otras modalidades, bastará que el juez decrete inmediatamente la prohibición de enajenar y gravar el inmueble hipotecado, lo cual notificará inmediatamente al Registrador respectivo.

3.3. Los recursos procesales en incidencias de medidas cautelares en sede judicial.

En sentido general, tenemos un régimen procedimental tanto en el Código de Procedimiento Civil como en leyes especiales, que en cuanto a la oposición a las medidas preventivas las divide en dos: La oposición de parte y la oposición de terceros.

Conforme al artículo 602, dentro del tercer día (debe entenderse dentro de los tres días, conforme a la jurisprudencia) siguiente a la ejecución de la medida preventiva (debe entenderse que también puede hacerse antes de que se dicte, conforme a la jurisprudencia), si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promueven y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

En los casos a que se refiere el artículo 590 referido a las medidas dictadas vía caucionamiento, no habrá oposición, ni la articulación probatoria, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589, es decir, por vía de caucionamiento igualmente.

Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto, dejándose establecido que la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregará el cuaderno separado de aquéllas, cuando se hayan terminado.

Por su parte, en cuanto a la oposición de terceros, el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, establece que si al practicar el embargo, o después de practicado y hasta el día siguiente a la publicación del último cartel de remate, se presentare algún tercero alegando ser el tenedor legítimo de la cosa, el Juez aunque actúe por comisión,

en el mismo acto, suspenderá el embargo si aquella se encontrare verdaderamente en su poder y, presentare el opositor prueba fehaciente de la propiedad de la cosa por un acto jurídico válido.

Pero si el ejecutante o el ejecutado se opusieren a su vez a la pretensión del tercero, con otra prueba fehaciente, el Juez no suspenderá el embargo, y abrirá una articulación probatoria de ocho días sobre a quién debe ser atribuida la tenencia, decidiendo al noveno, sin conceder término de distancia.

El Juez en su sentencia revocará el embargo si el tercero prueba su propiedad sobre la cosa. En caso contrario confirmará el embargo, pero si resultare probado que el opositor sólo es un poseedor precario a nombre del ejecutado, o que sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, se ratificará el embargo, pero respetando el derecho del tercero.

Si la cosa objeto del embargo produce frutos se declararán embargados éstos, y su producto se destinará a la satisfacción de la ejecución. En este último caso la cosa podrá ser objeto de remate, pero aquél a quien se le adjudique estará obligado a respetar el derecho del tercero, y para la fijación del justiprecio de la cosa embargada se tomará en cuenta esta circunstancia.

De la decisión se oirá apelación en un solo efecto, y en los casos en que conforme al artículo 312 de este Código sea admisible, el recurso de casación.

Si se agotaren todos los recursos la sentencia producirá cosa juzgada, pero la parte perdedora en vez de apelar de la sentencia de primera instancia podrá proponer el correspondiente juicio de tercería, si hubiere lugar a él.

4. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales para cobro de deudas con título ejecutivo.

4.1. Procedencia en arbitraje institucional, de medidas cautelares en cobro de deudas con título ejecutivo.

Quando hemos dicho que existen facultades de los árbitros para dictar medidas cautelares y de la misma manera, existe una característica distintiva de los jueces del poder judicial en materia cautelar y de ejecución, en el sentido de que son los únicos con poder de coacción, nos encontramos que, cuando se trata de procedencia en arbitraje institucional, de medidas cautelares en cobro de deudas con título ejecutivo, ambas características confluyen.

El problema es que, si se trata de este tipo de obligaciones, la materialización de la cautelar no se da en forma inmediata en sede arbitral, y esa inmediatez que es

el atractivo principal de un procedimiento especial para este tipo de acciones, está ausente, debiéndose acudir al poder judicial.

En la exposición de motivos del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC)¹⁶, se establece:

Solicitud de Medidas Cautelares de Urgencia.

Antes del inicio del procedimiento arbitral, junto con la solicitud de Arbitraje o, habiéndose iniciado el arbitraje y antes de la constitución del Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto, la parte interesada podrá solicitar a la Dirección Ejecutiva del CACC el nombramiento de un Tribunal Arbitral de Emergencia para que decrete una medida cautelar de urgencia. El Tribunal estará compuesto por un árbitro único. A los fines de garantizar la operatividad de este nuevo mecanismo, el Comité Ejecutivo elaborará periódicamente una lista integrada por las personas que hayan aceptado la invitación para actuar como árbitros de emergencia.

