

La caución en el recurso de nulidad contra el laudo arbitral

Pablo Andrés Trivella Landáez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 465-481

Resumen: Los artículos 43 y 45 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana regulan la caución que debe constituir quien presente el recurso de nulidad contra un laudo arbitral. Sin embargo, la deficiente redacción de ambos artículos propicia una grave confusión sobre el tema, que ha llevado a decisiones contradictorias en nuestra jurisprudencia. Esta situación produce inseguridad jurídica y va en desmedro de la imagen de Venezuela como una sede arbitral segura y confiable. En este breve trabajo se examina la problemática reseñada y se plantean algunas soluciones posibles.

Palabras clave: Laudo, caución, recurso de nulidad, Venezuela.

The security in the appeal for annulment against the arbitral award

Abstract: *Articles 43 and 45 of the Venezuelan Commercial Arbitration Law regulate the bond that must be provided by the petitioner of annulment of an arbitration award. However, the poor wording of both articles leads to a serious confusion on the matter, which has led to contradictory decisions in Venezuelan courts. This situation causes legal insecurity and harms the image of Venezuela as a safe and reliable venue for arbitration. In this article, those outlined problems are examined and some possible solutions are proposed.*

Keywords: *Arbitration award, security, annulment, Venezuela.*

Recibido: 24/06/2020

Aprobado: 12/01/2021

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2011). Especialista en Derecho Mercantil en la Universidad Católica Andrés Bello. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Correo: pabloandrestrivella@gmail.com

La caución en el recurso de nulidad contra el laudo arbitral

Pablo Andrés Trivella Landáez*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 465-481

SUMARIO:

1. Planteamiento del problema central. 2. Nuestra posición. 3. Otros aspectos relacionados con la garantía exigida por la Ley de Arbitraje Comercial. 3.1. Contenido de la caución. 3.2. Procedimiento de impugnación. 3.3. Contracautela. 3.4. Falta de presentación de la caución. CONCLUSIONES.

1. Planteamiento del problema central

A través de este breve artículo vamos a estudiar un tema que ha causado controversia y confusión en nuestro foro: la caución o garantía exigida por nuestra Ley de Arbitraje Comercial en el recurso de nulidad¹ contra el laudo arbitral. A continuación explicaremos de dónde nace esta polémica:

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial establece –textualmente– que la interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo decidido en el laudo arbitral, a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene “previa constitución de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.”

Este artículo no deja lugar a interpretaciones: en caso que el recurrente solicite la suspensión de la ejecución del laudo, y el Tribunal decida otorgarla², deberá fijarse una caución o garantía para responder (i) por la ejecución del laudo y (ii) por los eventuales daños que pueda causar la dilación en la ejecución.

Además, la norma, aun cuando es un poco más severa que lo dispuesto en la Convención de Nueva York³, resulta bastante lógica y no es extraña en nuestro foro, pues

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2011). Especialista en Derecho Mercantil en la Universidad Católica Andrés Bello. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Correo: pabloandrestrivella@gmail.com

¹ Desde ahora aclaramos que utilizaremos el término “recurso de nulidad”, pues esa es la expresión acuñada por nuestra Ley de Arbitraje Comercial, aún cuando en nuestro derecho se discute si se trata de una acción autónoma o un recurso.

² Es importante destacar que en Venezuela también se discute si la suspensión es potestativa u obligatoria para el Juez. Sin embargo dicho análisis escapa a estas breves líneas.

³ Nos referimos a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), cuyo artículo VI dispone que, ante una solicitud de nulidad, el Juez podrá aplazar la ejecución del laudo, en cuyo caso “podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.” Es importante destacar que dicho artículo contiene el mismo texto que el artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, 1985), sobre la cual se inspiró nuestra Ley de Arbitraje Comercial.

existe una disposición análoga en el recurso de invalidación contra sentencias firmes, según la cual podrá pedirse la suspensión de la ejecución de la sentencia previa constitución de una garantía (artículo 333 del Código de Procedimiento Civil). También existe una norma parecida que regula la suspensión de la ejecución de la sentencia cuando se propone una tercería que no se encuentre fundada en un título fehaciente (artículo 376 *ejusdem*).

Sin embargo, quizás fruto de un error de técnica legislativa⁴, el artículo 45 de la misma Ley de Arbitraje Comercial señala:

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior admite el recurso se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso. El término para otorgar la caución será de diez (10) días hábiles a partir de dictado dicho auto. Si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar.

Luego de leer esta norma y contrastarla con el artículo 43 que antes citamos, saltan a la vista múltiples dudas:

¿Se trata de una sola caución para el caso en que se pida la suspensión de la ejecución del laudo?

¿Serán acaso dos cauciones distintas: una para tramitar el recurso de nulidad y otra en caso de que junto con éste se pida la suspensión de la ejecución?

