

Cautelar anticipada judicial en arbitraje independiente con autoridad nominadora designada

José Armando Sosa Ochoa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 191-209

Resumen: Ante la necesidad de una medida cautelar previa al proceso arbitral, en arbitraje institucional, se puede hacer uso del árbitro de emergencia según el reglamento respectivo, y en arbitraje independiente, implicaría llamar a la contraparte previamente, lo cual afectaría su eficacia. En un arbitraje independiente, en auxilio surge la doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad de solicitar la cautelar al poder judicial, o bien, que las partes apliquen las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje, usando una Autoridad Nominadora y su facultad de nombrar un árbitro de emergencia. Se propone utilizar las normas sugeridas por la AVA, pero excluyendo el procedimiento cautelar de emergencia, aplicándose el poder cautelar general del poder judicial.

Palabras clave: Arbitraje independiente, arbitro de emergencia, medida cautelar anticipada vía judicial.

Advance judicial protection in independent arbitration with designated appointing authority

Abstract: *Given the need for a precautionary measure prior to the arbitration process, in institutional arbitration, the emergency arbitrator can be used according to the respective arbitration rules, and in independent arbitration, it would imply calling the counterparty previously, affecting its effectiveness. In an independent arbitration, jurisprudential doctrine arises in aid of the possibility of requesting a precautionary measure from the judiciary, or that the parties apply the Rules of the Venezuelan Arbitration Association, using an Appointing Authority and its power to assign an arbitrator of emergency. It is proposed to use the rules suggested, but excluding the precautionary procedure, applying the general precautionary power of the judiciary.*

Keywords: *Independent arbitration, emergency arbitrator, advance precautionary measure through the courts.*

Recibido: 31/10/2023

Aprobado: 8/1/2024

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela en 1992. Maestría en Gerencia, Mención Administración en la Universidad Bicentenario de Aragua (UBA), en 1996 (Tesis pendiente). Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2000. Certificado de Formación Profesional para la Aplicación de la Conciliación y el Arbitraje Comercial por el CEDCA / UCAB, 2003. Especialización en Derecho Procesal Laboral en la Universidad Arturo Michelena, 2005. Post-Grado en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET), 2006. Post-Grado en Derecho de Hidrocarburos con la Universidad Monteávila, 2008. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Cautelar anticipada judicial en arbitraje independiente con autoridad nominadora designada

José Armando Sosa Ochoa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 191-209

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Del arbitraje a escoger con miras a una eficiente medida cautelar anticipada. 1.1. El arbitraje institucional y su árbitro de emergencia, o uno independiente. 1.2. El arbitraje independiente en las Reglas AVA y su árbitro de emergencia. 2. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales independientes. 2.1. Pertinencia de un procedimiento cautelar independiente en sede judicial. 2.2. Recomendación procedimental para una cautelar en sede judicial con proceso llevado en un arbitraje independiente. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Siempre ha sido un problema para las partes en una contratación comercial, ante un eventual proceso entre las mismas, sobre todo cuando se hace en lugares del interior de cualquier país donde los centros de arbitraje institucional se encuentran usualmente en sus capitales, por un lado, si es pertinente el uso del arbitraje o dejar las controversias para la aplicación de los procedimientos judiciales y sus especiales contenciosos establecidos en leyes procesales para ser llevados ante el poder judicial respectivo, para el cobro de obligaciones de dar, es decir, entrega de cosas o pago de deudas dinerarias liquidas y de plazo vencido, que puede ser el tipo de controversia con más posibilidades de ocurrencia durante el contrato o a su finalización; y por el otro, si se decide por un arbitraje, no solo escoger entre uno institucional o uno independiente, por razones de costo y logística en la realización del proceso, sino que además, se debaten las partes entre aplicar el arbitraje para algunas cosas y para otras no, como los cobros de facturas, o la debida escogencia de un régimen cautelar eficaz.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela en 1992. Maestría en Gerencia, Mención Administración en la Universidad Bicentennial de Aragua (UBA), en 1996 (Tesis pendiente). Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2000. Certificado de Formación Profesional para la Aplicación de la Conciliación y el Arbitraje Comercial por el CEDCA / UCAB, 2003. Especialización en Derecho Procesal Laboral en la Universidad Arturo Michelena, 2005. Post-Grado en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET), 2006. Post-Grado en Derecho de Hidrocarburos con la Universidad Monteávila, 2008. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

En Venezuela los centros institucionales de arbitraje han venido creando ágiles normas y procedimientos para la reducción del costo del proceso, como el denominado Procedimiento Expedito del CEDCA para cuando se trate de controversias que no excedan el monto establecido en el Apéndice de Costos y Honorarios vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje y en las cuales no estén involucrados más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado. En la CACC, existe un Procedimiento Arbitral Abreviado para cuando la cuantía de la solicitud de arbitraje no supere una determinada cantidad, el arbitraje será administrado bajo las reglas de procedimiento abreviado que contemplan plazos más cortos que el procedimiento arbitral general y la constitución de un Tribunal Arbitral compuesto por un árbitro único.