Solicitud de Medidas Cautelares después de la Constitución del Tribunal Arbitral.

Se incluye la previsión conforme a la cual, dependiendo de la naturaleza de la medida cautelar a ejecutar, el Tribunal Arbitral o cualquiera de las partes, con aprobación del Tribunal Arbitral, podrá pedir asistencia a un tribunal competente para la ejecución de las Medidas Cautelares dictadas conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje. Cuando se trate de medidas que no requieran el uso de la fuerza pública, el Tribunal Arbitral podrá officiar directamente a órganos de la Administración Pública, incluyendo oficinas subalternas de registro inmobiliario, o a entidades privadas.

Ello denota que es posible la materialización de medidas cautelares, solicitadas antes o durante el procedimiento, con la particularidad de que cuando se trate de medidas cautelares de urgencia, se harán con un Tribunal Arbitral de Emergencia, con árbitro único, designado de una lista de árbitros para tal fin. Entendemos que se trata de casos en los cuales es posible que la contraparte contra la cual iría, aun no estaría enterada de la existencia del proceso y por ende de la medida.

Dicha concepción ha sido regulada de la siguiente manera en su articulado:

MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA

ARTÍCULO 24. Solicitud de Medidas Cautelares de Urgencia. Cuando uno de los interesados requiera el decreto de Medidas Cautelares de Urgencia antes del inicio del arbitraje, con la Solicitud de Arbitraje o durante el transcurso del procedimiento arbitral, antes de la constitución del Tribunal Arbitral, podrá dirigir una petición por escrito a la Dirección Ejecutiva para que esta designe un Tribunal Arbitral de Emergencia, quien aplicará lo dispuesto en el artículo 66 de este Reglamento.

¹⁶ Anexo al Reglamento de Arbitraje aprobado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, en Caracas a los doce (12) días del mes de noviembre del año dos mil doce (2012), en vigencia el día primero (1) de Febrero de dos mil trece (2013). Modificación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Anexo al Reglamento de Arbitraje aprobada por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, en la ciudad de Caracas a los nueve (9) días del mes de noviembre de 2016 y con entrada en vigencia a partir de la misma fecha.

ARTÍCULO 25. Contenido de Solicitud. Si la Medida Cautelar de Urgencia es solicitada con antelación al inicio del procedimiento arbitral, la Solicitud deberá contener:

- a) Identificación de las partes, incluyendo direcciones físicas y electrónicas y números telefónicos.
- b) La descripción de la disputa a ser sometida a arbitraje y de las circunstancias que ameritan el decreto de la medida cautelar.
- c) La indicación de la medida cautelar solicitada y la fundamentación de la petición.
- d) El documento donde conste que las partes se han sometido a arbitraje, así como cualquier otro instrumento que fundamente su petición.

El artículo 66 al cual remite el artículo 24, hace referencia a la necesidad de fundamentar y probar la necesidad de la medida,

ARTÍCULO 66. Medidas Cautelares. A partir de su constitución, el Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto podrá de oficio o a solicitud de parte decretar las Medidas Cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. A los fines de su dictamen, el Tribunal Arbitral podrá solicitar al interesado, dentro del plazo que estime razonable, la presentación de aclaratorias o la ampliación de las pruebas que demuestren la necesidad de su decreto, así como el otorgamiento de una caución o de una garantía que considere suficiente.

Como se puede evidencia, no hay referencia alguna a medidas cautelares para el caso de que su procedencia sea por mandato legal, como ocurre con las medidas cautelares previstas en el TÍTULO II., de LOS JUICIOS EJECUTIVOS, en el Código de Procedimiento Civil venezolano, como son los procedimientos especiales contenciosos fundamentados en documentos que aparejan ejecución, tal como en los procedimientos de intimación (art. 646), ejecución de hipoteca (Art. 661).

Por su parte el Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (CEDCA), establece:

Artículo 38. Medidas cautelares

38.1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, por los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarle. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.

38.2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgencia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directorio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle.