¿La caución es siempre obligatoria para tramitar el recurso de nulidad?

¿Qué ocurre, por ejemplo, si la demanda arbitral fue declarada sin lugar? ¿Igual debe caucionar el recurrente?

¿La suspensión de los efectos del laudo sólo puede pedirse con la interposición del recurso, y esa es la razón por la cual la caución se fija en el auto de admisión?

Pero esto no es todo: para profundizar la confusión, tenemos que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo fin es armonizar la interpretación de las leyes, se encuentra dividida en la interpretación de estas dos normas:

Por un lado tenemos la interpretación que dio la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia hasta el año 2011⁵, según la cual la caución debía exigirse en todos los casos, aún cuando el recurrente no hubiese solicitado la suspensión de la ejecución del laudo. Esta doctrina se recoge de forma muy clara en la sentencia número RC-225

⁴ Es de destacar que en el diario de debates del –entonces– Congreso de la República de Venezuela no se registró discusión alguna sobre los artículos mencionados.

⁵ Recordemos que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia conocía de los recursos de casación contra las sentencias sobre nulidad de laudos arbitrales hasta el año 2011, cuando la Sala Constitucional le quitó dicha atribución a través de la decisión 1773 del 30 de noviembre de 2011.

de fecha 21 de abril de 2008, ratificada –entre otras- en la decisión número RC-586 del 29 de noviembre de 2011, donde se dijo:

La Sala afirma que en estos juicios de nulidad de laudo arbitral, en atención al contenido y alcance del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, la única condición para que se solicite la caución es que sea admitido el recurso de nulidad de laudo arbitral, cuestión que sucedió en autos, por lo que la recurrida aplicó e interpretó correctamente la norma antes citada.

Sin embargo, por otro lado, encontramos la interpretación dada por la Sala Constitucional y la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales han entendido que la caución únicamente es necesaria cuando se pide la suspensión de los efectos del laudo arbitral. Las decisiones a las cuales hacemos referencia son las siguientes:

En primer lugar, el auto para mejor proveer número 145/2006, dictado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de diciembre de 2006:

La referida norma establece los supuestos especiales de admisibilidad de la acción de nulidad contra un laudo arbitral, afirmando de forma expresa que su interposición no suspende la ejecución del laudo, a menos que la parte recurrente lo solicite, y el Tribunal correspondiente lo ordene previa constitución de una caución que garantice su ejecución.

(...)

Conforme a lo peticionado por la parte actora, y atendiendo a lo dispuesto en la norma antes transcrita, resulta evidente para esta Sala que al no haberse solicitado la suspensión del laudo arbitral cuya nulidad es objeto de la presente controversia, no resultaba procedente exigir la caución a la que se refiere el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Siendo ello así, debe la Sala considerar que tal exigencia en el fallo de fecha 4 de mayo de 2004, constituye un error material que se corrige en esta oportunidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, se deja sin efecto la mención contenida tanto en la parte motiva como dispositiva de la sentencia N° 1.138 publicada el 4 de mayo de 2006, relativa a la exigencia de caución a la empresa PDVSA GAS, S.A. Así se declara.

En segundo lugar, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 1121 de fecha 20 de junio de 2007:

Ahora bien, teniendo clara la naturaleza excepcional del recurso de nulidad contra el laudo arbitral y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, no es inconstitucional requerir a la parte recurrente constituir caución para lograr la suspensión del laudo cuya nulidad se recurre, pues es una forma de garantizar que las partes del proceso queden cubiertas de los eventuales daños o perjuicios que pueden experimentar por la suspensión en su ejecución, mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto.

En el presente caso el fallo impugnado en amparo declaró sin lugar el recurso de nulidad en aplicación del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, que a la letra prevé:

(...)

Resulta evidente de la norma antes transcrita, que la única opción que tenía el juez en el caso de autos era declarar sin lugar el recurso de nulidad, pues expresamente lo consagra el aparte in fine del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, pues se había intentado un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, y no se constituyó la caución exigida para suspender la ejecución del mismo.

De significativa relevancia fue la respuesta del apoderado judicial del actor, ante la pregunta formulada por uno de los Magistrados de esta Sala en la oportunidad de la celebración de la audiencia constitucional.

En efecto, en el curso de la audiencia constitucional el Magistrado Arcadio Delgado Rosales preguntó a la parte actora si había solicitado la suspensión de los efectos del laudo arbitral cuando ejerció el recurso de nulidad; la cual fue respondida en el sentido afirmativo, es decir, se produjo una confesión judicial de la parte actora al admitir que solicitó la suspensión de los efectos del laudo arbitral en la misma oportunidad de intentar el recurso de nulidad contra este último.