De la misma manera, han venido creando procedimientos como el del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) con una Guía práctica para arbitrajes fuera de Caracas, hoy depuradas en una normativa para tramitar procedimientos por medios electrónicos¹. De la misma manera, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) ha creado el Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos² con lo cual dicha problemática puede encontrar una viable resolución.

Es así como entonces se plantea la problemática de escoger el procedimiento arbitral dependiendo de lo que pueda ser más eficaz al momento de tener que necesitar una medida cautelar. Se debaten las partes en la viabilidad de medidas cautelares en arbitraje dependiendo de si existe un procedimiento cautelar específico en el arbitraje institucional o aplicar las normas procesales ordinarias. En dicho marco deben tenerse en cuenta los criterios jurisprudenciales que puedan tener aplicación, sobre todo cuando se escoja un arbitraje independiente.

La Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) ha creado una normativa denominada "Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente"³ en las cuales se propone una cláusula y procedimiento para establecer una Autoridad Nominadora y/o Designadora de árbitros de derecho o de equidad, para arbitrajes independientes.

¹ CEDCA, "Guía Para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos", acceso el 29 de julio de 2023, <https://cedca.org/wp-content/uploads/2023/03/Guia-de-Medios-Electronicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>

² "Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos", acceso el 29 de julio de 2023, <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-procedimientos-on-line/>

³ "Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente", acceso el 29 de julio de 2023, <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

Dichas creadas por dicha asociación "con el propósito de ofrecer a la comunidad jurídica y empresarial, nacional e internacional, un procedimiento arbitral acorde con las modernas tendencias legislativas y jurisprudenciales, sin dejar de lado la flexibilidad y el valor de la libre autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje independiente como medio idóneo para la resolución de controversias". El texto de las reglas, calificadas por la propia asociación como "un instrumento de *soft law*".

La doctrina ha puntualizado acerca de ello lo siguiente⁴:

En términos generales, el soft law, o "derecho blando", está constituido por una serie de normas, principios, declaraciones, acuerdos y leyes modelo que son emitidas por personas u organizaciones no estatales bajo el convencimiento de que su aplicación resulta de utilidad. Las cuales, al no formar parte del ordenamiento jurídico formal carecen de obligatoriedad y fuerza intrínseca.

El problema se plantea cuando en el dinamismo de un contrato en marcha, o cuando haya la necesidad de un cobro expedito, se pretenda la realización de una medida cautelar cuando aún no se haya constituido el tribunal arbitral independiente, lo cual requeriría llamar a la contraparte previamente y ello preavisaría de la intención de realizar una medida cautelar, lo cual evidentemente afectaría su eficacia. Si el arbitraje es independiente, y no hay un reglamento de un centro de arbitraje institucional, se puede utilizar la doctrina *Astivenca*⁵ y pedir cautelar al poder judicial, antes de la constitución del tribunal. Pero si existe un arbitraje institucional con procedimiento para cautelar, pues debe solicitarse la cautelar al árbitro del centro institucional y para eso hay procedimientos en CEDCA y CACC.

Si la cláusula establece un arbitraje independiente con reglas AVA, queda la duda, pues en esas reglas hay procedimiento para Árbitro de Emergencia, aunque no es un arbitraje institucional. En efecto en el artículo 44.2 de dichas reglas se establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros, solicitar a la Autoridad Nominadora para que nombre a un árbitro de emergencia que decidirá de manera motivada sobre las medidas solicitadas, inclusive inaudita parte cuando así lo considere debidamente justificado.

Todo deriva de que la Sala Constitucional en la mencionada sentencia, apoyándose en varios antecedentes internacionales, sentó el criterio conforme al cual los órganos que integran el poder judicial mantienen su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución aun cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral, siempre y cuando no se consagren en las normas o reglamentos del respectivo Centro de Arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia. De hecho, ello ha sido ratificado por sentencia de la Sala de Casación Civil.⁶

⁴ Juan Bautista Carrero Marrero, *Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela*, anuario Venezolano de arbitraje nacional e internacional n° 3 - 2022

⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia del 3-11-2010, caso *ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.* publicada en Gaceta Oficial N° 39.561 de 26 de noviembre de 2010 y su referencia a la no renuncia tácita al arbitraje por la solicitud de medida en forma previa al arbitraje.

⁶ Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° RC.000495 de fecha: 08 de mayo de 2016, Caso: Recurso de casación en el juicio por rescisión de contrato de prestación de servicios que sigue *INGISERCA contra PIRELLI DE VENEZUELA*. con acceso en fecha 31 de julio de 2023. Puede ser consultada en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/189838-RC.000495-8816-2016-15-869.HTML>

Es de destacar que en la sentencia Astivenca, la fundamentación de ello viene dado por el análisis que se hace acerca de la operatividad de la "excepción de arbitraje" frente a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a su tratamiento jurisprudencial por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en materia de arbitraje, teniendo como parámetro conceptual lo plasmado entre otras, en la sentencia N° 2.571/05.