En un sistema reglamentario similar al del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, se establece un Tribunal de Urgencia, con un (1) sólo árbitro, pero se hace mención a que se podrá someter la cautela a la existencia de una caución o garantía, sin mencionar algo acerca de que puedan existir documentos que aparezcan ejecución, al punto que el decreto de la medida debe estar motivado (entendemos que con los requisitos generales de las cautelas establecidos en el artículo 585 del CPC).

El que en ambos reglamentos se establezca que dicha cautelar se tramite por un (1) solo árbitro, denota que se busca un procedimiento sin la necesidad de convocar a la parte demandada para conformar el tribunal, a fin de que se pueda efectivamente practicar una medida cautelar, *inaudita parte*.

4.2. Los recursos procesales en incidencias de medidas cautelares en sede arbitral institucional.

En el Reglamento del CACCC, se establece:

ARTÍCULO 35. Oposición al Decreto de la Medida Cautelar de Urgencia. La parte contra quien obra la medida cautelar o el tercero afectado por la misma podrán oponerse a su decreto, mediante la presentación de un escrito ante la Dirección Ejecutiva del CACC, en el cual exponga sus objeciones y consigne los documentos que demuestren prueba fehaciente de sus alegatos.

El Tribunal Arbitral de Emergencia, en atención a las circunstancias del caso y a la brevedad posible, podrá confirmar, revocar, anular, ampliar o modificar el decreto de la medida. Esta decisión podrá estar supeditada a que la parte afectada otorgue una caución o una garantía que el Tribunal considere suficiente.

En el mismo Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (CEDCA), en cuanto a la oposición a las medidas se establece:

38.5. Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará en electrónico ante el Director Ejecutivo del CEDCA. El Tribunal Arbitral de Urgencia que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición. Sin perjuicio de lo anterior, si la parte interesada lo solicita, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 24 y 25 de este Reglamento, será el encargado de revisar la oposición. De igual forma, será el encargado de revocar, modificar, suspender o confirmar la medida dictada, o será el encargado de exigir la ampliación de la garantía otorgada, o de declarar que esta garantía ya no es necesaria.

Por la prohibición de incidencias adicionales a las que expresamente estén pautadas, como la de oposición, no se hace referencia a articulación probatoria alguna, aunque los árbitros deberán fijar cómo lo harán. No hay un régimen de control de la caución por razones de suficiencia o eficacia. Tampoco se hace mención a recursos en contra de la decisión que se genere en dicha incidencia de oposición, atendiendo al principio de una sola instancia en sede arbitral.

Lo que es interesante en ambos reglamentos, es que los terceros o cualquier persona que resulte afectada por la medida, podrá hacer oposición, aunque no sean partes del contrato con la cláusula arbitral.

Ello se entiende pues nada impide que el tercero participe en este proceso en el cual contará con los derechos y garantías procesales para su defensa, y todo un bagaje normativo y reglamentario dentro de la legislación, para que ejerza sus derechos en un debido proceso, de manera justa y equitativa para todos los involucrados en la relación jurídica del juicio y de todas las conexas al mismo.

Además, evitaría mayores gastos, y retardos, así como se evitaría recargar a las partes con procedimientos adicionales que en nada ayudan a la celeridad de la solución de la controversia.

De esta manera, si bien es una materia no regulada, la interpretación y accionar del árbitro que se designe, deberá ser progresiva, y extenderse en el sentido de favorecer una solución efectiva de la controversia, atendiendo al espíritu de las partes tanto principales como los directa o indirectamente vinculados (sobre todo cuando hay un conocimiento implícito de la existencia del arbitraje en la contratación), y atendiendo a la necesaria eficacia del procedimiento.¹⁷

Adicionalmente, una sana practica procesal y un ánimo en el cual prevalezca la necesidad de una solución de la controversia, pudiera evitar las infinitas complicaciones que pueden presentarse en una ejecución de medidas cautelares, por las diversas peticiones que pueden hacer las partes o terceros, y las distintas soluciones que se plantean para ello.¹⁸

4.3. Procedencia en arbitraje independientes, de medidas cautelares en cobro de deudas con título ejecutivo.

Nada obsta para que las partes, en ejercicio de su voluntad contractual, establezcan pautas y procedimientos específicos para el caso de juicios arbitrales que incluyan el trámite de acciones ejecutivas derivadas de documentos que aparejen ejecución como es el caso de cobros que en sede judicial podrían tomar la vía del procedimiento de intimación o la ejecución de hipoteca.