Ahora bien, como consecuencia de la confesión judicial en que incurrió la parte actora en el curso de la audiencia constitucional, debe esta Sala declarar sin lugar la acción de amparo intentada, pues la caución exigida por el fallo impugnado, lo fue por aplicación del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial y en atención a evitar los posibles perjuicios que ocasionaría a la parte gananciosa de aquel laudo arbitral la suspensión de la ejecución del mismo solicitada en el curso del recurso de nulidad ex artículo 44 *eiusdem*, motivo por el cual no se transgredió el derecho de acceso a la justicia a la hoy accionante y esta Sala considera que el Juzgado accionado no actuó fuera del ámbito de la competencia constitucionalmente entendida, pues aplicó correctamente la consecuencia prevista en el artículo 45 *eiusdem*, al declarar sin lugar el recurso de nulidad por falta de constitución de caución. Así se declara.

Por último, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 108 de fecha 20 de marzo de 2017:

En el presente caso, efectuada la revisión detallada de las actas que conforman el expediente, se pudo apreciar lo siguiente:

Luego de que los apoderados judiciales de la hoy solicitante, sociedad mercantil Construcciones Pasval, C.A., presentaran el recurso de nulidad contra el laudo arbitral emitido por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas el 25 de noviembre de 2015, el referido Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, lo admitió mediante auto dictado el 10 de febrero de 2016.

Según lo dispone el artículo 43 de la ya citada Ley de Arbitraje Comercial: La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.

Fue por ello, que en el auto de admisión del recurso de nulidad no se determinó el monto de la caución, puesto que para ese momento no había sido solicitado por la parte recurrente la suspensión de la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral; tal pedimento fue efectuado de manera expresa mediante escrito consignado el 11 de febrero de 2016, fue entonces, cuando el señalado juzgado superior, mediante auto dictado el 23 de febrero de 2016, estableció el monto que por concepto de caución debía consignarse para garantizar las resultas del proceso.

Desde esa fecha exclusiva, comenzaban a transcurrir los diez días establecidos en el citado artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial; ese lapso, fue cuidadosamente computado por el

Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, tal como puede apreciarse en la sentencia bajo análisis cuando indica lo siguiente:

Ahora bien, con vista al auto mediante el cual este Tribunal Superior fijó la caución en este procedimiento de Nulidad de Laudo Arbitral, el mismo es de fecha 23/02/2016 (F.12-14, 2da., pieza), por lo que es a partir del día inmediato siguiente a ésta fecha, en que debe comenzar a computarse el término de diez (10) días hábiles a que se refiere el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. Así, tenemos que, conforme al calendario judicial del año 2016 que reposa en la sede física de este Superior, y cuya información también es corroborada con la información que al respecto se asentó en el Libro Diario del Tribunal, éste "término" venció el día Martes 08 de Marzo de 2016. Veamos: El auto que fija la caución fue dictado el 23/02/2016, transcurriendo seguidamente los días de despacho: Miércoles 24, Jueves 25, Viernes 26 y Lunes 29 del mes de Febrero, y, Martes 1º, Miércoles 2, Jueves 3, Viernes 4, Lunes 7 y Martes 8 del mes de Marzo.

Así las cosas, al no constar en las actas del expediente que, durante el referido lapso, la parte recurrente y solicitante de la suspensión de efectos del laudo impugnado, hubiese consignado la caución exigida para garantizar las resultas del proceso, se hace incuestionable que el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a través de la decisión bajo análisis, haya aplicado la consecuencia jurídica establecida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, y que haya hecho soportar al accionante, el perjuicio de no haber dado cumplimiento a la carga procesal que le correspondía.

Replicando lo que ocurre a nivel jurisprudencial, la doctrina nacional también está dividida sobre este asunto:

Por un lado, el autor Mezgravis⁶ entiende que se trata de dos cauciones distintas, así:

(...) el mencionado artículo 45, el cual aparentemente se inspira en la legislación colombiana, establece que en el auto por medio del cual se admite el recurso de nulidad, se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso. Agrega esta disposición legal, que si no se presenta la caución en el término de diez días hábiles, el Tribunal "lo declarará sin lugar".

(...)

Distinta es la situación con la caución prevista en el artículo 43 *eiusdem* para suspender la ejecución del laudo. Además de ser una solución efectiva, este tipo de caución no encuentra objeciones en la doctrina.

Esta opinión fue ratificada en un trabajo posterior donde participó el mismo autor⁷, en el cual se incluyó la cita de las decisiones de la Sala de Casación Civil que hemos reseñado anteriormente.

⁶ Andrés Mezgravis. «Los recursos contra el laudo arbitral», en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 254-256.

⁷ Andrés; Mezgravis, Marcos Carrillo, Pedro Saghy, «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral», en *El arbitraje en Venezuela: Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas CEDCA, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013), 538-542.