Adicionalmente, hay un reconocimiento tácito de que, en un mismo procedimiento cautelar, pueden coexistir las pautas procedimentales legales aplicables junto con las pautas reglamentarias del arbitraje, al establecerse que luego de las actuaciones del tribunal judicial, podrá el tribunal arbitral proveer sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

Por ello, cuando por diversas circunstancias o contexto, las partes se decidan por un arbitraje independiente, pudiera proponerse se escoja un arbitraje independiente de derecho, delegando desde la cláusula el nombramiento a una autoridad Nominadora del árbitro de conformidad con reglas AVA, y de esa manera las partes no deban nombrar conjuntamente a los árbitros sino delegar su nombramiento a un tercero, evitando los problemas de la constitución del tribunal arbitral por no haber acuerdo en nombramiento del árbitro o árbitros, o no haber acuerdo en el nombramiento de la autoridad Nominadora, debiendo acudir a una Autoridad Designadora para que elija dentro entre una institución académica o un centro de arbitraje con las condiciones propuestas en las reglas, a la Autoridad Nominadora; además, que se acuerde que la cautelar sea sin reglas AVA para cuando deban hacerse previamente (y así ejecutar la medida de una vez con el poder judicial usando la doctrina Astivenca, evitando el tener que constituir el tribunal de emergencia).

Ello viene dado a que si la medida involucra la realización material de algún acto (embargo, secuestro o alguna medida innominada), siempre se va a necesitar la actuación del poder judicial, siendo el trámite previo del nombramiento de un árbitro de emergencia un retardo que puede ser perjudicial. La paradoja es que ante las variables que afectan la fluidez del arbitraje, como la designación del árbitro, posibles incidencias en su nombramiento, del trámite de fijación de honorarios, el procedimiento aplicable a la cautelar y sus incidencias, y la necesidad de que sea inaudita parte, deben las partes, desde la redacción de la cláusula arbitral, ponderar y decidir la mejor forma de llevar el procedimiento ante el tribunal arbitral y la necesaria complementariedad del poder judicial.

1. Del arbitraje a escoger con miras a una eficiente medida cautelar anticipada

1.1. El arbitraje institucional y su árbitro de emergencia, o uno independiente

Si bien el arbitraje es una institución de vieja data en la humanidad para resolver controversias, se plantea que, ante la diversidad de posibilidades procedimentales, y sus diferentes modos de acceso, costos y operatividad, dependiendo del tipo de relación contractual dentro del cual se vaya a enmarcar, debe escogerse la que sea más adecuada entre un arbitraje independiente y uno institucional, entre otros aspectos, a la luz de la mejor materialización de medidas cautelares.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁷, se establece en su artículo 258, la promoción del arbitraje y en la Ley de Arbitraje Comercial⁸, 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.

Es usual, tal como lo reconoce la sentencia Astivenca, 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 ejecutivo⁹. Como hemos dicho, puede ser una decisión importante si el proceso de cobro ejecutivo se incluye o no dentro del ámbito del arbitraje¹⁰, o se deja para los procedimientos especiales ante el poder judicial¹¹. Al respecto ver interesante sentencia que estableció mientras que las cartulares que constituyeron el objeto de juicio ante la jurisdicción civil ordinaria estuvieron contenidas en el contrato, por lo que al estar causadas las mismas, se debió interponer la controversia en sede arbitral, pero como ambas partes se sometieron voluntariamente a la jurisdicción civil ordinaria, la cláusula anteriormente transcrita quedó tácitamente derogada para resolver controversias ligadas al contrato que vincula a las partes.¹²

⁷ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999

⁸ Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998

⁹ Jose Armando Sosa, *Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 - Año 2020

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

¹¹ Ver 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 que en la 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.

¹² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de fecha 14 de mayo de 2021, Caso *DESARROLLOS MERCAYAG, C.A.*

Tal como lo reseña, Lilian Cristina Chávez Quintero¹³, la Corte Constitucional en Sentencia T-057 de 1995¹⁴, 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 Ustariz¹⁵, 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.

En caso de escogerse en Venezuela cualquiera de los dos procedimientos de arbitraje institucional (CEDCA o CACC), nos encontraríamos con la existencia, tanto de procedimientos expeditos o abreviados, respectivamente, como de posibles medidas cautelares anticipadas con árbitros de urgencia o emergencia, lo cual ofrece una vía expedita para tratar el caso. En estos casos no sería aplicable la doctrina Astivenca, dado que existe un procedimiento cautelar en el reglamento de arbitraje respectivo.

Ahora bien, para el caso de que por cualquier razón se haya escogido un arbitraje independiente, nos encontraríamos con la problemática de que su inicio depende de la constitución del tribunal, lo cual requiere el concurso de ambas partes, al no existir un procedimiento de urgencia o emergencia.