El problema siempre estará en la pertinencia o efectividad de procurar dicho cobro por vía arbitral con la necesidad de constituir un tribunal previamente, aunque sea de urgencia o emergencia, así como la necesidad de hacer pagos de emolumentos al centro del cual se trate.

¹⁷ En el mismo sentido, Hernando Díaz-Candía, en su obra *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica*, Arbitraje, vol. VIII, n° 2, 2015, pp. 413–442, al referirse al tema específico de las Partes no signatarias y terceros intervinientes

¹⁸ Al respecto, ver Mezgravis, Andrés A. *Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano*, Revista de Estudiantes de Derecho de La Universidad Monteávila.

También, es inevitable hacer la comparación con un procedimiento ejecutivo judicial (vía ejecutiva), que permite a la parte demandante ir realizando actos propios de la ejecución, con un embargo ejecutivo que se dictaría con la misma admisión de la demanda.

4.4. Antecedentes jurisprudenciales y de derecho comparado sobre medidas cautelares en cobro de títulos ejecutivos en sede arbitral.

Es importante recordar acá, que dada la divergencia de opiniones que existían en el Tribunal Supremo de Justicia, sobre todo entre los Magistrados de la Sala Civil y los de la Sala Político Administrativa¹⁹, hubo una tendencia de los abogados litigantes de alegar la existencia de un convenio arbitral por vías distintas, dependiendo de la posición en la cual se encontrasen. Así, para evitar que se tramitara una cuestión previa de Falta de Jurisdicción (artículo 349), en la Sala Político Administrativa, se alegada la Prohibición de ley de admitir la acción propuesta (ordinal 11 del artículo 346), a fin de que se tramitase la incidencia en la Sala Civil.

El escoger una u otra vía ocasiona un trámite procedimental distinto. En efecto, si se alega a Falta de Jurisdicción, conforme al artículo 349 el Juez decidirá sobre las mismas en el quinto día siguiente al vencimiento del lapso del emplazamiento, ateniéndose únicamente a lo que resulte de los autos y de los documentos presentados por las partes. La decisión sólo será impugnable mediante la solicitud de regulación de la jurisdicción o de la competencia.

Ello sin ahondar acá sobre la problemática existente en aplicación del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil para el trámite o no de la regulación de la jurisdicción si se trata de la existencia de un arbitraje institucional o independiente, que debe ser alegada por la parte, a diferencia de una falta de jurisdicción con respecto al juez extranjero o a la administración pública, que sí puede declarar de oficio el juez²⁰.

En efecto, dicha cuestión previa contenida en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la prohibición de la ley de admitir la

¹⁹ Ver En una sentencia dictada el 23 de mayo de 2001, en el caso Soficrédito Banco de Inversión, C.A. contra Grupo Inmensa, C.A. y Coresmalt, la SPA recrimina a un juez de instancia por haberse declarado incompetente en presencia de un acuerdo de arbitraje. La SPA estableció: "Resulta evidente que al no pertenecer los árbitros a que hace referencia la LAC, al Poder Judicial (a pesar de estar comprendido dentro del sistema judicial como Órganos alternativos de solución de controversias, artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999), mal podía plantearse un problema de competencia"

²⁰ Anzola J. Eloy y Zumbiehl Frédéric, *Ibid.* p. 8. Ver sentencia Banco Venezolano de Crédito del 24 de febrero de 2002, la SPA adoptó un criterio diferente. Al discurrir sobre las vías por las cuales la SPA debe conocer la jurisdicción de los jueces estatales, la SPA menciona otros casos de regulación de jurisdicción, indicando que "La consulta obligatoria que exige el Código de Procedimiento Civil (debe darse también) cuando el tribunal de la causa declara su falta de jurisdicción a favor de árbitros institucionales o independientes." Esta solución está confirmada al menos de manera tácita por la decisión del 18 de noviembre de 2003 en el caso República Bolivariana de Venezuela contra Autopista Concesionada de Venezuela en la cual SPA precisa que la existencia de un arbitraje local o internacional constituye un tercer caso de falta de jurisdicción además de los enunciados precedentemente.

acción propuesta prevista en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial que establece que, al existir un acuerdo de arbitraje entre las partes éstas se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

Hacemos esta breve disquisición acerca de la falta de jurisdicción y su trámite, pues es posible que se discuta que, si bien la cláusula arbitral existe, la misma no abarca los cobros de deudas que puedan surgir de la relación contractual y que consten en documentos que aparejen ejecución.