Por su parte, Henríquez La Roche⁸ explica lo que –en su criterio- es el fundamento de que se deba caucionar con la sola interposición del recurso:

Podría argumentarse que como dicho precepto final del artículo 45 establece que la falta de constitución de la garantía produce la declaratoria sin lugar y no la inadmisibilidad del recurso (el cual está ya admitido antes de fijarse el monto de la caución), pareciera ser posible, entonces, sustanciar el recurso de nulidad, sin caución –y sin pretender el recurrente la suspensión de la ejecución del laudo –a reserva de constituir efectivamente dicha caución, como requisito previo a la sentencia sobre nulidad, para que ésta no sea, indefectiblemente, desestimatoria, sin lugar. En estos términos, la introducción del recurso no impide proseguir la ejecución del laudo ni su sola pendencia causa los perjuicios que, según el artículo 43 in fine, pretende precaver el legislador. Pero ha de tomarse en cuenta que el recurso de nulidad de que conocería el Juez Superior, en esos términos (sin prestar caución) haría aleatoria las resultas de ejecución, y por tanto ésta sería más gravosa para el ejecutante que si no se hubiese propuesto.

Igual opinión ha expresado el escritorio jurídico Badell & Grau⁹ en una publicación conjunta de los abogados que lo integran:

Pareciera evidente, en todo caso, que la situación del recurrente es excesivamente gravosa, en comparación con la contraparte. En efecto, además de la caución para interponer el recurso, deberá el recurrente, para suspender la ejecución del laudo, otorgar otra caución, de conformidad con el artículo 43 de la LAC.

Por otro lado, adoptando una posición aparentemente contraria, encontramos a Otis Rodner¹⁰, quien en un breve comentario explicó que:

No es clara la ley si el tribunal fija la caución pero no ha sido solicitada, si puede igualmente declarar sin lugar el recurso de nulidad. La respuesta aparentemente es no. Significa que, si se presta caución, entonces el tribunal puede ordenar la suspensión.

En síntesis: sobre el punto tenemos dos normas muy poco claras (especialmente el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial), y una serie de opiniones doctrinarias y criterios jurisprudenciales enfrentados.

2. Nuestro criterio

Ahora bien, respetando toda postura antagónica, nosotros consideramos que la caución únicamente debe requerirse cuando se pida la suspensión de la ejecución del laudo. De esta manera, el Tribunal deberá fijar la caución en el auto de admisión (como

⁸ Ricardo Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela* (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000), 292-293.

⁹ Rafael Badell Madrid, *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. Cuadernos Jurídicos número 1* (Caracas: Badell & Grau, 1998), 62.

¹⁰ James Otis Rodner, «La anulación del laudo arbitral», en *Estudios de derecho procesal: libro homenaje a Humberto Cuenca*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006), 825-826.

dice el artículo 45 *ejusdem*) únicamente en el supuesto que el recurrente haya pedido la suspensión de la ejecución del laudo en su recurso, y podrá fijarla posteriormente en caso que el recurrente solicite la suspensión durante el trámite del mismo. Para ello ofrecemos varias razones:

Primero: Como ya expresamos, éste es el criterio más reciente y consolidado de nuestro Tribunal Supremo de Justicia. Pensamos que las decisiones que hemos copiado anteriormente son realmente ilustrativas. Así, la Sala Político-Administrativa, en el auto 145/2006, revocó la orden dictada en el auto de admisión de constituir una caución, pues en el recurso de nulidad no se pidió la suspensión de efectos del laudo. Por su parte, la Sala Constitucional, en las dos decisiones citadas, explicó claramente que la razón por la cual se le pidió al recurrente que constituyera una caución fue porque pidió la suspensión de los efectos del laudo, lo cual, acertadamente, explicó que no resultaba inconstitucional. Creemos que sólo basta contrastar la solidez de estas decisiones con los precedentes aislados de la Sala de Casación Civil (que ya no tiene competencia para conocer los recursos de nulidad) para concluir que ése es el criterio jurisprudencial vigente en Venezuela.

Segundo: Seguidamente, respetando las opiniones de los doctrinarios citados anteriormente en este artículo, pensamos que no existe ninguna justificación para pedir una caución por el simple trámite del recurso. No creemos que se justifique impedir el derecho de acceso al recurso de nulidad para evitar su interposición de mala fe, ni tampoco pensamos que la ejecución se torne más gravosa por el sólo hecho de presentarse el recurso. De hecho, secundamos lo sugerido por Mezgravis: solicitar una caución para la admisión del recurso de nulidad resulta inconstitucional, por violentar la prohibición de solve et repete y, por consecuencia, el derecho de acceso a la justicia.