De esta manera, en la Ley de Arbitraje Comercial¹⁶ se establece que hay una aplicación residual de la misma. En efecto el Artículo 15 establece:

Artículo 15. Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Asimismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes.

Es así como las partes pudieran escoger una normativa como las denominadas “Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente” que son distintas a las establecidas en la ley de forma residual.

¹³ 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.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-057 (Eduardo Cifuentes Muñoz 1995).

¹⁵ <https://procesal.uexternado.edu.co/proceso-ejecutivo-y-arbitraje/>

¹⁶ Ley de Arbitraje Comercial (LAC). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 36.430 del 7 de abril de 1998

1.2. El arbitraje independiente en las Reglas AVA y su árbitro de emergencia

Establecen las mencionadas Reglas lo siguiente:

Artículo 21. Ámbito de Aplicación

1. *Las partes podrán acordar, bien en el acuerdo de arbitraje, o por acuerdo separado, o durante el arbitraje, la Autoridad Nominadora de su preferencia;*
2. *En caso de no haber acuerdo previo entre las partes, cualquiera de ellas podrá proponer, en cualquier momento, una institución o persona para que actúe como Autoridad Nominadora.*
3. *Si a los diez (10) días hábiles siguientes a la propuesta mencionada en el punto anterior, las partes no han llegado a un acuerdo sobre la Autoridad Nominadora, cualquiera de ellas podrá solicitar a una de las siguientes instituciones que actúe como Autoridad Designadora de la Autoridad Nominadora:*
 - 3.1. *Una institución de arbitraje con más de 10 años de fundada;*
 - 3.2. *Una institución académica que cumpla con alguna de las siguientes condiciones:*
 - 3.2.1. *Cuente con una cátedra de pregrado o postgrado en estudios Medios Alternos de Solución de Conflictos; o,*
 - 3.2.2. *Se dedique a la investigación y estudio de los Medios Alternos de Solución de Conflictos.*
4. *Cuando por algún motivo la Autoridad Nominadora acordada por las partes rechace, niegue u omita la función solicitada por las partes, cualquiera de las partes podrá solicitar al Consejo Directivo de la AVA que actúe como Autoridad Designadora del sustituto de la Autoridad Nominadora.*

En su Artículo 44 se refiere a las Medidas Cautelares de la siguiente manera:

1. El Tribunal Arbitral podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas, mediante decisión motivada. 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 estas pudieren ocasionarle.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros, solicitar a la Autoridad Nominadora para que nombre a un árbitro de emergencia que decidirá de manera motivada sobre las medidas solicitadas, inclusive inaudita parte cuando así lo considere debidamente justificado.

Esta figura de la autoridad nominadora es de aplicación internacional como por ejemplo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como Autoridad Nominadora en Arbitrajes CNUDMI u Otros Arbitrajes Ad Hoc, vigente a partir del 1° de enero de 2004 pero reformuladas en 2017 con vigencia desde 2018¹⁷, y asimismo, el nuevo reglamento de Uncitral/2021¹⁸, el cual incluye un procedimiento abreviado o

¹⁷ Reglamento de la CCI como Autoridad Nominadora en Arbitrajes CNUDMI u Otros Arbitrajes Ad Hoc con acceso en fecha 31 de julio de 2023. Puede ser consultada en <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/2018-rules-icc-appointing-authority-uncitral-arbitration-proceedings/>

¹⁸ Reglamento de Arbitraje Acelerado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) adoptado en 2021.

acelerado en el cual cuando se envía la notificación, se envía con el libelo o demanda y debe darse el nombre del árbitro que se propone, siendo una característica esencial que hay un árbitro único, no usan árbitro colegiado sino un solo árbitro y hay que nombrar una autoridad nominadora. La autoridad nominadora, si las partes no están de acuerdo, será la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya.

Como puede apreciarse, en ordenamientos jurídicos internacionales se prevé la figura como un mecanismo para destrabar el nombramiento del árbitro cuando ello por alguna razón no haya sido posible. Y es que resulta que en los arbitrajes independientes o Ad Hoc, es problemático dicha fase inicial de designación y nombramiento del árbitro, lo cual puede ser originado por una noble y justa causa, pero ciertamente, también puede ser una estrategia de alguna de las partes para retardar el pleno funcionamiento jurisdiccional del tribunal arbitral.

Estando en un arbitraje independiente en Venezuela, esa posibilidad está permitida desde la misma Ley de Arbitraje Comercial que establece que las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero.¹⁹ Como vemos, en las propuestas Reglas AVA, las partes pueden acordar, bien en el acuerdo de arbitraje, o por acuerdo separado, o durante el arbitraje, la Autoridad Nominadora de su preferencia.