Es importante advertir que si en un caso específico, una parte se hubiese limitado a realizar una simple oposición al decreto de intimación para convertirlo en un proceso ordinario sin hacer valer esta cuestión previa de falta de jurisdicción con respecto al arbitraje institucional o independiente, entonces se pudiese interpretar, conforme a la doctrina y jurisprudencia reiterada en materia de arbitraje, que renunciaba a dicho acuerdo de arbitraje y se sometía a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Como hemos visto, se ha discutido la procedencia de la cláusula arbitral, para el caso del simplemente cobrar deudas que tengan un documento que habilite un procedimiento especial intimatorio, aunque no se discuta la validez del acuerdo arbitral ni su procedencia para otros asuntos relacionados con la interpretación desarrollo y conclusión del contrato.

Ahora bien, suponiendo que sí se acepte la jurisdicción arbitral y que tomando las previsiones del caso para que no pueda ser alegada la falta de jurisdicción por detalles o formalidades, es decir, se vinculen las facturas, por ejemplo, al convenio arbitral, ¿cómo se tramitarían las medidas cautelares en sede arbitral cuando hay una deuda que apareje ejecución?

En este particular es oportuno recordar casos en los cuales se excluye al poder judicial del conocimiento de casos similares. En sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, *Caso: TROMSON DE VENEZUELA, EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, C.A. vs. PEPSICO ALIMENTOS, S.C.A. de fecha 30 de julio del 2013*, se trataba de un caso en el cual la demandante compareció ante el Juzgado de Primera Instancia competente e interpuso demanda por cobro de bolívares (intimación) conjuntamente con medidas cautelares de embargo, prohibición de enajenar y gravar, y secuestro.

La parte demandada compareció al proceso y dejó expresa constancia de que la notificación no implicaba una renuncia a la jurisdicción arbitral que fue pactada entre las partes, y que sería alegada y exigida en la oportunidad procesal pertinente. De hecho, se alegó la falta de jurisdicción y el tribunal supremo en la sentencia referida, decidió que no existe una "renuncia expresa o tácita", por parte de la demandada, respecto a la cláusula compromisoria citada, por el contrario, se observa que la misma insistió en la

validez de dicha cláusula frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Por ello, en aplicación de la Ley y de los criterios jurisprudenciales se concluye que la acción planteada debe ser admitida, sustanciada y decidida por el tribunal arbitral convenido previamente por las partes (Vid. sentencias Nos. 01627 y 00058 de esta Sala de fechas 11 de noviembre de 2009 y 19 de enero de 2011, respectivamente). Por tanto, se declaró que el Poder Judicial no tiene jurisdicción frente al arbitraje y, en consecuencia, confirma el fallo consultado dictado por el Juzgado Primero de Primera Instancia.

De esta manera, se debió proseguir por vía arbitral, aunque desconocemos cómo se tramitó la medida cautelar, si es que ese fue el caso.

En derecho comparado, podemos ver sistemas legislativos donde se discute la procedencia del arbitraje para este tipo de procedimientos intimación.

En Costa Rica, por ejemplo, la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (RAC) en su artículo 18 permite que las partes convengan por escrito, que las divergencias relacionadas con un contrato o con una relación jurídica se sometan a arbitraje, siempre que el convenio no se oponga a las normas prohibitivas o imperativas del ordenamiento.