También se ha argumentado a favor de la tesis contraria que, ante la interposición del recurso de nulidad, la parte no recurrente se vería obligada a gastar más dinero y recursos (por ejemplo, honorarios de abogado) para atender el caso; sin embargo, pensamos que esto puede remediarse con una simple condenatoria en costas en caso de ser desestimado el recurso. Queremos advertir que en el arbitraje estrictamente comercial ni siquiera pudiera aplicar la llamada *cautio judicatum solvi* para el recurrente extranjero, pues según el artículo 1102 del Código de Comercio, en materia comercial no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado.

Tercero: Otro argumento a favor de nuestra postura es la interpretación sistemática que a nivel mundial se ha dado al artículo VI de la Convención de Nueva York, en el cual, repetimos, se establece la posibilidad de que el Juez aplase la decisión sobre la ejecución del laudo, para lo cual podrá solicitar a la otra parte las "garantías apropiadas".

Sobre este punto resulta sumamente ilustrativa la Guía relativa a la Convención sobre las Sentencias Arbitrales Extranjeras¹¹, donde se concluye que la posibilidad de ordenar la constitución de garantías únicamente existe cuando se solicita la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, cuestión que es sólo potestativa –no obligatoria– para el Tribunal; sin embargo, sostienen que esto es lo más frecuente, al ser la garantía el precio que debe pagarse por el aplazamiento de la ejecución.

Cuarto: Por último, en nuestra investigación hemos observado que existe un solo país latinoamericano donde se requieren garantías por la sola interposición del recurso de nulidad del laudo: nos referimos a la legislación peruana, donde el artículo 45.8 del Decreto 1341 de 2017 estableció, para los arbitrajes en materia de contrataciones públicas, que:

(...) la interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

Cabe resaltar que en el caso peruano la ley es explícita: en esa materia específica, por estar involucrados los intereses del Estado, es obligatorio caucionar para recurrir en nulidad¹². Sin embargo ese no es el caso de Venezuela, donde simplemente pareciera existir un error de técnica legislativa, que en nuestro criterio debe ser interpretado de acuerdo a las ideas que hemos expuesto anteriormente.

3. Otros aspectos relacionados con la garantía exigida por la Ley de Arbitraje Comercial

Ya hemos explicado que en Venezuela existen dos interpretaciones de los mismos artículos: una según la cual el recurrente debe caucionar siempre, y otra –que nosotros respaldamos– según la cual sólo debe caucionarse cuando se pide la suspensión de la ejecución del laudo.

Ahora bien: independientemente de qué posición se asuma, corresponde analizar la caución o garantía en sí misma. Para ello abordaremos: (i) cuál es su contenido, (ii) el procedimiento para su impugnación, (iii) la posibilidad de presentar una contracautela y (iv) los efectos de su la falta de presentación.

¹¹ Instrumento elaborado por UNCITRAL (2016) para la interpretación armónica de la Convención de Nueva York. Secretaría de la CNUDMI, *Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)* (Nueva York: Naciones Unidas, 2017), http://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf

¹² Es importante precisar que en Perú también se ha dicho que esta caución es inconstitucional; para ello ver: Gonzalo García Calderón, «El recurso de anulación y el requisito de admisibilidad en la ley de contrataciones», en *Arbitraje PUCP, año 6, número 7* (Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), 16-21. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/18065/18311/>

3.1. Contenido de la caución

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial indica que la caución se pide para responder (i) por la ejecución del laudo y (ii) por los eventuales daños que pueda causar la dilación en la ejecución. A su vez, el artículo 45 *eiusdem* dice que su fin es garantizar “el resultado del proceso”.

La realidad es que, como ocurre en el resto de los casos en Venezuela, el monto de la garantía siempre será potestativo para el Juez. Y de hecho es una de las cargas más difíciles para él, pues según múltiples artículos de nuestro Código de Procedimiento Civil, el Juez es responsable personalmente en caso que pida una caución insuficiente¹³.

No pareciese haber ningún indicativo de cuál debe ser el *quantum*; sin embargo, luego de revisar ambos artículos, resulta lógico que el monto mínimo de la caución deberá ser, en caso que haya existido una condena pecuniaria, el monto de la condena más los intereses que pudiesen causarse en el tiempo que se estime pueda tardar la decisión del recurso de nulidad. En un reciente caso¹⁴, un Tribunal Superior de Caracas requirió una caución equivalente al doble del monto condenado más las posibles costas procesales. Sin embargo esto tampoco parece definitivo, tal como explica la Guía relativa a la Convención sobre las Sentencias Arbitrales Extranjeras:

66. Los tribunales han adoptado distintos criterios para determinar el monto de la garantía y, por ejemplo, han tenido en cuenta el monto previsto del laudo, la solvencia de la parte que se opone a la ejecución y el efecto disuasorio que tendría la garantía en una parte que estuviera pensando en usar tácticas dilatorias. A menudo los tribunales ordenan que el monto de la garantía sea igual a la cuantía total del laudo y exigen que los intereses que pueda devengar se paguen a la parte que pide la ejecución, a fin de proteger sus intereses económicos.