La disyuntiva está en decidir, qué es más recomendable para cuando circunstancias de urgencia ameriten la realización de una medida cautelar anticipada en el arbitraje independiente, entre las siguientes opciones graduales:

1. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, sin Reglas AVA, ateniéndose solo a lo establecido en la ley, con la posibilidad de aplicar doctrina Astivenca para el decreto y materialización de la medida cautelar por parte del poder judicial, pero con las complicaciones para la constitución del tribunal, poniendo en riesgo la medida, pues puede revocarse si en un plazo mayor de treinta (30) días continuos no se ha constituido el tribunal arbitral, o que decaiga si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.
2. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, dejando el momento de acuerdo entre las partes para la designación del árbitro o árbitros, y en caso de no haber acuerdo, establecer una autoridad nominadora, y en caso de no haber acuerdo en ello, solicitar a la autoridad designadora, que elija una autoridad nominadora que a su vez designe al árbitro y sea a este a quien se solicite como Árbitro de Emergencia las medidas cautelares procedentes de acuerdo con la ley.

¹⁹ Artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998.

3. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, y cualesquiera de las partes puedan, antes del nombramiento del árbitro y constitución del tribunal, solicitar conforme con las Reglas AVA a la autoridad Nominadora previamente designada desde la cláusula arbitral, el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para las medidas cautelares procedentes de conformidad con la ley.
4. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, y cualesquiera de las partes puedan, antes del nombramiento del árbitro y constitución del tribunal, solicitar conforme con las Reglas AVA a la autoridad Nominadora previamente designada desde la cláusula arbitral, el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para las medidas cautelares procedentes de conformidad con la ley y que establezcan que el Tribunal Arbitral de Urgencia podrá ser designado como Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto.
5. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, con la designación de la autoridad Nominadora previamente desde la cláusula arbitral, pero excluyendo la materia cautelar al tribunal arbitral de emergencia, con la posibilidad de aplicar doctrina Astivenca para el decreto y materialización de la medida cautelar por parte del poder judicial, sin las complicaciones del nombramiento del tribunal de emergencia. La constitución se deja a la autoridad Nominadora previamente designada, agilizándose dicha instalación.

De conformidad con el artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial, las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados elegirán un tercero, quien será el presidente del tribunal arbitral. Si alguna de las partes estuviere renuente a la designación de su árbitro, o si los dos árbitros no pudieren acordar la designación del tercero, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez competente de Primera Instancia con el fin de que designe el árbitro faltante. A falta de acuerdo entre las partes, en el arbitraje con árbitro único, la designación será hecha a petición de una de las partes, por el Juez competente de Primera Instancia. Finalmente, conforme al artículo 19, aceptado el cargo por cada uno de los árbitros, se instalará el tribunal arbitral, entendiéndose que se encuentra entonces constituido.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 17 de las Reglas AVA, una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el Tribunal Arbitral se considerará válidamente constituido, en un trámite que puede ser más sencillo cuando hay autoridad nominadora designada desde la misma cláusula. Además, en el artículo 22 de dichas Reglas, la Autoridad Nominadora tiene facultad de nombramiento del árbitro de emergencia, de conformidad con los artículos 42.6 y 44.2.

El quid del asunto estriba en que de acuerdo con la mencionada sentencia Astivenca de 2010 y su criterio vinculante, tenemos:

(i) Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. En este supuesto, el peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula o el pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar; así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral.

(ii) El tribunal competente se determinará por las normas atributivas de competencia aplicables, tomando en consideración que en aquellos casos en los cuales cursen ante órganos del Poder Judicial, acciones relativas a la controversia sometida a arbitraje, el tribunal que conozca de los mismos será el competente para la resolución de las medidas cautelares que le sean solicitadas por alguna de las partes conforme al presente fallo, independientemente de la interposición y trámite de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, incluso en los supuestos relativos a la falta o regulación de jurisdicción regulados en los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

(iii) Corresponde a la parte solicitante acreditar los fundamentos para la procedencia de la medida cautelar solicitada; esto es, la satisfacción del peligro en la mora, o la apariencia de buen derecho.

(iv) El tribunal sólo podrá decretar medidas cautelares, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia, que prevea el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos infra, salvo que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros ad hoc para el otorgamiento de tales medidas -vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-, así como el cumplimiento de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares, lo cual realizará en forma motivada.

(v) Decretada las medidas cautelares, corresponde al solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Requisito que no será necesario, si ello se ha hecho constar en el mismo escrito de solicitud cautelar.

(vi) Vencido el lapso al cual hace referencia el anterior punto (v), sin que el solicitante haya cumplido con la carga impuesta, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante.

(vii) El solicitante de la medida cautelar que sea revocada conforme al anterior supuesto (vi), es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

(viii) Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá su curso de ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitírsele inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

(ix) Cualquiera que sea el caso, la medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.

Si dicho numeral iv) lo concatenamos con la norma propuesta de la Regla AVA para el Arbitraje Independiente referida, tenemos que el artículo 44 expresamente plantea el asunto en estos términos:

Artículo 44. Medidas Cautelares.