El objeto de la disputa debe ser patrimonial, que sean derechos disponibles y que sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

Conforme lo relata el Sr. Fernando Montero Piña²¹, desde la promulgación de la ley RAC, se ha sostenido que únicamente se deben resolver pretensiones declarativas. No obstante, le parece que es hora de pensar y actuar, para que el arbitraje no se limite a resolver exclusivamente ese tipo de controversias, con el fin de que pueda ampliarse a la ejecución de contratos dinerarios que han sido incumplidos, tales como: la relación hipotecaria; el convenio de préstamo con garantía de cédulas hipotecarias; contratos bancarios de préstamos dinerarios con garantía mobiliaria; acuerdos de fideicomiso de garantía, entre otros.

En Perú, se ha propuesto el arbitraje para descargar a los tribunales judiciales de la cantidad de juicios de ejecuciones de hipoteca²². No obstante ello es discutido pues se han dado alegatos para exceptuar la hipoteca de procedimientos arbitrales²³.

²¹ <https://www.crhoy.com/opinion/el-lector-opina/opinion-la-ejecucion-hipotecaria-en-sede-arbitral/>

²² <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-148/Moneda-148-10.pdf>

²³ Ver caso CODISA-COFIDE (cesionaria de los derechos de ENTURPERÚ) que inició un proceso de ejecución de garantías en el fuero judicial. CODISA presentó una excepción de convenio arbitral. Si bien el juzgado civil desestimó la excepción planteada por CODISA, luego de iniciado un proceso de amparo por esta empresa, el Tribunal Constitucional le dio la razón, señalando que, incluso la ejecución de la hipoteca debió ser ventilada en el fuero arbitral. Una de las defensas empleadas por COFIDE consistió en señalar que la ejecución hipotecaria no era materia disponible por las partes, por lo que no podía ser discutida en un arbitraje.

Allí se ha establecido que en el Perú las hipotecas se ejecutan judicialmente. Sólo en Lima se tramitan al mes aproximadamente 150 procesos de ejecución de hipotecas en el Poder Judicial y éstas, en el mejor de los casos, pueden durar entre 2 y 3 años.

Esto podría acelerarse y volverse más eficiente con modificaciones en el marco del procedimiento judicial, pero sobre todo trasladando buena parte de este volumen de controversias al arbitraje.

Se propone en dicho trabajo:

Sin embargo, como los árbitros son nombrados por quienes celebraron el contrato y sus decisiones sólo pueden afectar a aquellos que lo celebraron, para poder oponer a terceros la cláusula arbitral, esta deberá inscribirse en los registros públicos conjuntamente con la inscripción de la hipoteca.

Además, la cláusula arbitral deberá contener un pacto limitativo de la propiedad, previsto en el artículo 926 del Código Civil.² Según este pacto, sólo podrán transferirse válidamente derechos a terceros cuando éstos declaren que conocen la cláusula arbitral y se sometan a la competencia de los árbitros. De este modo, cuando se ejecute la hipoteca por los árbitros, los terceros no podrán cuestionar su competencia alegando que no han sido nombrados ni reconocidos por ellos. Por ejemplo, si luego de hipotecado un terreno por el propietario, éste lo alquila o vende a un tercero, este último sólo adquirirá derechos si declara que reconoce a los árbitros como competentes para ejecutar la hipoteca. De este modo, al momento de la ejecución de la hipoteca por los árbitros, el tercero estará sometido a la competencia de dichos árbitros.

Como se puede evidenciar, se está proponiendo que para que sea vinculante una cláusula arbitral para un tercero no firmante del contrato de hipoteca, la misma sea registrada y bajo presunción *erga omnes* le pueda ser opuesta.

En España por su parte, se han hecho serias propuestas para el arbitraje en casos hipotecarios, y se han hecho expresas exclusiones²⁴.

si se trata de préstamos hipotecarios en los que intervenga un consumidor, la regulación de los posibles medios de resolución extrajudicial se traslada a un ámbito específico como es el de la mediación y el arbitraje de consumo, con unas reglas propias y con el sometimiento, en el caso de arbitraje, a órganos arbitrales específicos cuya composición y funcionamiento vienen regulados por la ley.