67. En Inglaterra, los tribunales rara vez fijan garantías por una suma equivalente a la cuantía total del laudo cuando es probable que el laudo sea anulado por la autoridad competente en el país donde fue dictado (...).

Sobre el tipo de caución que puede pedirse, el único indicativo nacional está en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, que prevé el abanico de garantías cuya constitución puede solicitar el Juez para dictar o revocar algunas medidas cautelares, así:

1º Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.

2º Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.

¹³ Artículos 662, 672 y 699 del Código de Procedimiento Civil. También, según sentencia de la Sala Constitucional número 312 de fecha 20 de febrero de 2002, se aplica expresamente para el caso de la caución del artículo 590 *eiusdem*.

¹⁴ Tribunal Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en el expediente AP71-R-2019-1008 (caso: Pacific Sky Corporation). Recuperado de: [http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/OCTUBRE/2144-18-AP71-R-2019-000308\(1146\)-.HTML](http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/OCTUBRE/2144-18-AP71-R-2019-000308(1146)-.HTML)

3º Prenda sobre bienes o valores.

4º La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez.

En el primer caso de este artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia.

Como explicó la Sala Constitucional en sentencia número 312 de fecha 20 de febrero de 2002, al redactarse este artículo el legislador “estableció severos requisitos para la garantía, para evitar que se acordase una que fuese a todas luces incorrecta”.

Es importante destacar que la doctrina nacional¹⁵ ha explicado que existen casos –por ejemplo en los artículos 713 y 715 del Código de Procedimiento Civil, relativos al interdicto prohibitivo- donde la caución requerida no es de las previstas en el artículo 590, es decir, que no es obligatorio para el Juez pedir una de estas garantías específicas salvo que la Ley lo diga expresamente. Aunque la práctica ha demostrado que los jueces (por precaución) no se apartan del texto del artículo 590, creemos que el hecho de que la Ley de Arbitraje Comercial no haga referencia a esta norma específica abre las puertas al Tribunal de nulidad para pedir otro tipo de garantías; en tal sentido, siguiendo la misma Guía relativa a la Convención sobre las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y tomando en cuenta la actual flexibilización de las políticas cambiarias venezolanas, pensamos que, especialmente ante arbitrajes internacionales, el Juez podría requerir instrumentos de pago internacionalmente reconocidos, o inclusive garantías bancarias internacionales (*escrow accounts*, por ejemplo). Estas garantías nos parecen de hecho más robustas que las previstas en el artículo 590, antes citado, dado el precario estado de nuestros bancos y compañías de seguros, así como el probado desuso y manifiesta ineficacia de constituir hipotecas o prendas como garantías judiciales.

Finalmente queremos destacar lo siguiente: del contenido de los artículos analizados, resulta evidente que parte del objeto de la caución es asegurar el cumplimiento de lo ordenando en el laudo, de manera que una vez desechado (mediante decisión firme) el recurso de nulidad, el ejecutante podrá ir directamente contra el garante para cobrar la totalidad de su acreencia. Sin embargo queda la duda en cuanto a los daños causados por el retardo en la ejecución, sobre lo cual pensamos, a falta de una norma expresa, que debe aplicarse una solución análoga a la que existe en materia de interdictos, donde el artículo 702 del Código de Procedimiento Civil dispone que, una vez declarada sin lugar la demanda, el Juez ordenará –en la propia sentencia- que se realice una experticia complementaria del fallo a fin de estimar los daños causados por

¹⁵ Pedro Zoppi, *Providencias cautelares* (Valencia: Vadell Hermanos Editores, 1988), 74.

el decreto de la medida cautelar. Esta solución va de la mano con el criterio de nuestro Tribunal Supremo de Justicia con respecto a la ejecución directa del fiador judicial¹⁶.

3.2. Procedimiento de impugnación

Primeramente, creemos que el recurrente puede pedir al Tribunal que reconsidere el monto de la caución, en caso que la considere exagerada o de muy onerosa obtención. Pensamos que –por simple lógica y equidad- mientras el Tribunal resuelve esta petición, no debe computarse el lapso de presentación de la caución previsto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. Esto ocurrió en el caso conocido por la Sala Constitucional en la sentencia número 108 de fecha 20 de marzo de 2017.