- 1. El Tribunal Arbitral podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas, mediante decisión motivada. 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 estas pudieren ocasionarle.*
- 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros, solicitar a la Autoridad Nominadora para que nombre a un árbitro de emergencia que decidirá de manera motivada sobre las medidas solicitadas, inclusive inaudita parte cuando así lo considere debidamente justificado.*
- 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral podrá dictar un Laudo Arbitral contentivo de los acuerdos pactados entre las partes.*
- 4. Por acuerdo de las partes, o cuando corresponda a la autoridad Nominadora su designación, el Tribunal Arbitral de Urgencia podrá ser designado como Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto.*

Es interesante el numeral 2 y su concatenación con el numeral 4, pues en base a ello, antes del nombramiento de los árbitros, se puede solicitar a la Autoridad Nominadora que nombre un árbitro de emergencia y si ha sido establecido que ello corresponda a la autoridad Nominadora, el Tribunal Arbitral de Urgencia podrá ser designado como Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto, entendiéndose entonces con ello constituido el tribunal. Hay que percatarse que la norma establece que ello puede suceder o bien cuando hay acuerdo de las partes, o bien, cuando corresponda a la autoridad Nominadora la designación del Tribunal Arbitral, entendiéndose que en este último escenario no hay necesidad de acuerdo de las partes.

De esta manera, somos de la opinión de que así como por acuerdo de las partes pueden excluir la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* del arbitraje institucional para el otorgamiento de tales medidas, no existiría impedimento alguno para que las partes tramiten su arbitraje independiente de acuerdo con las reglas AVA y complementariamente, conforme al criterio jurisprudencial, también pueden acordar excluir la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* del arbitraje independiente para el otorgamiento de tales medidas y que, por tanto, a los fines de evitarse trámite de nombramiento por la Autoridad Nominadora del Árbitro de Emergencia (con la consiguiente realización de pasos procedimentales tales como la necesidad solicitar a la autoridad nominadora el nombramiento, de que el árbitro suscriba un documento en el que acepte su nombramiento, confirme su disponibilidad y revele cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, suscripción adicional de una Declaración de Imparcialidad e Independencia, entre otros), entonces se establezca en su lugar, que el tribunal judicial podrá decretar medidas cautelares conforme a doctrina Astivenca, que en definitiva, si se trata de una medida que acarrea alguna actuación material, está reservada su materialización al poder judicial y su coacción, en el marco de la necesaria colaboración entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial como partes integrantes del sistema de justicia.

Ello sería perfectamente aplicable conforme a la ley dado lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial en su Artículo 15 según el cual, cuando las partes pueden fijar sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, concatenado con el artículo 28 según el cual, el tribunal judicial actuante en la cautelar, atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

2. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales independientes

2.1. Pertinencia de un procedimiento cautelar independiente en sede judicial

La tramitación procedimental de medidas cautelares variará dependiendo del tipo de procedimiento escogido. Ahora bien, a fin de precisamente promover la mayor expansión del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, debemos resolver los escollos que se le presentan usualmente a las partes cuando por motivos logísticos o de costo, han escogido un arbitraje independiente en lugar de uno institucional, y por razones de eficiencia y rapidez, escojan excluir la posibilidad de someterse al procedimiento de que una Autoridad Nominadora del árbitro proceda con dicha incidencia de nombramiento el Árbitro de Emergencia para el otorgamiento de tales medidas.

Si se aplicase el criterio de la sentencia Astivenca, se podría tener lo mejor de los dos mundos al acogerse a las normas de procedimiento de las Reglas AVA para el procedimiento independiente, pero para la cautela, que se excluya dicha posibilidad del árbitro de emergencia, acudiendo directamente al tribunal judicial, que siempre ha de participar cuando deba materializarse una medida, dado 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 sentencia²⁰.

Tal como ha sido aseverado por algunos autores²¹, la falta de regulación especial en materia de medidas cautelares, ha hecho que en los reglamentos de los centros de arbitraje institucional se establezcan algunas normas al respecto. Allí el autor nos recuerda que "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."

En efecto, dada la informalidad como principio de procedimientos arbitrales, en 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

²⁰ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, 192/2008

²¹ Jose Armando Sosa, *Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 - Año 2020

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.²²

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.

El problema que surge es que el poder judicial, muchas veces en exceso, se pronuncia acerca de la ausencia de formalidades en el proceso arbitral que precisamente se basa en la flexibilidad de las formas, como motivo para atacar e incluso anular los laudos cautelares. Tenemos como ejemplo el caso de en el cual se introdujo un amparo constitucional contra el laudo arbitral de urgencia²³, motivado principalmente en que no había un trámite de oposición a la cautelar (a pesar de que el árbitro de urgencia lo previó y además efectivamente fue ejercida) y allí se decidió en fecha 4 de mayo de 2021 por el Juzgado Superior correspondiente, lo siguiente:

(...)