Pero, además, cuando se trata de préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito, tendrán la consideración en la mayoría de los casos, de contratos con condiciones generales de la contratación. En estos contratos, una de las partes (la entidad de crédito) ha preredactado el contrato con cláusulas

En estos contratos con condiciones generales si intervienen consumidores, de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), será aplicable la sanción de nulidad de aquellas cláusulas que sean abusivas de conformidad con el TRLGD-

²⁴ <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/es-possible-arbitraje-hipotecario-672270005>. tal como lo apunta Sebastián del Rey Barba, Registrador de la propiedad de Olot. Profesor asociado de Derecho Hipotecario y Derecho Mercantil de la Universidad Internacional de Cataluña, Vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona, en su ensayo ¿Es posible el arbitraje hipotecario?

CU, que, en el caso concreto que estamos estudiando, tiene una manifestación en el artículo 90 de dicho cuerpo legal al decir que se reputarán abusivas y por tanto nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan «la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico».

Por ello en los préstamos hipotecarios concertados entre una entidad de crédito y un consumidor, la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje, siempre que no se haya negociado la misma individualmente, debe reputarse nula por abusiva y no se deberá incorporar a la escritura ni el registrador podrá hacerla constar en el Registro de la propiedad.

En España se ha escrito mucho sobre la tramitación por arbitraje de deudas hipotecarias, así como a la existencia de instancia de mediación por vía del régimen de arbitraje de consumo, aplicable a las hipotecas. Incluso, se han instaurado oficinas de Mediación Hipotecaria, a la cual no están muy ganados las instituciones financieras acreedoras.

En Colombia, el asunto no ha dejado de ser controversial. Tal como lo reseña, Lilian Cristina Chávez Quintero²⁵, la Corte Constitucional en Sentencia T-057 de 1995²⁶, considera la inaplicabilidad del proceso ejecutivo ante un tribunal de arbitraje basándose en que el título ejecutivo tiene como fin que el Juez decrete y ordene el cumplimiento coactivo.

No obstante, tal como lo relata, Martha Isabel Robles Ustariz²⁷, a pesar de la posición inicial de la Corte Constitucional, hay dos claros ejemplos de la posibilidad de tramitar un proceso ejecutivo ante un tribunal arbitral, estos son el artículo 87 de la Ley 510 de 1999 y el artículo 78 de la Ley 1676 de 2013. Aquí es importante hacer mención a la sentencia 294/95, la cual, sentó las bases que permiten utilizar el arbitraje para dirimir no solo controversias que tengan trámite declarativo, sino también para demandar el cumplimiento forzado de obligaciones.

Sin embargo, en dicho caso C-294, estableció que no existe un procedimiento legal expreso para el trámite del mismo por esta vía, en tanto la normatividad actual del proceso arbitral lo concibe para que a través del mismo se diriman controversias de naturaleza declarativa y no de ejecución forzada.

CONCLUSIONES

Somos unos fervientes defensores del proceso arbitral para la solución de controversias contractuales. Consideramos que una de las ventajas de elegir la jurisdicción arbitral para resolver controversias contractuales, viene dada por la celeridad de los pro-

²⁵ Chávez Quintero, Lilian Cristina, *Trámite de un proceso ejecutivo mediante el proceso de arbitraje*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de humanidades y ciencias sociales maestría en derecho empresarial, Santiago de Cali, 2019.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-057 (Eduardo Cifuentes Muñoz 1995).

²⁷ <https://procesal.uexternado.edu.co/proceso-ejecutivo-y-arbitraje/>

cedimientos, el no existir segunda instancia ni recursos de casación y, la especialidad de los árbitros que pueden ser personas expertas en determinada materia.

Adicionalmente, el carácter confidencial de las actuaciones y la privacidad de las audiencias, manteniendo las garantías de todo proceso jurisdiccional.

Nada impide que un tribunal arbitral verifique que un determinado documento pueda aparejar ejecución, que esté firmado o aceptado, que tenga una obligación líquida y exigible, y en cumplimiento de algunas formalidades, sea hábil para materializar una medida cautelar.

Sin embargo, la tramitación del cobro de determinadas deudas que están sustentadas en documentos que aparejan ejecución y que pueden convertirse en título ejecutivo, y específicamente la materialización de medidas cautelares que exijan actuaciones de embargo, puede ser más rápida en sede judicial, con un menor costo y con actuación directa de los jueces con imperio para ello, sin necesidad de hacer solicitudes de parte del tribunal arbitral al tribunal judicial con poder coactivo que fuere competente.