Si el Tribunal se ciñe a lo previsto en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, tenemos que una vez presentada la caución por parte del recurrente, el último párrafo del artículo 589 *ejusdem* le otorga a la otra parte la posibilidad de atacar la eficacia o suficiencia de la caución, así: “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.” En este sentido, Ortiz¹⁷ señalaba que:

(...) por suficiencia debemos entender lo relativo al monto y a la cuantía de la garantía ofrecida, por ejemplo la consignación de la cantidad de dinero en el supuesto del numeral 4º del artículo 590, en cambio que por eficacia pareciera referirse a la cualidad sea de la solvencia del fiador en el caso del ordinal 2º, o la calidad de la prenda o valores sobre los cuales se hubiere constituido la prenda de conformidad con el numeral 3º del mismo artículo.

Debemos destacar que en nuestro foro la garantía más común es la fianza (numeral 1º del artículo 590 del Código de Procedimiento Civil). Naturalmente, cuando dicha garantía es objetada, tocará al Tribunal analizar la solvencia de la entidad que la otorgó, para lo cual, en palabras de la Sala de Casación Civil¹⁸, deberá:

(...) verificar la solvencia necesaria de la compañía que dio la fianza presentada en el juicio, y en tal sentido solicitar la consignación del último balance certificado por contador público, así como de la última declaración de impuesto sobre la renta, y el correspondiente certificado de solvencia, para poder decidir sobre la validez o no de la fianza presentada, más cuando en el juicio, dicha fianza fue objetada como insuficiente para suspender la ejecución de una sentencia, y el juez debe verificar si se presenta prueba idónea para suspender de forma excepcional la ejecución, mediante fianza suficiente solidaria y principal, que debe cumplir con lo previsto en los artículos 115 de la Ley de Empresas de Seguro y Reaseguros y artículo 1810 del Código Civil, que señalan, que los modelos de documentos de fianzas deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros, debe contener constancia expresa de la resolución por la cual la junta directiva aprobó su otorgamiento, las condiciones mínimas necesarias de la fianza, como son la subrogación de los derechos, acciones y garantías del

¹⁶ Decisiones de la Sala Constitucional números 1141 y 647, de fechas 5 de octubre de 2000 y 4 de abril de 2003, respectivamente.

¹⁷ Rafael Ortiz Ortiz, *El poder cautelar general y las medidas innominadas* (Caracas: Paredes Editores, 1997), 552.

¹⁸ Sentencia número RC-180 de fecha 10 de abril de 2018.

acreedor principal contra el deudor, la caducidad, la obligación de notificar a la empresa de seguros de todo hecho o circunstancia que pueda dar origen a reclamo, su monto máximo, la duración de la misma, de igual forma el juez debe verificar si la afianzadora es capaz de obligarse y no goza de ningún fuero privilegiado, que esté sometida a la jurisdicción del tribunal que conozca del cumplimiento de la obligación principal y que posea bienes suficientes para responder de la obligación.

Requisitos que son de imposible cumplimiento si junto con la fianza no se consigna ante el tribunal, el último balance certificado por contador público, la última declaración de impuesto sobre la renta y el correspondiente certificado de solvencia, aunado al cumplimiento de los requisitos de forma antes señalados en los artículos 115 de la Ley de Empresas de Seguro y Reaseguros y artículo 1810 del Código Civil, sin menoscabo de tomar en cuenta el monto de la fianza y la obligación asumida por la empresa afianzadora y confrontarlo con el capital social que se señala suscrito y pagado.

Creemos que aún cuando el Juez solicite una caución distinta a las del artículo 590 –como propusimos antes- es lógico que debe darse a la otra parte la posibilidad de objetar la caución, y para ello, a falta de otras normas, es conveniente aplicar estos artículos por analogía.

Ahora bien: creemos que el trámite de esta incidencia deja muy pocas dudas, pero no así la decisión del Juez. Nos explicamos: ¿En caso que encuentre insuficiente o ineficaz la caución, qué debe hacer el Juez? ¿Declarar “sin lugar” el recurso, como dice el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial? ¿O quizás dar un lapso para que se consigne una caución sustitutiva? En ese caso: ¿Cuántas veces se podrá objetar/sustituir la caución?

Nosotros pensamos que, dada la gravedad de la sanción consagrada en el artículo 43 –que criticaremos más adelante-, debería darse al menos una oportunidad al recurrente para sustituir una garantía que fue declarada ineficaz o insuficiente. Sin embargo, encontramos que la práctica de nuestros tribunales ha sido contraria, tal como se evidencia de la reciente sentencia dictada por el Tribunal Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (caso: Pacific Sky Corporation), cuyos datos precisamos anteriormente.

3.3. Contracautela

En el caso particular de la suspensión de la ejecución del laudo, se discute si existe la posibilidad para la otra parte de presentar una contracautela, cuyo fin sea que no se decrete (o se revoque) la suspensión de efectos del laudo impugnado. Aún cuando en Venezuela no existe –en nuestro conocimiento- algún precedente sobre ello, pareciera que si se toma la orden de suspensión de ejecución como una verdadera medida preventiva¹⁹, postura con la cual estamos de acuerdo, entonces el párrafo tercero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil avalaría tal posibilidad.