CUARTO: Se exhorta a la ASOCIACI[Ó]N CIVIL CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACION Y ARBITRAJE (CEDCA) a la actualización, ampliación, modificación, creación o cualquiera otra acción destinada a reglar y ampliar las normas que regulen lo relativo a la materia cautelar y actuaciones del [t]ribunal de [u]rgencia dentro del marco de protección de garantías constitucionales en los procesos allí llevados.

QUINTO: NULO el procedimiento cautelar de urgencia y NULAS las decisiones contenidas en el laudo arbitral cautelar de fecha 18 de diciembre de 2020 y su corrección en fecha 18 de enero de 2021, dictadas por el ciudadano -----, en su carácter de [Á]RBITRO DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE URGENCIA en el marco del arbitraje institucional administrado por el CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE – CEDCA.”. (Corchetes de la Sala).

Ello fue conocido en apelación por el Tribunal Supremo de Justicia y se decidió lo siguiente²⁴:

²² 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://arbitrajecce.org/>

²³ Laudo cautelar de urgencia en fecha 18 de diciembre de 2020 y corregido el 18 de enero de 2021, CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA, Caso *CARROFERTA MEDIA GROUP C.A.*

²⁴ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 01 de noviembre de 2022, Caso *CARROFERTA MEDIA GROUP, C.A.*, acceso el 31 de julio de 2023. Puede ser consultada en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/320484-0882-11122-2022-21-0217.HTML>

(...)

REVOCA oficiosamente el dispositivo cuarto expresado en la parte resolutive de la sentencia dictada en este caso, en fecha 4 de mayo de 2021, por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

CONFIRMA en los términos expresados en la presente decisión, el resto de la sentencia dictada por el a quo constitucional, por lo que se declara: CON LUGAR la acción de amparo constitucional, incoada por la sociedad mercantil CARROFERTA MEDIA GROUP C.A. y el ciudadano EDUARDO ENRIQUE MULLER ARTEAGA, contra el TRIBUNAL ARBITRAL DE URGENCIA y el CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (CEDCA), todos plenamente identificados en el texto del presente fallo; NULO el procedimiento cautelar de urgencia y NULAS las decisiones contenidas en el laudo arbitral cautelar de fecha 18 de diciembre de 2020 y su corrección en fecha 18 de enero de 2021, dictadas por el ciudadano CARMINE PASCUZZO, en su carácter de árbitro del tribunal arbitral de urgencia en el marco del arbitraje institucional administrado por el mencionado centro de arbitraje.

Como se puede evidenciar, si bien el máximo tribunal revoca la exhortación al centro institucional de arbitraje a la actualización, ampliación, modificación, creación o cualquiera otra acción destinada a reglar y ampliar las normas que regulen lo relativo a la materia cautelar, lo cual hace fundamentado en que se consideraría como una indebida afectación al principio de autonomía de voluntad de las partes que en definitiva pliega a toda la actividad arbitral el que se haya realizado esa exhortación por el juez del amparo, y por tanto, en resguardo al principio de autonomía de voluntad de las partes como expresión del derecho constitucional al desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 20 de la Constitución, revoca oficiosamente el dispositivo cuarto expresado²⁵; sin embargo, declara nulo el procedimiento cautelar de urgencia y nulas las decisiones contenidas en el laudo arbitral cautelar.

Es importante establecer también que, además de la oposición a la cautelar, se discute en la jurisprudencia la posibilidad de interponer una solicitud de amparo constitucional, en lugar de recurrir en nulidad contra el laudo cautelar, conforme al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, por considerar que dicha norma hace referencia solo al laudo definitivo²⁶. Consideraciones aparte existirían sobre si puede entablarse un procedimiento de ejecución de hipoteca o incluso de vía ejecutiva por intermedio de un arbitraje²⁷, así como el tipo de recurso cuando se decreta un embargo si se tramitase por el arbitraje un procedimiento de vía ejecutiva, pues la medida no sería cautelar sino ejecutiva.²⁸

²⁵ En el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA 2020, ya existe la previsión de un posible recurso de oposición a la cautelar en el artículo 38.5.

²⁶ Ver Caso *Consortio Barr, S.A.*, en sentencia del Tribunal Superior Cuarto Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 18-6-2010

²⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia del 20 de junio del 2007, Caso *DISTRIBUIDORA PUNTO FUERTE D.P.F. C.A.*, en el cual se declaró sin lugar un amparo en el cual se denunciaba que esos procedimientos solo pueden ser conocidos por el poder judicial.

²⁸ Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 000043 del 01/03/2023 que ratifica criterio referido al procedimiento de la vía ejecutiva. El medio de impugnación del embargo es la apelación y no la oposición, pues esta última acción resulta procedente solo para los terceros. Puede consultarse en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/322969-000043-1323-2023-22-166.HTML>

2.2. Recomendación procedimental para una cautelar en sede judicial con proceso llevado en un arbitraje independiente

Al final, estando en un arbitraje independiente, la balanza estará entre el ahorro de tiempo y trámite del decreto y práctica de la medida cautelar por el poder judicial por la puesta en uso del criterio Astivenca, por un lado, con la aplicación por dicha misma razón, de todos los tramites e incidencias procesales existentes en el sistema normativo del Código de Procedimiento Civil y sus formalidades hasta que se constituya el tribunal arbitral, como lo plantea el numeral viii de la sentencia Astivenca.