Es una sensación de frustración, ver como se ataca la validez de convenios arbitrales e incluso los laudos arbitrales, por partes procesales que han claramente firmado cláusulas arbitrales para resolver controversias, lo cual hacen en un ánimo adversarial que busca entorpecer la fluidez y eficacia de procedimientos arbitrales.

De la misma manera, es triste ver sentencias judiciales que aun hoy en día atacan la institución del arbitraje, y particularmente en este caso, restan capacidad jurisdiccional para asuntos relativos a procesos ejecutivos, dejándolo solo para asuntos declarativos, argumentando que no se trataría de disputas que surgen o estén relacionadas con el contrato, sino pretenderse simplemente el cobro de unas deudas.

Por otro lado, no está suficientemente regulado el trámite de las cautelares en sede arbitral, pudiendo darse el caso de necesarias y justas disquisiciones para el debido balance de la medida. Ello se exacerba si está involucrado un tercero que no ha sido parte del convenio arbitral. Finalmente, en el hecho de que, dentro de las causales de nulidad, no están los posibles errores de procedimiento que puedan haberse cometido en ejecución de medidas cautelares, lo cual puede ser grave en determinadas circunstancias.

Consideramos que mientras más clara sea la normativa, redactada de forma sencilla y adecuada a cada situación que pueda presentarse, serán menores los recursos contra los procedimientos, sus actos y laudos.

Si quedase suficientemente claro el necesario respeto de las partes al tribunal arbitral, la facultad y límites de los árbitros, y de la misma manera de las partes y sus posibles recursos, el proceso se llevaría con mayor buena fe.

Recomendamos que, en proceso legislativo genuino, se desarrollen procedimientos arbitrales específicos para el cobro de deudas, lo cual puede hacerse incluso por sectores económicos con determinado tipo de documentos, con las necesarias facultades para los árbitros en materia cautelar, estableciendo los debidos balances y garantías, sin que ello implique exceso de incidencias, ni retardos injustificados que desnaturalicen el espíritu de un arbitraje.

Debemos encontrar el balance entre el poder coercitivo, la eficacia y rapidez de una medida cautelar en sede judicial, y los beneficios y celeridad de un proceso arbitral, regulando la complementariedad del arbitraje con el poder judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola J. Eloy y Zumbiehl Frédéric, El Tribunal Supremo de Venezuela Riñe con el Arbitraje, Artículo que ha de ser publicado en un libro patrocinado por la Asociación Venezolana de Derecho y Economía (VELEA) sobre arbitraje y resolución de conflictos, vía web, http://eanzola.com/images/uploads/44-EL_TSJ_ri%C3%B1e_con_el_arbitraje-Final.pdf , 2020
- Anzola J. Eloy y Zumbiehl Frédéric, Ibid. p. 8. sobre sentencia Banco Venezolano de Crédito del 24 de febrero de 2002, por SPA, TSJ.
- Araque Reyna Sosa Viso & Pittier, El Arbitraje en Venezuela, Caracas, junio 2007
- Chávez Quintero, Lilian Cristina, Trámite de un proceso ejecutivo mediante el proceso de arbitraje. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de humanidades y ciencias sociales maestría en derecho empresarial, Santiago de Cali, 2019.
- Hernando Díaz-Candia, Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica, Arbitraje, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 413-442
- Mezgravis, Andrés A. Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano, Revista de Estudiantes de Derecho de La Universidad Monteávila.
<https://www.crhoy.com/opinion/el-lector-opina/opinion-la-ejecucion-hipotecaria-en-sede-arbitral/>
<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-148/Moneda-148-10.pdf>
<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/es-posible-arbitraje-hipotecario-672270005>. Sebastián del Rey Barba, Registrador de la propiedad de Olot. Profesor asociado de Derecho Hipotecario y Derecho Mercantil de la Universidad Internacional de Cataluña, Vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona, en su ensayo ¿Es posible el arbitraje hipotecario
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-057 (Eduardo Cifuentes Muñoz 1995).
<https://procesal.uexternado.edu.co/proceso-ejecutivo-y-arbitraje/>
- Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA.
- Reglamento de REGLAMENTO GENERAL DE CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS en <https://arbitrajeccc.org/>
- Sentencias citadas