¹⁹ Badell, Comentarios..., 46.

3.4. Falta de presentación de la caución

El último punto que abordaremos será el de los efectos de la falta de presentación de la caución. Como ya hemos adelantado, el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial simplemente señala que, a falta de caución, se declarará “sin lugar” el recurso. Básicamente la doctrina nacional ha criticado en bloque esta disposición, explicando que la norma debería establecer, en todo caso, que el recurso se declare “inadmisible” o “pericido”.

Sin embargo, más allá de la obvia redacción de la ley, que no admite interpretaciones, pensamos que esta sanción es totalmente desmedida. Nuestro legislador claramente quiso asumir una postura anti-nulidad, al punto de establecer un lapso injustificadamente breve –de tan sólo cinco días- para interponer el recurso; sin embargo, declararlo “sin lugar” o “inadmisible” por la falta de caucionamiento no tiene realmente sentido: lo que debería ocurrir es que el Tribunal declare improcedente la suspensión de la ejecución del laudo, especialmente si se avala la tesis propuesta en estas breves líneas. Esta observación quedará como una recomendación de *lege ferenda* para el momento en que sea revisada nuestra Ley de Arbitraje Comercial.

CONCLUSIONES

Primera: Existe una justificada confusión en nuestro derecho con respecto al tema estudiado, producto de la deficiente redacción de los artículos 43 y 45 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Segunda: Se han dado varias interpretaciones. Para un sector doctrinario y jurisprudencial, en Venezuela se exige una caución para admitir el recurso de nulidad, y si la suspensión del laudo es solicitada en un momento posterior, se deberán constituir dos cauciones distintas. Para otro sector, en el cual nos incluimos, la caución sólo se requiere cuando se pide la suspensión de la ejecución del laudo.

Tercera: El monto de la caución siempre será potestativo para el Juez, quien puede pedir las garantías previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, y en nuestro criterio, algunas garantías diferentes, siempre que aseguren con mayor eficacia los resultados del proceso. El recurrente puede pedir la reconsideración del monto de la garantía, y una vez consignada, la otra parte puede cuestionarla por ineficaz o insuficiente, sobre lo cual el Juez deberá decidir. Nos parece posible que en caso de suspensión de la ejecución, la parte interesada en ejecutar consigne una contracautela para levantar dicha suspensión. La falta de consignación de la caución hace inadmisibles (o según la ley, improcedentes) el recurso de nulidad, aún cuando dicha sanción resulta desmedida, pues en nuestro criterio únicamente debería significar la improcedencia de la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Código de Comercio.

Código de Procedimiento Civil.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Ley de Arbitraje Comercial.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

Decisión número 1141 de fecha 5 de octubre de 2000.

Decisión número 312 de fecha 20 de febrero de 2002.

Decisión número 647 de fecha 4 de abril de 2003.

Decisión número 1121 de fecha 20 de junio de 2007.

Decisión número 1773 del 30 de noviembre de 2011.

Decisión número 108 de fecha 20 de marzo de 2017

Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia:

Decisión número RC-225 de fecha 21 de abril de 2008.

Decisión número RC-586 del 29 de noviembre de 2011.

Decisión número RC-180 de fecha 10 de abril de 2018.

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia:

Auto para mejor proveer número 145/2006 de fecha 20 de diciembre de 2006.

Tribunales Superiores:

Decisión de fecha 18 de octubre de 2019 dictada por el Tribunal Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, expediente AP71-R-2019-1008 (caso: Pacific Sky Corporation).

Doctrina:

Badell Madrid, Rafael. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. Cuadernos jurídicos: número 1*. Caracas: Badell & Grau, 1998.

García, Gonzalo. «El recurso de anulación y el requisito de admisibilidad en la ley de contrataciones». En *Arbitraje PUCP, año 6, número 7*. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/18065/18311/>

Henríquez La Roche, Ricardo. *El arbitraje comercial en Venezuela*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000.

Mezgravis, Andrés; Carrillo, Marcos; Saghy, Pedro. «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral». En *El arbitraje en Venezuela: Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, 538-542. Caracas: CEDCA, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013.

- Mezgravis, Andrés. «Los recursos contra el laudo arbitral». En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, 254-256. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.
- Ortiz-Ortiz, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas*. Caracas: Paredes Editores, 1997.
- Rodner, James Otis. «La anulación del laudo arbitral». En *Estudios de derecho procesal: libro homenaje a Humberto Cuenca*, editado por Fernando Parra Aranguren, 825-826. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006.
- Secretaría de la CNUDMI. Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Nueva York: Naciones Unidas, 2017. http://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf
- Zoppi, Pedro. *Providencias cautelares*. Valencia: Vadell Hermanos Editores, 1988.