En cuanto al procedimiento, siempre se ha discutido si en la tramitación de las medidas cautelares en un arbitraje, se deben aplicar todas las incidencias cautelares, toda vez que, de conformidad con la Ley de Arbitraje Comercial, y en acatamiento a los principios de actuación en este procedimiento, en el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias²⁹. 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.

Este aparente dilema se decanta por la tramitación del recurso que debe darse a quien se considere afectado por la medida, pero que deberá ser resuelto en el Laudo Arbitral. Al respecto, se ha pronunciado la doctrina de la siguiente manera:

Indiscutiblemente, la oposición contra el proveimiento cautelar deberá ser ejercida y resuelta en sede arbitral y nunca ante el tribunal judicial encargado de su ejecución, cuya competencia se limitará exclusivamente al estricto cumplimiento de la solicitud de auxilio recibida, salvo nuevo decreto del tribunal arbitral solicitante del auxilio judicial, y no podrá ser diferido con el pretexto de consultar a aquel sobre la inteligencia de su solicitud de auxilio judicial, por aplicación extensiva de los artículos 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil.³⁰

Adicionalmente, estando en un arbitraje independiente, la balanza estará también entre la confidencialidad y no publicidad de una tramitación de medida cautelar por intermedio de un árbitro de emergencia, por un lado, y por el otro, la muy posible divulgación de la intención de la medida cautelar si se tramita ante un tribunal del poder judicial lo cual evidentemente es público. Ello se exacerba al deberse proceder a una previa distribución entre tribunales, lo cual aumenta la cantidad de personas que pueden enterarse de la solicitud y además, estarse aplicando en Venezuela actualmente una instrucción no escrita por la cual las medidas cautelares, cualquiera que ellas sean, deban ser "autorizadas" por el juez rector de la circunscripción judicial, previa notificación a la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual puede conllevar el transcurso de 15 días aproximadamente.

²⁹ Ley de Arbitraje Comercial del 25 de marzo de 1998 (Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998), artículo 27.

³⁰ Luis Rodolfo Herrera G, *Algunas implicaciones del trámite cautelar a partir de la Ley de Arbitraje Comercial* Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e internacional N° 1 - 2020

Este escollo puede que no tenga mayor incidencia en el desarrollo del proceso (siendo que no se puede evitar), pero lo que representaría mayor riesgo es que la medida cautelar tramitada conforme a un reglamento de arbitraje institucional o en base a Reglas AVA, pueda ser anulada entre otras cosas, por no existir un mecanismo recursivo plenamente desarrollado. La paradoja estará en que, aunque se decida resolver las controversias con un arbitraje independiente acogiendo plenamente el sistema de nominación del árbitro de emergencia, y que sea este quien decrete y ordene al tribunal judicial la práctica de la medida, la misma deberá tramitarse ante el poder judicial que siempre deberá hacer la materialización de la medida.

Es así como insistimos y proponemos la opción 5 antes descrita, para que la solución ahora sea que por acuerdo de las partes tramiten el arbitraje independiente de acuerdo con las reglas AVA, con la ventaja de una Autoridad Nominadora designada desde la cláusula arbitral, pero excluyendo el someterse a árbitros *ad hoc* del arbitraje independiente para el otorgamiento de tales medidas y que, se establezca que el tribunal judicial podrá directamente decretar medidas cautelares conforme a doctrina Astivenca, inclusive para cobros ejecutivos. Dentro del lapso previsto, proceder a la constitución del tribunal arbitral para el fondo del asunto, lo cual será más ágil con la Autoridad Nominadora previamente escogida.

Siendo una materia no regulada suficientemente, rogamos porque la interpretación y accionar del árbitro que se designe sea progresiva y extensiva 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.³¹

BIBLIOGRAFÍA

- Guía Para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos, acceso el 29 de julio de 2023, <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2023/03/Guia-de-Medios-Electronicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>
- Hernando Díaz-Candía, Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica, Arbitraje, vol. VIII, n° 2, 2015, pp. 413–442
- Jose Armando Sosa, Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 - Año 2020

³¹ 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

Juan Bautista Carrero Marrero, Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela, anuario venezolano de arbitraje nacional e internacional nº 3 – 2022

Lilian Cristina Chávez Quintero, 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

Luis Rodolfo Herrera G, *Algunas implicaciones del trámite cautelar a partir de la Ley de Arbitraje Comercial* Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e internacional Nº 1 - 2020

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/>

Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos, acceso el 29 de julio de 2023, <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-procedimientos-on-line/>

Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente, acceso el 29 de julio de 2023, <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

Sentencias y Laudos citados